# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

**Part 1, 2006 Vol. 2**

**1er cahier, 2006 Vol. 2**

**Cited as [2006] 2 S.C.R. 3-188**

**Renvoi [2006] 2 R.C.S. 3-188**

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

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

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

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

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

## CONTENTS

**Fidler *v.* Sun Life Assurance Co. of Canada** .....3

Damages — Compensatory damages — Damages for mental distress — Breach of contract — Insurer wrongly terminating insured's long-term disability benefits for more than five years — Whether insured entitled to damages for mental distress.

Damages — Punitive damages — Breach of contract — Insurer wrongly terminating insured's long-term disability benefits for more than five years — Whether insured entitled to punitive damages.

Insurance — Breach of contract — Damages — Insurer wrongly terminating insured's long-term disability benefits for more than five years — Whether insured entitled to damages for mental distress and punitive damages.

Contracts — Commercial contracts — Insurer in breach of disability insurance contract — Whether insured entitled to damages for mental distress.

**GMAC Commercial Credit Corp. — Canada *v.* T.C.T. Logistics Inc.** .....123

Bankruptcy and insolvency — Bankruptcy court — Jurisdiction — Whether bankruptcy judge lacks jurisdiction to determine whether interim receiver is successor employer under provincial labour relations legislation — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 47, 72(1).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Action against interim receiver — Bankruptcy legislation precluding proceedings against interim receiver without leave of court — Union seeking leave to bring "successor employer" application against interim receiver — Whether Mancini test applicable — Whether test different when dispute relates to receiver's obligations to debtors' employees represented by union — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 215.

**Goodis *v.* Ontario (Ministry of Correctional Services)** .....32

Access to information — Exemptions — Solicitor-client privilege — Access to records for determination of whether they should be disclosed under Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Whether records may be disclosed to requester's counsel notwithstanding claim of solicitor-client privilege — Whether Divisional Court bound by Act's provisions prohibiting Commissioner from disclosing any records until final decision made — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 19.

**R. *v.* Boulanger** .....49

Criminal law — Breach of trust by public officer — Elements of offence — Whether accused's actions rose

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

**États-Unis d'Amérique *c.* Ferras; États-Unis d'Amérique *c.* Latty** .....77

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Les dispositions législatives en matière d'extradition concernant la preuve produite à l'audience relative à l'incarcération contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale applicables à l'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 29(1), 32(1)a) et b), 33.

Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Preuve — Pouvoirs du juge d'extradition — Le juge d'extradition peut-il soupeser la preuve et refuser d'ordonner l'incarcération si la preuve n'est pas fiable ou n'est pas disponible pour le procès? — Caractère suffisant de la preuve pour l'extradition — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 29(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation — Droit de rester au Canada — Extradition — Les dispositions législatives en matière d'extradition concernant la preuve produite à l'audience relative à l'incarcération portent-elles atteinte au droit des Canadiens de rester au Canada? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 32(1)a), 33(3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — L'extradition des accusés vers les États-Unis, où ils sont passibles, s'ils sont reconnus coupables, d'une peine variant entre 10 ans d'emprisonnement et l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle, « choque-t-elle la conscience » des Canadiens? — Le refus du ministre de la Justice de demander des assurances quant à une plus grande réduction de peine compte tenu de la détention avant procès contrevient-il à la justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

**États-Unis du Mexique *c.* Ortega; États-Unis d'Amérique *c.* Fiessel** ..... 120

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Les dispositions législatives en matière d'extradition concernant la preuve produite à l'audience relative à l'incarcération permettent-elles une extradition fondée sur des éléments de preuve non disponibles? — Dans l'affirmative, ces dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale applicables à l'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 29, 32(1)b).

*Suite à la page suivante*

to level of seriousness required to establish actus reus of offence — Whether accused intended to use public office for purpose other than public good — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 122.

**United Mexican States *v.* Ortega; United States of America *v.* Fiessel ..... 120**

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of person — Fundamental justice — Extradition — Committal hearing — Whether provisions of extradition legislation relating to evidence at committal hearing permit extradition on unavailable evidence — If so, whether provisions infringe principles of fundamental justice applicable to extradition — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 29, 32(1)(b).

**United States of America *v.* Ferras; United States of America *v.* Latty .....77**

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of person — Fundamental justice — Extradition — Committal hearings — Whether provisions of extradition legislation relating to evidence at committal hearing infringe principles of fundamental justice applicable to extradition — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 29(1), 32(1)(a), (b), 33.

Extradition — Committal hearings — Evidence — Powers of extradition judge — Whether extradition judge can weigh evidence and refuse to extradite if evidence unreliable or unavailable for trial — Sufficiency of evidence for extradition purposes — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 29(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility — Right to remain in Canada — Extradition — Whether provisions of extradition legislation relating to evidence at committal hearing infringe right of Canadian citizens to remain in Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 32(1)(a), 33(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Whether surrender of accused to US, where they could receive sentences of 10 years to life without parole if convicted, "shocks conscience" of Canadians — Whether Minister of Justice's refusal to seek assurances for enhanced credit for time served in pre-trial custody offends fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.



**Fidler *c.* Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie .....3**

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts compensatoires — Dommages-intérêts pour souffrance morale — Violation de contrat — Assureur cessant à tort de verser à l'assurée les prestations d'invalidité de longue durée pendant plus de cinq ans — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour souffrance morale?

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts punitifs — Violation de contrat — Assureur cessant à tort de verser à l'assurée les prestations d'invalidité de longue durée pendant plus de cinq ans — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts punitifs?

Assurance — Violation de contrat — Dommages-intérêts — Assureur cessant à tort de verser à l'assurée les prestations d'invalidité de longue durée pendant plus de cinq ans — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour souffrance morale et des dommages-intérêts punitifs?

Contrats — Contrats commerciaux — Violation du contrat d'assurance-invalidité par l'assureur — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour souffrance morale?

**Goodis *c.* Ontario (Ministère des Services correctionnels) .....32**

Accès à l'information — Exemptions — Secret professionnel de l'avocat — Accès à des documents en vue de déterminer s'ils doivent être divulgués en vertu de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée — Les documents peuvent-ils être divulgués à l'avocate de l'auteure de la demande en dépit de la revendication du secret professionnel de l'avocat? — La Cour divisionnaire est-elle liée par les dispositions de la loi interdisant au Commissaire de divulguer les documents avant qu'une décision finale soit rendue? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 19.

**R. *c.* Boulanger .....49**

Droit criminel — Abus de confiance par un fonctionnaire — Éléments de l'infraction — Les actions de l'accusé atteignent-elles le degré de gravité requis pour établir l'actus reus de l'infraction? — L'accusé avait-il l'intention d'user de sa charge publique dans un but autre que l'intérêt public? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 122.

**Société de crédit commercial GMAC — Canada *c.* T.C.T. Logistics Inc. ..... 123**

Faillite et insolvabilité — Tribunal de faillite — Compétence — Les juges de faillite sont-ils incompétents pour décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur pour l'application des lois provinciales sur les relations de travail? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 47, 72(1).

*Suite à la page suivante*

## SOMMAIRE (Fin)

Faillite et insolvabilité — Procédure — Action contre un séquestre intérimaire — Disposition législative sur la faillite interdisant l'engagement de procédures contre un séquestre intérimaire sans autorisation judiciaire préalable — Permission demandée par un syndicat en vue d'être autorisé à déposer contre un séquestre intérimaire une requête touchant le statut d'« employeur successeur » — Le critère énoncé dans l'arrêt Mancini est-il applicable? — Un critère différent s'applique-t-il lorsque le litige a trait aux obligations du séquestre envers les employés syndiqués du débiteur? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 215.

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

**Volume 2, 2006**

**2e volume, 2006**

**Sun Life Assurance Company of Canada** *Appellant*

*v.*

**Connie Fidler** *Respondent*

**INDEXED AS: FIDLER *v.* SUN LIFE ASSURANCE CO. OF CANADA**

**Neutral citation: 2006 SCC 30.**

File No.: 30464.

2005: December 6; 2006: June 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Damages — Compensatory damages — Damages for mental distress — Breach of contract — Insurer wrongly terminating insured's long-term disability benefits for more than five years — Whether insured entitled to damages for mental distress.*

*Damages — Punitive damages — Breach of contract — Insurer wrongly terminating insured's long-term disability benefits for more than five years — Whether insured entitled to punitive damages.*

*Insurance — Breach of contract — Damages — Insurer wrongly terminating insured's long-term disability benefits for more than five years — Whether insured entitled to damages for mental distress and punitive damages.*

*Contracts — Commercial contracts — Insurer in breach of disability insurance contract — Whether insured entitled to damages for mental distress.*

F worked as a bank receptionist and was covered by a group policy that included long-term disability benefits. At the age of 36, she became ill, was eventually

* Major J. took no part in the judgment.

**Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie** *Appelante*

*c.*

**Connie Fidler** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : FIDLER *c.* SUN LIFE DU CANADA, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE**

**Référence neutre : 2006 CSC 30.**

N° du greffe : 30464.

2005 : 6 décembre; 2006 : 29 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Dommages-intérêts — Dommages-intérêts compensatoires — Dommages-intérêts pour souffrance morale — Violation de contrat — Assureur cessant à tort de verser à l'assurée les prestations d'invalidité de longue durée pendant plus de cinq ans — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour souffrance morale?*

*Dommages-intérêts — Dommages-intérêts punitifs — Violation de contrat — Assureur cessant à tort de verser à l'assurée les prestations d'invalidité de longue durée pendant plus de cinq ans — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts punitifs?*

*Assurance — Violation de contrat — Dommages-intérêts — Assureur cessant à tort de verser à l'assurée les prestations d'invalidité de longue durée pendant plus de cinq ans — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour souffrance morale et des dommages-intérêts punitifs?*

*Contrats — Contrats commerciaux — Violation du contrat d'assurance-invalidité par l'assureur — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour souffrance morale?*

F travaillait comme réceptionniste dans une banque et elle était couverte par une police d'assurance collective comportant un régime d'assurance-invalidité de

* Le juge Major n'a pas pris part au jugement.

diagnosed with chronic fatigue syndrome and fibromyalgia, and began receiving long-term disability benefits in January 1991. Under the terms of the policy, she was only entitled to continued benefits after two years if she was unable to do any job. In May 1997, the insurer informed F that her benefit payments would be terminated. According to the insurer, its video surveillance detailed activities inconsistent with F's claim that she was incapable of performing light or sedentary work. The insurer's denial of benefits was followed by almost two years of correspondence with F and medical professionals. Despite the medical evidence in its possession to the effect that F was not yet capable of doing any work, the insurer, relying on its own consultants and experts, confirmed its decision to terminate benefits in December 1998. F commenced an action and, in April 2002, one week before the trial was scheduled to start, the insurer offered to reinstate her benefits and to pay all arrears with interest. As a result, the only issue at trial was F's entitlement to damages. The trial judge awarded her $20,000 in aggravated damages for mental distress but, concluding that the insurer had not acted in bad faith, dismissed her claim for punitive damages. The Court of Appeal unanimously upheld the award for mental distress, and a majority of the court awarded F an additional $100,000 in punitive damages, finding palpable and overriding error on the question of bad faith.

*Held*: The appeal should be allowed in part.

Damages for mental distress for breach of contract may be recovered where they are established on the evidence and shown to have been within the reasonable contemplation of the parties at the time the contract was made. There is no requirement for an independent actionable wrong. In order to be successful, a plaintiff must prove his or her loss and the court must be satisfied that the degree of mental suffering caused by the breach was of a degree sufficient to warrant compensation. These questions require sensitivity to the particular facts of each case. Here, given the nature of a disability insurance contract, it would have been within the reasonable contemplation of the parties at the time the contract was made that mental distress would likely flow from a failure to pay the required benefits. An unwarranted delay in receiving the bargained for protection can be extremely stressful. The

longue durée. Elle est tombée malade alors qu'elle était âgée de 36 ans. Un diagnostic de syndrome de fatigue chronique et de fibromyalgie a finalement été établi et elle a commencé à recevoir des prestations d'invalidité de longue durée au mois de janvier 1991. Aux termes de la police, elle n'avait droit au maintien du versement des prestations après deux ans que si elle était incapable d'exercer tout emploi. Au mois de mai 1997, l'assureur a informé F qu'il cessait de lui verser les prestations. Selon l'assureur, la vidéo de surveillance montrait des activités incompatibles avec l'affirmation de F selon laquelle elle était incapable d'accomplir un travail léger ou sédentaire. Le refus de l'assureur de verser des prestations a été suivi d'un échange de lettres avec F et des professionnels de la santé qui a duré presque deux ans. Malgré la preuve médicale qu'elle possédait établissant que F n'était pas encore en mesure d'effectuer le moindre travail, l'assureur, sur la foi de ses propres consultants et spécialistes, a confirmé en décembre 1998 sa décision de cesser de verser les prestations. F a intenté une action et, en avril 2002, une semaine avant le début de l'instruction, l'assureur lui a offert de rétablir les prestations et de payer tous les arrérages avec intérêts. Par conséquent, il n'a été question au procès que du droit de F à des dommages-intérêts. Le juge de première instance lui a accordé 20 000 $ en dommages-intérêts majorés pour souffrance morale mais, concluant que l'assureur n'avait pas agi de mauvaise foi, il a rejeté la demande de dommages-intérêts punitifs. La Cour d'appel à l'unanimité a maintenu l'attribution de dommages-intérêts pour souffrance morale et les juges majoritaires ont accordé à F une somme additionnelle de 100 000 $ en dommages-intérêts punitifs, estimant qu'il y avait eu erreur manifeste et dominante sur la question de la mauvaise foi.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli en partie.

Des dommages-intérêts peuvent être recouvrés pour la souffrance morale causée par la violation de contrat lorsqu'ils sont établis par la preuve et qu'il est démontré qu'ils étaient raisonnablement prévisibles pour les parties lors de la conclusion du contrat. Une faute indépendante donnant ouverture à action n'est pas requise. Pour avoir gain de cause, le demandeur doit prouver sa perte et le tribunal doit être convaincu que la souffrance morale causée par la violation du contrat était suffisamment intense pour justifier une indemnisation. Ces points exigent une attention spéciale aux faits particuliers à chaque cas. En l'espèce, compte tenu de la nature du contrat d'assurance-invalidité, les parties pouvaient raisonnablement envisager au moment de la conclusion du contrat que le refus de payer les prestations requises entraînerait une souffrance morale. Il peut être extrêmement stressant de recevoir en retard la protection

mental distress at issue here was of a degree sufficient to warrant compensation. The trial judge concluded, based on extensive medical evidence documenting the stress and anxiety that F experienced, that merely paying the arrears and interest did not compensate for the years that F was without her benefits. His award of $20,000 seeks to compensate her for the psychological consequences of the insurer's breach. [44-45] [47] [56-59]

The Court of Appeal's award of punitive damages must be set aside. Punitive damages are not compensatory. They are designed to address the purposes of retribution, deterrence and denunciation. However, an insurer will not necessarily be liable for such damages by incorrectly denying a claim that is eventually conceded, or judicially determined, to be legitimate. The question in each case is whether the denial was the result of the overwhelmingly inadequate handling of the claim, or the introduction of improper considerations into the claims process. Ultimately, each case revolves around its own facts. Here, after a thorough review of the relevant evidence, the trial judge found that the insurer had not acted in bad faith. He considered every salient aspect of how the insurer handled the claim and concluded that its denial of benefits was the product of a real, albeit incorrect, doubt as to whether F was incapable of performing any work. The termination of benefits relating to an unobservable disability in the absence of any medical evidence indicating an ability to return to work represents conduct that is troubling, but not sufficiently so as to justify interfering with the trial judge's conclusion that there was no bad faith. [61] [71-75]

**Cases Cited**

**Applied:** *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; **approved:** *702535 Ontario Inc. v. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687; **referred to:** *Warrington v. Great-West Life Assurance Co.* (1996), 139 D.L.R. (4th) 18; *Hobbs v. London and South Western Rail. Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 111; *Hamlin v. Great Northern Railway Co.* (1856), 1 H. & N. 408, 156 E.R. 1261; *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Eastwood v. Magnox Electric plc*, [2004] 3 All E.R. 991, [2004] UKHL 35; *Malik v. Bank of Credit and Commerce International S.A.*, [1998] A.C. 20; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1995]

convenue. La souffrance morale en l'espèce était suffisamment intense pour justifier qu'une indemnité soit accordée. En se fondant sur une preuve médicale volumineuse attestant le stress et l'inquiétude qui ont affligé F, le juge de première instance a conclu que le simple versement des arrérages et de l'intérêt ne compensait pas F pour les années où elle avait été privée de ses prestations. En lui accordant 20 000 $, il a voulu l'indemniser des conséquences psychologiques découlant de la violation du contrat par l'assureur. [44-45] [47] [56-59]

L'attribution de dommages-intérêts punitifs par la Cour d'appel doit être annulée. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas des dommages-intérêts compensatoires. Ils ont pour objet le châtiment, la dissuasion et la dénonciation. Cependant, un assureur n'est pas nécessairement tenu de payer ces dommages-intérêts lorsqu'il refuse à tort une réclamation qu'il reconnaît ensuite comme légitime ou qui est déclarée telle par un tribunal. Il faut se demander dans chaque cas si le refus découlait d'une analyse terriblement bâclée de la réclamation ou de l'application de considérations malhonnêtes dans le processus de règlement. En bout de ligne, l'issue de chaque affaire dépend des faits qui lui sont propres. En l'espèce, à l'issue d'un examen exhaustif de la preuve pertinente, le juge de première instance a conclu que l'assureur n'avait pas agi de mauvaise foi. Il a examiné tous les points saillants du traitement de la réclamation par l'assureur et a conclu que son refus de verser les prestations reposait sur un doute qui, pour mal fondé qu'il fût, n'en était pas moins réel sur la question de savoir si F était incapable d'exercer tout emploi. La cessation du versement des prestations relatives à une invalidité impossible à observer, en l'absence de toute preuve médicale indiquant que l'assurée était apte à reprendre le travail, révèle une conduite troublante, mais pas au point qu'il soit justifié d'infirmer la conclusion du juge de première instance sur l'absence de mauvaise foi. [61] [71-75]

**Jurisprudence**

**Arrêt appliqué :** *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; **arrêt approuvé :** *702535 Ontario Inc. c. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687; **arrêts mentionnés :** *Warrington c. Great-West Life Assurance Co.* (1996), 139 D.L.R. (4th) 18; *Hobbs c. London and South Western Rail. Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 111; *Hamlin c. Great Northern Railway Co.* (1856), 1 H. & N. 408, 156 E.R. 1261; *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Eastwood c. Magnox Electric plc*, [2004] 3 All E.R. 991, [2004] UKHL 35; *Malik c. Bank of Credit and Commerce International S.A.*, [1998] A.C.

9 W.W.R. 153, var'd [1997] 3 S.C.R. 701; *Morberg v. Klassen* (1991), 49 C.L.R. 124; *Taylor v. Gill*, [1991] 3 W.W.R. 727; *Watts v. Morrow*, [1991] 1 W.L.R. 1421; *Baltic Shipping Co. v. Dillon* (1993), 176 C.L.R. 344; *Johnson v. Gore Wood & Co.*, [2001] 2 W.L.R. 72; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673; *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 71; *Farley v. Skinner*, [2001] 4 All E.R. 801, [2001] UKHL 49; *Wilson v. Sooter Studios Ltd.* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 241; *Wharton v. Tom Harris Chevrolet Oldsmobile Cadillac Ltd.* (2002), 97 B.C.L.R. (3d) 307, 2002 BCCA 78; *Thompson v. Zurich Insurance Co.* (1984), 7 D.L.R. (4th) 664; *Prinzo v. Baycrest Centre for Geriatric Care* (2002), 60 O.R. (3d) 474; *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Wertheim v. Chicoutimi Pulp Co.*, [1911] A.C. 301; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

**Authors Cited**

Chitty, Joseph Jr. *Chitty on Contracts*, vol. II, 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

Cohen, Ronnie, and Shannon O'Byrne. "Cry Me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action — A North American Perspective" (2005), 42 *Am. Bus. L.J.* 97.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto: Irwin Law, 2005.

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.

O'Byrne, Shannon Kathleen. "Damages for Mental Distress and Other Intangible Loss in a Breach of Contract Action" (2005), 28 *Dal. L.J.* 311.

Tartaglio, David. "The Expectation of Peace of Mind: A Basis for Recovery of Damages for Mental Suffering Resulting from the Breach of First Party Insurance Contracts" (1983), 56 *S. Cal. L. Rev.* 1345.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2004.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Prowse and Ryan JJ.A.) (2004), 239 D.L.R. (4th) 547, [2004] 8 W.W.R. 193, 196 B.C.A.C. 130, 27 B.C.L.R. (4th) 199, 13 C.C.L.I. (4th) 25, [2004] I.L.R. I-4299, [2004] B.C.J. No. 982 (QL), 2004 BCCA 273, varying a decision of Ralph J., [2002] 11 W.W.R. 352, 6 B.C.L.R. (4th) 390, 42 C.C.L.I. (3d) 272, [2003] I.L.R. I-4139, [2002] B.C.J. No.

20; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1995] 9 W.W.R. 153, mod. par [1997] 3 R.C.S. 701; *Morberg c. Klassen* (1991), 49 C.L.R. 124; *Taylor c. Gill*, [1991] 3 W.W.R. 727; *Watts c. Morrow*, [1991] 1 W.L.R. 1421; *Baltic Shipping Co. c. Dillon* (1993), 176 C.L.R. 344; *Johnson c. Gore Wood & Co.*, [2001] 2 W.L.R. 72; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673; *Jarvis c. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 71; *Farley c. Skinner*, [2001] 4 All E.R. 801, [2001] UKHL 49; *Wilson c. Sooter Studios Ltd.* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 241; *Wharton c. Tom Harris Chevrolet Oldsmobile Cadillac Ltd.* (2002), 97 B.C.L.R. (3d) 307, 2002 BCCA 78; *Thompson c. Zurich Insurance Co.* (1984), 7 D.L.R. (4th) 664; *Prinzo c. Baycrest Centre for Geriatric Care* (2002), 60 O.R. (3d) 474; *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Wertheim c. Chicoutimi Pulp Co.*, [1911] A.C. 301; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

**Doctrine citée**

Chitty, Joseph Jr. *Chitty on Contracts*, vol. II, 29th ed. London : Sweet & Maxwell, 2004.

Cohen, Ronnie, and Shannon O'Byrne. « Cry Me a River : Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action — A North American Perspective » (2005), 42 *Am. Bus. L.J.* 97.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*. Toronto : Irwin Law, 2005.

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 17th ed. London : Sweet & Maxwell, 2003.

O'Byrne, Shannon Kathleen. « Damages for Mental Distress and Other Intangible Loss in a Breach of Contract Action » (2005), 28 *Dal. L.J.* 311.

Tartaglio, David. « The Expectation of Peace of Mind : A Basis for Recovery of Damages for Mental Suffering Resulting from the Breach of First Party Insurance Contracts » (1983), 56 *S. Cal. L. Rev.* 1345.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*. Toronto : Canada Law Book, 1983.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Prowse et Ryan) (2004), 239 D.L.R. (4th) 547, [2004] 8 W.W.R. 193, 196 B.C.A.C. 130, 27 B.C.L.R. (4th) 199, 13 C.C.L.I. (4th) 25, [2004] I.L.R. I-4299, [2004] B.C.J. No. 982 (QL), 2004 BCCA 273, qui a modifié une décision du juge Ralph, [2002] 11 W.W.R. 352, 6 B.C.L.R. (4th) 390, 42 C.C.L.I. (3d) 272, [2003] I.L.R. I-4139, [2002]

2209 (QL), 2002 BCSC 1336. Appeal allowed in part.

*Avon M. Mersey*, *William Westeringh* and *Michael Sobkin*, for the appellant.

*Joseph J. Arvay*, *Q.C.*, and *Faith E. Hayman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ABELLA J. — For more than five years, Sun Life Assurance Company of Canada denied Connie Fidler the long-term disability benefits to which she was entitled. The trial judge found that, while there was no bad faith on the part of the insurer justifying an award of punitive damages, the denial caused Ms. Fidler significant mental distress. Sun Life was found liable to pay Ms. Fidler $20,000 in damages for mental distress resulting from Sun Life's breach of a group disability insurance contract. In the Court of Appeal for British Columbia, that award was upheld. In addition, a majority of the Court of Appeal found that, in reaching the conclusion that there was no bad faith, the trial judge had made a palpable and overriding error and awarded $100,000 in punitive damages to Ms. Fidler.

Since mental distress of the kind experienced by Ms. Fidler was reasonably within the contemplation of the parties when they entered into the contract of disability insurance, we see no reason to deny her compensation for the damages for mental distress directly flowing from the breach. However, the trial judge's finding that Sun Life did not act in bad faith should not be interfered with and precludes an award of punitive damages. Accordingly, we reverse the Court of Appeal's order as to punitive damages and restore the award made by the trial judge.

B.C.J. No. 2209 (QL), 2002 BCSC 1336. Pourvoi accueilli en partie.

*Avon M. Mersey*, *William Westeringh* et *Michael Sobkin*, pour l'appelante.

*Joseph J. Arvay*, *c.r.*, et *Faith E. Hayman*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE ABELLA — Pendant plus de cinq ans, Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie a refusé de verser à Connie Fidler les prestations d'invalidité de longue durée auxquelles elle avait droit. Le juge de première instance a conclu que même s'il n'y avait pas de mauvaise foi de l'assureur justifiant que des dommages-intérêts punitifs soient accordés, ce refus avait causé à M^me^ Fidler une souffrance morale importante. Il a condamné Sun Life à lui verser 20 000 $ à titre de dommages-intérêts pour la souffrance morale causée par la violation du contrat d'assurance-invalidité collective. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu l'attribution de ces dommages-intérêts. De plus, les juges majoritaires ont estimé que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante en concluant à l'absence de mauvaise foi et ils ont accordé à M^me^ Fidler des dommages-intérêts punitifs de 100 000 $. 1

Puisque le type de souffrance morale éprouvée par M^me^ Fidler était raisonnablement prévisible au moment de la conclusion du contrat d'assurance-invalidité, nous ne voyons aucune raison de lui refuser une indemnité pour la souffrance morale découlant directement de la violation du contrat. Toutefois, la conclusion du juge de première instance selon laquelle Sun Life n'a pas agi de mauvaise foi ne devrait pas être modifiée et elle empêche que des dommages-intérêts punitifs soient accordés. Par conséquent, nous infirmons l'ordonnance de la Cour d'appel quant aux dommages-intérêts punitifs et nous rétablissons les dommages-intérêts accordés par le juge de première instance. 2

## I. Background

3 Connie Fidler worked as a receptionist at a branch of the Royal Bank of Canada in Burnaby, British Columbia. Like other employees of the bank, Ms. Fidler was covered by a group policy which included long-term disability benefits. The insurer was Sun Life Company of Canada.

4 In 1990, at the age of 36, Ms. Fidler became ill with pyelonephritis, an acute kidney infection, resulting in her hospitalization for several days. Even when the infection ended, however, Ms. Fidler continued to suffer from fatigue. She was eventually diagnosed with chronic fatigue syndrome and fibromyalgia.

5 Under the terms of her policy with Sun Life, Ms. Fidler was eligible to receive long-term disability benefits six months after becoming totally disabled. It was a precondition of entitlement to long-term disability benefits that the insured fit within the definition of "Totally Disabled". The policy defines "Totally Disabled" as follows:

> An Employee is Totally Disabled if he is in a continuous state of incapacity due to Illness which
>
> 1. while it continues throughout the Elimination Period and during the following 24 months . . . of incapacity prevents him from performing the essential duties of his own job at the onset of disability,
>
> 2. while it continues after such period, prevents him from engaging in any occupation for which he is or may become reasonably qualified by education, training or experience. [Emphasis added.]

6 Under the first clause, Ms. Fidler was entitled to receive long-term disability benefits for two years, if she was unable to do her *own job*; after two years, according to the second clause, she was only entitled to continued benefits if she was unable to do *any* job.

7 Despite some initial disputes between Ms. Fidler and Sun Life about whether she was in fact totally

## I. Contexte

Connie Fidler travaillait comme réceptionniste dans une succursale de la Banque Royale du Canada à Burnaby en Colombie-Britannique. Comme les autres employés de la banque, elle était couverte par une police d'assurance collective comportant un régime d'assurance-invalidité de longue durée. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie était l'assureur.

En 1990, alors qu'elle était âgée de 36 ans, M^me^ Fidler a dû être hospitalisée pendant plusieurs jours pour une pyélonéphrite, une infection rénale aiguë. Remise de l'infection, elle a continué malgré tout à souffrir de fatigue. Un diagnostic de syndrome de fatigue chronique et de fibromyalgie a finalement été établi.

Aux termes de la police d'assurance émise par Sun Life, M^me^ Fidler devenait admissible à des prestations d'invalidité de longue durée six mois après qu'elle soit devenue totalement invalide. Pour que l'assurée ait droit à ces prestations, son état de santé devait correspondre à la définition d'« invalidité totale » formulée comme suit dans la police :

> [TRADUCTION] Invalidité totale d'un employé est un état d'incapacité continue causé par la maladie, qui :
>
> 1. perdure pendant le délai de carence et les 24 mois suivants [. . .] et l'empêche d'accomplir les fonctions principales de l'emploi qu'il occupe au moment où commence l'invalidité;
>
> 2. continue après cette période et l'empêche d'exercer tout emploi pour lequel il est ou peut devenir raisonnablement qualifié en raison de son instruction, de sa formation ou de son expérience. [Nous soulignons.]

Suivant la première clause de cette définition, M^me^ Fidler avait le droit de toucher des prestations d'invalidité de longue durée pendant deux ans si elle était incapable d'exercer son *propre emploi*; après deux ans, aux termes de la seconde clause, elle n'avait droit aux prestations que si elle était incapable d'exercer *tout* emploi.

Bien qu'un différend sur l'existence d'une invalidité totale ait d'abord opposé M^me^ Fidler et Sun

disabled, Ms. Fidler eventually received long-term disability benefits starting January 4, 1991.

Her benefits continued until, in a letter dated May 12, 1997, Sun Life informed Ms. Fidler that "as a result of a non medical investigation revealing that your activities are incompatible with your alleged disability", benefit payments would be terminated, effective April 30, 1997. At the time Sun Life terminated Ms. Fidler's benefits, it had no medical evidence indicating that she was now capable of working.

The "non medical investigation" consisted of video surveillance conducted in August and September 1996 by private investigators hired by Sun Life, along with a "Lifestyle Questionnaire" Ms. Fidler had completed at Sun Life's request in January 1996. In her answers to the questionnaire, Ms. Fidler described her activities as "rarely go shopping . . . no hobbies . . . no entertaining . . . recreation limited to occasional camping". She expressed a preference not to drive "because of fatigue and pain". Her condition, she said, had "not much hope for change".

The surveillance video, which was the basis for Sun Life's conclusion that Ms. Fidler was not entitled to continued benefits, showed Ms. Fidler getting in and out of her vehicle, driving, shopping, and climbing into the rear of her vehicle, among other things. An internal Sun Life memorandum about the surveillance stated that Ms. Fidler was "active for 5 FULL DAYS!" The surveillance was in fact conducted for about five hours on each of three days, and for one hour on a fourth day. According to Sun Life, its surveillance impugned Ms. Fidler's credibility, leading it to doubt her assertion that she was incapable of doing *any* work.

Life, l'assurée a finalement commencé à recevoir des prestations d'invalidité de longue durée le 4 janvier 1991.

8 M^me^ Fidler a continué à toucher des prestations jusqu'à ce qu'à ce qu'une lettre de Sun Life en date du 12 mai 1997 l'informe que les versements prendraient fin le 30 avril 1997 [TRADUCTION] « par suite d'une enquête non médicale révélant que vos activités sont incompatibles avec votre prétendue invalidité ». Au moment où Sun Life a cessé de verser des prestations, elle ne disposait d'aucune preuve médicale indiquant que M^me^ Fidler était alors capable de travailler.

9 L'« enquête non médicale » consistait en une surveillance vidéo effectuée aux mois d'août et septembre 1996 par des détectives privés engagés par Sun Life, ainsi qu'en un « questionnaire sur le mode de vie », auquel M^me^ Fidler avait répondu au mois de janvier 1996 à la demande de Sun Life. Dans ses réponses aux questions, M^me^ Fidler décrivait ainsi ses activités : [TRADUCTION] « fais rarement les courses [. . .] aucun passe-temps [. . .] ne reçois pas [. . .] loisirs limités à quelques sorties de camping ». Elle indiquait qu'elle préférait ne pas conduire [TRADUCTION] « à cause de la fatigue et de la douleur » et qu'elle [TRADUCTION] « n'avait pas grand espoir que son état change ».

10 La vidéo réalisée pendant la surveillance, sur laquelle Sun Life s'est fondée pour conclure que M^me^ Fidler n'avait plus droit aux prestations, montrait notamment cette dernière alors qu'elle montait dans son véhicule et en sortait, qu'elle conduisait, faisait les courses et grimpait dans l'habitacle arrière du véhicule. Une note de service interne de Sun Life au sujet de la surveillance indiquait que M^me^ Fidler avait été [TRADUCTION] « active 5 JOURS COMPLETS! » En fait, la surveillance s'est effectuée à raison d'environ cinq heures par jour pendant trois jours et pendant une heure lors d'une quatrième journée. Selon Sun Life, la vidéo avait mis à mal la crédibilité de M^me^ Fidler et lui avait fait douter de la véracité de son affirmation selon laquelle elle était incapable d'accomplir *toute* tâche.

11 Ms. Fidler asserted that what the surveillance video showed was consistent with the information she supplied in a Supplementary Statement to Sun Life on August 5, 1996, a month before the surveillance, when she said: "I feel I am doing well to take care of myself and my daily business — i.e. paying bills, shopping, etc. and as this seems like a full time effort for me I cannot imagine trying to hold a job."

12 Sun Life's denial of benefits, effective April 30, 1997, was followed by almost two years of correspondence with Ms. Fidler, involving medical professionals, investigators, and claims examiners. The correspondence began with a letter from Ms. Fidler to Sun Life dated May 30, 1997, in which Ms. Fidler requested a copy of the surveillance video and any other evidence Sun Life had used as the basis for its decision. On June 21, 1997, Sun Life replied, through its claims administrator, that it was not prepared to disclose its investigative report (including the video), and detailed the activities it concluded were inconsistent with Ms. Fidler's claim that she was incapable of performing light or sedentary work.

13 In January 1998, Dr. Wilkinson, Ms. Fidler's doctor again confirmed the existence of Ms. Fidler's total disability and reiterated that she was not fit to return to work. An independent medical examination was recommended on March 5, 1998 by both Sun Life's claims administrator and Dr. Wilkinson. Ms. Fidler agreed to the examination readily.

14 The independent examination was conducted by Dr. John Wade on September 29, 1998. His conclusions are relied on by both Sun Life and Ms. Fidler:

> It would be my opinion that Connie Fidler is increasingly able to consider returning to work on a graduated basis. Prior to this being successful, she should embark upon a graduated training program to improve her level of physical fitness.

Selon M^me^ Fidler, la vidéo concordait avec les renseignements qu'elle avait fournis dans une déclaration supplémentaire à Sun Life le 5 août 1996, un mois avant la surveillance. Elle y affirmait : [TRADUCTION] « Je pense que je vais assez bien pour prendre soin de moi et vaquer à mes occupations quotidiennes — c.-à-d. payer mes comptes, faire des courses, etc., mais cela me demande un effort constant et je ne peux concevoir de tenter d'exercer un emploi. »

Le refus de Sun Life de verser des prestations à compter du 30 avril 1997 a été suivi d'un échange de lettres avec M^me^ Fidler qui a duré presque deux ans et a fait intervenir des professionnels de la santé, des enquêteurs et des rédacteurs-sinistres. La correspondance a débuté par une lettre à Sun Life en date du 30 mai 1997 dans laquelle M^me^ Fidler demandait une copie de la vidéo de surveillance et de tout autre élément de preuve sur lequel Sun Life s'était fondée pour prendre sa décision. Le 21 juin suivant, un gestionnaire des demandes de règlement de Sun Life lui a répondu que Sun Life n'était pas disposée à communiquer son rapport d'enquête (y compris la vidéo) et lui a donné des précisions sur les activités jugées incompatibles avec l'affirmation de M^me^ Fidler selon laquelle elle était incapable d'accomplir un travail léger ou sédentaire.

Au mois de janvier 1998, le médecin traitant de M^me^ Fidler, le Dr Wilkinson, a encore une fois confirmé l'invalidité totale de sa patiente et a répété que celle-ci n'était pas apte à retourner au travail. Le 5 mars 1998, le gestionnaire des demandes de règlement et le docteur Wilkinson ont recommandé un examen médical indépendant. M^me^ Fidler y a consenti sans difficulté.

Le Dr John Wade a procédé à l'examen indépendant le 29 septembre 1998. Tant Sun Life que M^me^ Fidler se sont appuyées sur ses conclusions :

> [TRADUCTION] Je suis d'avis que Connie Fidler est de plus en plus en mesure d'envisager un retour au travail graduel. Pour que le retour au travail réussisse, elle devrait préalablement suivre un programme de mise en forme progressif pour améliorer son aptitude physique.

Sun Life took from this diagnosis that Ms. Fidler was "increasingly able to consider returning to work"; Ms. Fidler, for her part, emphasized the words "[p]rior to this being successful", which she said indicated that a return to work was premature and conditional on a training program.

Sun Life did not pursue Dr. Wade's suggestion that Ms. Fidler "embark upon a graduated training program". Sun Life's internal medical consultant, who did not see or communicate with Ms. Fidler, did not share Dr. Wade's hesitation. Based on a review of the video surveillance and Dr. Wade's assessment, on November 13, 1998, the medical consultant reached a conclusion notwithstanding the opinions of both Dr. Wade and Dr. Wilkinson:

> All in all there is no medical and non-medical evidence to support that this lady cannot perform at a light physical, clerical or sedentary job on a regular basis since, at least, Sept. 96. [Emphasis added.]

This contradicted the medical evidence Sun Life had in its possession to the effect that Ms. Fidler was not yet capable of doing any work. Nonetheless, in a letter dated December 14, 1998 to Ms. Fidler, Sun Life confirmed its decision to terminate benefits. A year and a half had elapsed since its initial decision to terminate them.

On February 2, 1999, Ms. Fidler commenced this action.

In April 2002, a week before the trial was scheduled to start, Sun Life offered to reinstate Ms. Fidler's benefits and to pay all outstanding amounts along with pre-judgment interest. The total, as of April 22, 2002, was $52,516.10. The trial, as a result, dealt only with Ms. Fidler's entitlement to aggravated and punitive damages.

The trial judge, Ralph J., awarded Ms. Fidler $20,000 in what he termed aggravated damages ((2002), 6 B.C.L.R. (4th) 390, 2002 BCSC 1336).

Sun Life a retenu de ce diagnostic que M^me^ Fidler était « de plus en plus en mesure d'envisager un retour au travail »; pour sa part, M^me^ Fidler a mis l'accent sur les mots « [p]our que le retour au travail réussisse » qui, selon elle, indiquaient qu'un retour au travail était prématuré et qu'il était subordonné à un programme de mise en forme. 15

Sun Life n'a pas donné suite à la recommandation du Dr Wade préconisant que M^me^ Fidler suive « un programme de mise en forme progressif ». Le médecin consultant de Sun Life, qui n'avait pas vu M^me^ Fidler ni communiqué avec elle, ne partageait pas l'hésitation du Dr Wade. S'appuyant sur la vidéo de surveillance et l'évaluation faite par le Dr Wade, il a formulé, le 13 novembre 1998, la conclusion suivante en dépit des opinions des Drs Wade et Wilkinson : 16

> [TRADUCTION] Tout bien considéré, aucune preuve, médicale ou non médicale, ne permet d'affirmer que cette dame ne peut, sur une base régulière, exercer un emploi de bureau, un emploi sédentaire ou un emploi peu exigeant au plan physique, et ce, depuis le mois de septembre 1996 au moins. [Nous soulignons.]

Cette conclusion contredisait la preuve médicale que possédait Sun Life établissant que M^me^ Fidler n'était pas encore en mesure d'effectuer le moindre travail. Néanmoins, dans une lettre en date du 14 décembre 1998 adressée à M^me^ Fidler, Sun Life a confirmé sa décision de cesser de verser les prestations. Un an et demi s'étaient écoulés depuis la décision initiale de mettre fin aux prestations. 17

Le 2 février 1999, M^me^ Fidler a intenté cette action. 18

Au mois d'avril 2002, une semaine avant le début de l'instruction, Sun Life a offert de rétablir les prestations de M^me^ Fidler et de payer tous les arrérages, avec intérêts avant jugement. Le 22 avril 2002, la somme totale était de 52 516,10 $. Par conséquent, il n'a été question au procès que des dommages-intérêts majorés et punitifs. 19

En première instance, le juge Ralph a accordé 20 000 $ à M^me^ Fidler pour ce qu'il a appelé des dommages-intérêts majorés ((2002), 6 B.C.L.R. 20

He applied the B.C. Court of Appeal's decision in *Warrington v. Great-West Life Assurance Co.* (1996), 139 D.L.R. (4th) 18, which held that aggravated damages can be awarded without separately actionable conduct if the contract is one for "peace of mind". In his view, a long-term disability insurance contract is such a contract.

21 On the evidence before him, including that of Ms. Fidler as well as the corroborating evidence of Dr. Wade, the trial judge was satisfied that Ms. Fidler "genuinely suffered significant additional distress and discomfort arising out of the loss of the disability coverage" (para. 30). Given the five-year duration of the cessation of payments, in his view it was appropriate to award $20,000 in aggravated damages in order to compensate Ms. Fidler for Sun Life's breach.

22 On the other hand, the trial judge concluded that, while its conduct with respect to Ms. Fidler's claim was at times "rather zealous" (para. 38), Sun Life had not acted in bad faith. As a result, he dismissed Ms. Fidler's claim for punitive damages.

23 Sun Life appealed the aggravated damages award and Ms. Fidler cross-appealed the denial of punitive damages. The Court of Appeal noted the "general principle" that damages for mental distress resulting from a breach of contract are not recoverable unless it is a peace of mind contract ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 199, 2004 BCCA 273). Concluding that the insurance contract in this case is such a contract, the Court of Appeal, affirming *Warrington*, held that "aggravated damages are available as additional compensation if the insured establishes that a breach of that [peace of mind] contract caused her mental distress" (para. 39) and unanimously declined to interfere with the trial judge's award of aggravated damages.

(4th) 390, 2002 BCSC 1336). Il a appliqué l'arrêt *Warrington c. Great-West Life Assurance Co.* (1996), 139 D.L.R. (4th) 18, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui statuait que des dommages-intérêts majorés peuvent être accordés sans qu'existe une conduite distincte donnant ouverture à action si le contrat vise à assurer la [TRADUCTION] « tranquillité d'esprit », ce qui, à son avis, était le cas d'un contrat d'assurance-invalidité de longue durée.

Compte tenu de la preuve qui lui avait été soumise, dont le témoignage de M^me^ Fidler et le témoignage corroborant du Dr Wade, le juge de première instance s'est dit convaincu que [TRADUCTION] « la perte des prestations d'invalidité a véritablement causé une souffrance et un inconfort supplémentaires importants » (par. 30) à M^me^ Fidler. Comme les prestations avaient été suspendues pendant cinq ans, il a estimé qu'il y avait lieu d'accorder à M^me^ Fidler 20 000 $ en dommages-intérêts majorés à titre d'indemnisation pour la violation du contrat.

Le juge de première instance a cependant conclu que si Sun Life avait parfois manifesté [TRADUCTION] « beaucoup de zèle » dans le dossier de M^me^ Fidler, elle n'avait pas agi de mauvaise foi. Il a donc rejeté la demande de dommages-intérêts punitifs de M^me^ Fidler.

Sun Life a interjeté appel de l'attribution de dommages-intérêts majorés et, M^me^ Fidler, du rejet de sa demande de dommages-intérêts punitifs. La Cour d'appel a rappelé le [TRADUCTION] « principe général » selon lequel la souffrance morale découlant d'une violation de contrat n'est susceptible d'indemnisation que si le contrat a pour objet la tranquillité d'esprit ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 199, 2004 BCCA 273). Concluant qu'il s'agissait d'un tel contrat en l'espèce, la Cour d'appel a statué, confirmant l'arrêt *Warrington*, que [TRADUCTION] « des dommages-intérêts majorés peuvent s'ajouter à l'indemnité si l'assurée établit qu'une violation de ce contrat [pour la tranquillité d'esprit] lui a causé une souffrance morale » (par. 39), et elle a refusé à l'unanimité de modifier la décision du juge de première instance d'accorder des dommages-intérêts majorés.

The Court of Appeal divided, however, on whether Sun Life's conduct in dealing with Ms. Fidler's benefits rose to the level of bad faith. Writing for the majority, Finch C.J.B.C. concluded that Sun Life's conduct fell short of the duty of utmost good faith "by a very wide margin" (para. 71). He held that Sun Life's "arbitrary denial of long-term disability benefits to a vulnerable insured for over five years" (para. 74) required denunciation and deterrence. Punitive damages in the amount of $100,000 were, in his view, a rational and proportionate response to Sun Life's conduct.

Ryan J.A. dissented on the issue of punitive damages. She interpreted the trial judge's reasons as "conclud[ing] that Sun Life had behaved badly, but not . . . maliciously" (para. 102), and that Sun Life's conduct "did not reach the depths of bad faith required for an award of punitive damages" (para. 101). In Ryan J.A.'s view, Ms. Fidler had not shown that these conclusions were palpably and overridingly wrong.

Sun Life's appeal seeks to have the awards for both aggravated and punitive damages set aside.

## II. Analysis

### (a) *Damages for Mental Distress for Breach of Contract*

Damages for breach of contract should, as far as money can do it, place the plaintiff in the same position as if the contract had been performed. However, at least since the 1854 decision of the Court of Exchequer Chamber in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, at p. 151, it has been the law that these damages must be "such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally . . . from such breach

24 Sur la question de savoir si le traitement du dossier de M^me^ Fidler par Sun Life était entaché de mauvaise foi, toutefois, la Cour a rendu une décision partagée. Rendant jugement pour la majorité, le juge en chef Finch a conclu que Sun Life s'était écartée [TRADUCTION] « considérablement » (par. 71) de son obligation d'agir avec la plus entière bonne foi. Il a déclaré que [TRADUCTION] « le refus arbitraire [de Sun Life] de verser des prestations d'invalidité de longue durée à une assurée vulnérable, pendant plus de cinq ans » (par. 74) nécessitait dénonciation et dissuasion. Il a donc estimé que l'attribution d'une somme de 100 000 $ en dommages-intérêts punitifs constituait une réponse rationnelle et proportionnée à la conduite de Sun Life.

25 La juge Ryan a exprimé sa dissidence sur la question des dommages-intérêts punitifs. Selon elle, les motifs du juge de première instance indiquaient qu'il avait [TRADUCTION] « conclu que Sun Life avait mal agi mais qu'elle n'avait pas fait preuve de malveillance » (par. 102) et que sa conduite [TRADUCTION] « n'atteignait pas le degré de mauvaise foi nécessaire pour donner droit à des dommages-intérêts punitifs » (par. 101). Selon la juge Ryan, M^me^ Fidler n'avait pas démontré que ces conclusions procédaient d'une erreur manifeste et dominante.

26 Par son pourvoi, Sun Life nous demande d'annuler l'attribution de dommages-intérêts majorés et de dommages-intérêts punitifs.

## II. Analyse

### a) *Les dommages-intérêts pour souffrance morale par suite de violation de contrat*

27 Les dommages-intérêts pour violation de contrat servent à rétablir le demandeur dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté, dans la mesure où une réparation pécuniaire peut le faire. Toutefois, il est établi en droit, au moins depuis 1854 et l'arrêt de la Cour de l'Échiquier *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, p. 151, que cette réparation doit être [TRADUCTION] « celle qu'on peut considérer justement et raisonnablement

of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties".

28 Until now, damages for mental distress have not been welcome in the family of remedies spawned by this principle. The issue in this appeal is whether that remedial ostracization continues to be warranted.

29 In *Hadley v. Baxendale*, the court explained the principle of reasonable expectation as follows:

> Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. [Emphasis added; p. 151.]

30 *Hadley v. Baxendale* makes no distinction between the types of loss that are recoverable for breach of contract. The principle of reasonable expectation is stated as a general principle. Nevertheless, subsequent cases purported to rule out damages for mental distress for breach of contract except in certain defined situations.

31 While courts have always accepted that some non-pecuniary losses arising from breach of

soit comme celle qui découle naturellement [. . .] de cette rupture du contrat, soit comme celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager ».

Jusqu'à présent, les dommages-intérêts pour souffrance morale n'ont pas été bien accueillis dans le groupe des mesures de réparation engendrées par ce principe. Il s'agit en l'espèce de déterminer si cet ostracisme demeure justifié.

Dans *Hadley c. Baxendale*, le tribunal a expliqué ainsi le principe de la prévisibilité raisonnable :

> [TRADUCTION] Lorsque deux parties ont passé un contrat que l'une d'elles a rompu, la réparation que l'autre partie doit recevoir pour cette rupture doit être celle qu'on peut considérer justement et raisonnablement soit comme celle qui découle naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, de cette rupture du contrat, soit comme celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, lors de la passation du contrat, comme conséquence probable de sa rupture. Cependant, si les demandeurs avaient porté à la connaissance des défendeurs les circonstances spéciales dans lesquelles le contrat avait été conclu et qu'elles aient été connues des deux parties, les dommages-intérêts exigibles par suite de la rupture du contrat et envisagés par les deux parties seraient donc fondés sur le préjudice découlant normalement d'une rupture de contrat dans les circonstances particulières telles qu'elles étaient connues et avaient été révélées. Mais d'un autre côté, si ces circonstances spéciales étaient totalement inconnues de la partie qui rompt le contrat, tout au plus pourrait-on considérer qu'elle avait en vue le préjudice qui découlerait généralement et dans la majorité des cas, abstraction faite de toutes circonstances particulières, à la suite d'une rupture de contrat. [Nous soulignons; p. 151.]

L'arrêt *Hadley c. Baxendale* n'établit aucune distinction entre les types de pertes susceptibles de recouvrement par suite d'une violation de contrat. Le principe de la prévisibilité raisonnable est énoncé comme un principe général. Néanmoins, des arrêts subséquents ont déclaré que la souffrance morale causée par la violation de contrat ne donnait pas lieu à une réparation, sauf dans certaines situations bien précises.

Bien que les tribunaux aient toujours reconnu que certaines pertes non pécuniaires découlant

contract are compensable, including physical inconvenience and discomfort, they have traditionally shied away from awarding damages for mental suffering caused by the contract breach.

This tradition of refusing to award damages for mental distress was launched in *Hobbs v. London and South Western Rail. Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 111, and *Hamlin v. Great Northern Railway Co.* (1856), 1 H. & N. 408, 156 E.R. 1261 (Ex.). In 1909, in the case of *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488, the House of Lords "cast a long shadow over the common law" when it rejected a claim for mental distress because the conduct said to cause the distress was not actionable: *Eastwood v. Magnox Electric plc*, [2004] 3 All E.R. 991, [2004] UKHL 35, at para. 1.

To this day, *Addis* is cited for the proposition that mental distress damages are not generally recoverable for breach of contract: see *Malik v. Bank of Credit and Commerce International S.A.*, [1998] A.C. 20 (H.L.), *per* Lord Nicholls, at p. 38; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1995] 9 W.W.R. 153 (Man. C.A.), at para. 81, var'd [1997] 3 S.C.R. 701; *Morberg v. Klassen* (1991), 49 C.L.R. 124 (B.C.S.C.); *Taylor v. Gill*, [1991] 3 W.W.R. 727 (Alta. Q.B.); *Chitty on Contracts* (29th ed. 2004), vol. II, at p. 1468; and see S. M. Waddams, *The Law of Damages* (4th ed. 2004), at p. 222.

In short, the foundational concepts of reasonable expectations had a ceiling: mental distress. As Bingham L.J. said in *Watts v. Morrow*, [1991] 1 W.L.R. 1421 (C.A.), at p. 1445:

> A contract-breaker is not in general liable for any distress, frustration, anxiety, displeasure, vexation, tension or aggravation which his breach of contract may cause to the innocent party. This rule is not, I think, founded on the assumption that such reactions are not foreseeable, which they surely are or may be, but on considerations of policy. [Emphasis added.]

de la violation de contrat donnent lieu à une indemnisation, notamment les inconvénients et l'inconfort physiques, ils ont traditionnellement pris leur distance à l'égard des dommages-intérêts pour souffrance morale.

32 Ce sont les décisions *Hobbs c. London and South Western Rail. Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 111, et *Hamlin c. Great Northern Railway Co.* (1856), 1 H. & N. 408, 156 E.R. 1261 (Ex.), qui sont à l'origine de cette tradition. En 1909, dans l'arrêt *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488, la Chambre des lords [TRADUCTION] « a jeté une ombre sur la common law » lorsqu'elle a rejeté une demande de dommages-intérêts pour souffrance morale au motif que la conduite censément à l'origine de la souffrance ne conférait pas un droit d'action : *Eastwood c. Magnox Electric plc*, [2004] 3 All E.R. 991, [2004] UKHL 35, par. 1.

33 Encore maintenant, l'arrêt *Addis* est invoqué à l'appui de l'argument voulant que la souffrance morale causée par une violation de contrat n'est généralement pas indemnisable : voir *Malik c. Bank of Credit and Commerce International S.A.*, [1998] A.C. 20 (H.L.), lord Nicholls, p. 38; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1995] 9 W.W.R. 153 (C.A. Man.), par. 81, mod. par [1997] 3 R.C.S. 701; *Morberg c. Klassen* (1991), 49 C.L.R. 124 (C.S.C.-B.); *Taylor c. Gill*, [1991] 3 W.W.R. 727 (B.R. Alb.); *Chitty on Contracts* (29e éd. 2004), vol. II, p. 1468; et voir S. M. Waddams, *The Law of Damages* (4e éd. 2004), p. 222.

34 En résumé, les fondements de la prévisibilité raisonnable avaient une limite : la souffrance morale. Comme le lord juge Bingham l'a indiqué dans *Watts c. Morrow*, [1991] 1 W.L.R. 1421 (C.A.), p. 1445 :

> [TRADUCTION] Celui qui rompt un contrat n'assume généralement pas de responsabilité pour l'affliction, la frustration, l'angoisse, les désagréments, la contrariété, la tension ou l'exaspération que la rupture peut causer au cocontractant innocent. Selon moi, cette règle ne repose pas sur le postulat que de telles réactions ne sont pas prévisibles, ce qu'elles sont ou peuvent être à coup sûr, mais sur des considérations de principe. [Nous soulignons.]

35 A number of policy considerations have been cited in support of this restriction. One is the perceived minimal nature of mental suffering:

> [A]s a matter of ordinary experience, it is evident that, while the innocent party to a contract will generally be disappointed if the defendant does not perform the contract, the innocent party's disappointment and distress are seldom so significant as to attract an award of damages on that score.

(*Baltic Shipping Co. v. Dillon* (1993), 176 C.L.R. 344 (Austl. H.C.), at p. 365, *per* Mason C.J.)

36 Others have suggested that a "stiff upper lip" expectation in commercial life is the source of the prohibition. In *McGregor on Damages* (17th ed. 2003), the author explains:

> The reason for the general rule is that contracts normally concern commercial matters and that mental suffering on breach is not in the contemplation of the parties as part of the business risk of the transaction. [p. 63]

This resonated in *Johnson v. Gore Wood & Co.*, [2001] 2 W.L.R. 72 (H.L.), at p. 108, where Lord Cooke observed: "Contract-breaking is treated as an incident of commercial life which players in the game are expected to meet with mental fortitude."

37 This Court's jurisprudence has followed the restrictive interpretation of *Addis*, generally requiring that a claim for compensation for mental distress be grounded in independently actionable conduct. The general rule that damages for mental distress should not be awarded for breach of contract was thus preserved: *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673.

38 Without resiling from the general rule that damages for mental suffering could not be awarded at contract, the courts in the 1970s acknowledged that the reasons of principle and policy for the rule did not always apply, and began to award such damages

Au nombre des considérations de principe énumérées à l'appui de cette restriction figure le caractère apparemment négligeable de la souffrance morale :

> [TRADUCTION] [L]'expérience courante démontre que, bien que l'inexécution du contrat cause généralement de la déception chez le cocontractant innocent, le degré de déception et d'angoisse est rarement assez élevé pour donner lieu à l'attribution de dommages-intérêts.

(*Baltic Shipping Co. c. Dillon* (1993), 176 C.L.R. 344 (H.C. Austr.), p. 365, le juge en chef Mason)

On a également fait découler cette interdiction du « stoïcisme » que l'on attend des commerçants. Dans *McGregor on Damages* (17e éd. 2003), l'auteur explique ce qui suit :

> [TRADUCTION] La raison d'être de cette règle générale tient à ce que les contrats relèvent généralement du commerce et que la souffrance morale ne fait pas partie de ce que les parties envisagent comme risque commercial lié à l'opération. [p. 63]

Dans l'arrêt *Johnson c. Gore Wood & Co.*, [2001] 2 W.L.R. 72 (H.L.), p. 108, lord Cooke fait écho à cette conception lorsqu'il fait remarquer ce qui suit : [TRADUCTION] « Les violations de contrat sont considérées comme des incidents du commerce et l'on attend de ceux qui prennent part à la vie commerciale qu'ils y opposent fermeté d'âme. »

Dans ses décisions, notre Cour a suivi l'interprétation restrictive de l'arrêt *Addis* en exigeant de façon générale que les demandes de dommages-intérêts pour souffrance morale soient fondées sur une conduite donnant par elle-même ouverture à action. C'est ainsi qu'elle a maintenu la règle générale selon laquelle la souffrance morale découlant d'une violation de contrat ne devrait pas donner lieu à des dommages-intérêts : *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673.

Dans les années 1970, les tribunaux ont reconnu, sans pour autant s'écarter de la règle générale de la non-indemnisation de la souffrance morale en matière contractuelle, que les raisons de principe fondant cette règle ne s'appliquaient pas toujours,

where the contract was one for pleasure, relaxation or peace of mind. The charge was led, as so many were, by Lord Denning. In *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 71 (C.A.), the plaintiff had contracted with the defendant to arrange a holiday. The defendant breached the contract by providing a terrible vacation. Acknowledging but declining to follow what he referred to as the "out of date" decisions in *Hamlin* and *Hobbs*, which had sired *Addis*, Lord Denning held that mental distress damages could be recovered for certain kinds of contracts:

et ils ont commencé à accorder des dommages-intérêts sous ce chef lorsque le contrat avait pour objet le plaisir, la détente ou la tranquillité d'esprit. C'est lord Denning qui, comme tant d'autres fois, a mené la charge. Dans l'affaire *Jarvis c. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 71 (C.A.), le demandeur avait confié par contrat à la défenderesse l'organisation de ses vacances. En fournissant des vacances exécrables, la défenderesse avait violé le contrat. Lord Denning a évoqué les décisions *Hamlin* et *Hobbs*, dont procédait l'arrêt *Addis*, mais a refusé de les suivre, les qualifiant de [TRADUCTION] « dépassées », et a statué que dans le cas de certains types de contrats, des dommages-intérêts pouvaient être accordés pour souffrance morale :

> In a proper case damages for mental distress can be recovered in contract, just as damages for shock can be recovered in tort. One such case is a contract for a holiday, or any other contract to provide entertainment and enjoyment. If the contracting party breaks his contract, damages can be given for the disappointment, the distress, the upset and frustration caused by the breach. [p. 74]

> [TRADUCTION] Dans les cas qui s'y prêtent, la souffrance morale peut donner lieu à indemnisation en matière contractuelle de la même manière que l'on peut indemniser pour traumatisme en responsabilité civile délictuelle. Un contrat concernant des vacances est un de ces cas, tout comme le seraient des contrats visant le divertissement et l'agrément. En cas d'inexécution du contrat, la déception, les tracas, les ennuis et la frustration causés par la violation peuvent ouvrir droit à des dommages-intérêts. [p. 74]

This holding in *Jarvis* emerged from the common law chrysalis as the "peace of mind exception" to the general rule against recovery for mental distress in contract breaches. This exception was confined to contracts which had as their object the peace of mind of a contracting party. Bingham L.J. in *Watts v. Morrow* stated: "Where the very object of [the] contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation, damages will be awarded" (p. 1445).

39 Cette décision rendue dans *Jarvis* a émergé du cocon de la common law comme « l'exception de la tranquillité d'esprit » à la règle générale interdisant l'indemnisation pour souffrance morale en matière contractuelle. Cette exception a été limitée aux contrats visant à assurer la tranquillité d'esprit à l'un des contractants. Le lord juge Bingham a déclaré ce qui suit dans *Watts c. Morrow* : [TRADUCTION] « Si l'objet même du contrat est le plaisir, la détente, la tranquillité d'esprit ou l'absence de tracas, l'indemnisation est permise » (p. 1445).

More recently, the House of Lords in *Farley v. Skinner*, [2001] 4 All E.R. 801, [2001] UKHL 49, loosened the peace of mind exception so as to permit recovery of mental distress not only when pleasure, relaxation, or peace of mind is the "very object of the contract", but also when it is a "major or important object of the contract" (para. 24).

40 Plus récemment, dans l'arrêt *Farley c. Skinner*, [2001] 4 All E.R. 801, [2001] UKHL 49, la Chambre des lords a élargi l'exception de la tranquillité d'esprit pour permettre l'indemnisation de la souffrance morale non seulement lorsque « l'objet même du contrat » est le plaisir, la détente ou la tranquillité d'esprit, mais également lorsque ces éléments constituent [TRADUCTION] « un objet substantiel ou important du contrat » (par. 24).

41 The right to obtain damages for mental distress for breach of contracts that promise pleasure, relaxation or peace of mind has found wide acceptance in Canada. Mental distress damages have been awarded not only for breach of vacation contracts, but also for breaches of contracts for wedding services (*Wilson v. Sooter Studios Ltd.* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 241 (C.A.)), and for luxury chattels (*Wharton v. Tom Harris Chevrolet Oldsmobile Cadillac Ltd.* (2002), 97 B.C.L.R. (3d) 307, 2002 BCCA 78). Some courts have included disability insurance contracts: see *Warrington* and *Thompson v. Zurich Insurance Co.* (1984), 7 D.L.R. (4th) 664 (Ont. H.C.J.). The Ontario Court of Appeal has endorsed contractual damages for mental distress where peace of mind is the "very essence" of the promise: see *Prinzo v. Baycrest Centre for Geriatric Care* (2002), 60 O.R. (3d) 474, at para. 34.

42 In *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, this Court described the line of cases awarding mental distress damages as standing for the proposition that "in some contracts the parties may well have contemplated at the time of the contract that a breach in certain circumstances would cause a plaintiff mental distress" (p. 1102). It is thus clear that an independent actionable wrong has not always been required, contrary to Sun Life's arguments before us.

43 The view taken by this Court in *Vorvis* that damages for mental distress in "peace of mind" contracts should be seen as an expression of the general principle of compensatory damages of *Hadley v. Baxendale*, rather than as an exception to that principle, is shared by others. In *Baltic Shipping*, Mason C.J. of the High Court of Australia questioned whether one should confine mental distress claims for breach of contract to particular categories, noting:

Le droit d'obtenir des dommages-intérêts pour souffrance morale par suite de la violation d'un contrat conclu en vue du plaisir, de la détente ou de la tranquillité d'esprit a reçu un large accueil au Canada. Les tribunaux ont accordé de tels dommages-intérêts non seulement pour la violation de contrats relatifs à des vacances, mais également pour violation de contrats visant des services relatifs à un mariage (*Wilson c. Sooter Studios Ltd.* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 241 (C.A.)) et des biens personnels de luxe (*Wharton c. Tom Harris Chevrolet Oldsmobile Cadillac Ltd.* (2002), 97 B.C.L.R. (3d) 307, 2002 BCCA 78). Des tribunaux ont inclu dans cette catégorie les contrats d'assurance-invalidité : voir *Warrington* et *Thompson c. Zurich Insurance Co.* (1984), 7 D.L.R. (4th) 664 (H.C.J. Ont.). La Cour d'appel de l'Ontario a accepté l'indemnisation pour souffrance morale en matière contractuelle lorsque la tranquillité d'esprit constitue [TRADUCTION] « l'essence même » de la promesse : voir *Prinzo c. Baycrest Centre for Geriatric Care* (2002), 60 O.R. (3d) 474, par. 34.

Dans l'arrêt *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, cette Cour a expliqué que la suite d'arrêts accordant des dommages-intérêts pour souffrance morale portent que « dans certains contrats, les parties peuvent fort bien avoir prévu, au moment de la passation du contrat, que sa violation dans certaines circonstances causerait au demandeur un préjudice moral » (p. 1102). Ainsi, il est clair qu'une faute indépendante donnant ouverture à action n'a pas toujours été requise, contrairement à l'argument que nous a présenté Sun Life.

D'autres partagent le point de vue retenu par cette Cour dans *Vorvis* selon lequel il faudrait voir dans l'indemnisation de la souffrance morale dans le cas de contrats visant la « tranquillité d'esprit » une expression du principe général des dommages-intérêts compensatoires exposé dans *Hadley c. Baxendale* plutôt qu'une exception à ce principe. Dans *Baltic Shipping*, le juge en chef Mason de la Haute Cour de l'Australie s'est demandé s'il convenait de restreindre à certaines catégories les demandes d'indemnisation pour souffrance morale découlant de violations de contrat, et il a fait remarquer ce qui suit :

. . . the fundamental principle on which damages are awarded at common law is that the injured party is to be restored to the position (not merely the financial position) in which the party would have been had the actionable wrong not taken place. Add to that the fact that anxiety and injured feelings are recognized as heads of compensable damage, at least outside the realm of the law of contract. Add as well the circumstance that the general rule has been undermined by the exceptions which have been engrafted upon it. We are then left with a rule which rests on flimsy policy foundations and conceptually is at odds with the fundamental principle governing the recovery of damages, the more so now that the approaches in tort and contract are converging. [p. 362]

Similarly, Professor J. D. McCamus argues, in *The Law of Contracts* (2005), at p. 877, that once peace of mind is understood as a reflection of, or "proxy" for the reasonable contemplation of the contracting parties, "there is no compelling reason not to simply apply the foreseeability test itself". At this point, the apparent inconsistency between the general rule in *Hadley v. Baxendale* and the exception vanishes. See also: S. K. O'Byrne, "Damages for Mental Distress and Other Intangible Loss in a Breach of Contract Action" (2005), 28 *Dal. L.J.* 311, at pp. 346-47, and R. Cohen and S. O'Byrne, "Cry Me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action — A North American Perspective" (2005), 42 *Am. Bus. L.J.* 97.

We conclude that damages for mental distress for breach of contract may, in appropriate cases, be awarded as an application of the principle in *Hadley v. Baxendale*: see *Vorvis*. The court should ask "what did the contract promise?" and provide compensation for those promises. The aim of compensatory damages is to restore the wronged party to the position he or she would have been in had the contract not been broken. As the Privy Council stated in *Wertheim v. Chicoutimi Pulp Co.*, [1911] A.C. 301, at p. 307: "the party complaining should, so far as it can be done by money, be placed in the same position as he would have been in if the contract had been performed". The measure of these damages is, of course, subject to

[TRADUCTION] . . . le principe fondamental présidant à l'indemnisation en common law est celui du rétablissement de la partie lésée dans la situation (pas uniquement financière) où elle se serait trouvée si la faute donnant ouverture à action n'avait pas été commise. Si l'on ajoute à cela le fait que l'angoisse et l'humiliation sont des chefs de dommages-intérêts reconnus, du moins hors du domaine contractuel, et le fait que les exceptions qui ont été apportées à la règle générale l'ont affaiblie, nous nous trouvons devant une règle reposant sur de fragiles considérations de principe et qui, sur le plan conceptuel, va à l'encontre du principe fondamental régissant l'indemnisation, surtout maintenant que le droit de la responsabilité civile et le droit des contrats tendent à converger. [p. 362]

Pareillement, le professeur J. D. McCamus affirme, dans *The Law of Contracts* (2005), p. 877, que lorsqu'on voit la tranquillité d'esprit comme une manifestation ou une représentation de ce que les cocontractants pouvaient raisonnablement envisager, [TRADUCTION] « aucune raison impérieuse n'empêche d'appliquer simplement le critère de la prévisibilité lui-même ». La contradiction qui semble exister entre la règle générale formulée dans *Hadley c. Baxendale* et l'exception disparaît alors. Voir aussi : S. K. O'Byrne, « Damages for Mental Distress and Other Intangible Loss in a Breach of Contract Action » (2005), 28 *Dal. L.J.* 311, p. 346-347, et R. Cohen et S. O'Byrne, « Cry Me a River : Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action — A North American Perspective » (2005), 42 *Am. Bus. L.J.* 97.

44 Nous concluons que l'indemnisation de la souffrance morale causée par la violation de contrat peut, dans les cas appropriés, être accordée en application du principe de l'arrêt *Hadley c. Baxendale* : voir *Vorvis*. Le tribunal devrait se poser la question suivante : « qu'était-il promis au contrat? » et accorder une indemnisation pour manquement à ces promesses. Les dommages-intérêts compensatoires visent à rétablir la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu violation de contrat. Comme l'a affirmé le Conseil privé dans *Wertheim c. Chicoutimi Pulp Co.*, [1911] A.C. 301, p. 307 : [TRADUCTION] « le plaignant devrait, dans la mesure où une réparation pécuniaire peut le faire, être rétabli dans la situation où il se serait trouvé si

remoteness principles. There is no reason why this should not include damages for mental distress, where such damages were in the reasonable contemplation of the parties at the time the contract was made. This conclusion follows from the basic principle of compensatory contractual damages: that the parties are to be restored to the position they contracted for, whether tangible or intangible. The law's task is simply to provide the benefits contracted for, whatever their nature, if they were in the reasonable contemplation of the parties.

le contrat avait été respecté ». L'importance de l'indemnisation accordée est évidemment fonction de l'application des règles d'exclusion des dommages indirects. Rien ne justifie de ne pas y inclure des dommages-intérêts pour souffrance morale lorsque ces dommages-intérêts étaient raisonnablement prévisibles pour les parties lors de la conclusion du contrat. Cette conclusion découle du principe fondamental de l'indemnisation en matière contractuelle : le rétablissement des parties dans la situation envisagée dans le contrat, qu'elle soit matérielle ou non. Le rôle du droit consiste simplement à assurer aux parties les avantages prévus au contrat, quelle qu'en soit la nature, s'ils étaient raisonnablement prévisibles.

45 It does not follow, however, that all mental distress associated with a breach of contract is compensable. In normal commercial contracts, the likelihood of a breach of contract causing mental distress is not ordinarily within the reasonable contemplation of the parties. It is not unusual that a breach of contract will leave the wronged party feeling frustrated or angry. The law does not award damages for such incidental frustration. The matter is otherwise, however, when the parties enter into a contract, an object of which is to secure a particular psychological benefit. In such a case, damages arising from such mental distress should in principle be recoverable where they are established on the evidence and shown to have been within the reasonable contemplation of the parties at the time the contract was made. The basic principles of contract damages do not cease to operate merely because what is promised is an intangible, like mental security.

Il ne s'ensuit pas cependant que toute souffrance morale associée à la violation d'un contrat peut donner lieu à indemnisation. Dans le cas des contrats commerciaux usuels, la possibilité d'une violation de contrat causant une souffrance morale n'entre généralement pas dans ce qui est raisonnablement prévisible. Il n'est pas inhabituel qu'une personne lésée par la violation d'un contrat ressente de la frustration ou de la colère. Le droit n'accorde pas de dommages-intérêts pour la frustration dans un tel cas. Il en va autrement toutefois lorsque les parties concluent un contrat dont un des objets est d'assurer un avantage psychologique particulier. Dans un tel cas, la partie lésée devrait en principe pouvoir être indemnisée de ces souffrances si elles sont établies en preuve et s'il est démontré qu'elles étaient raisonnablement prévisibles par les parties au moment de la conclusion du contrat. Les principes fondamentaux des dommages-intérêts en matière contractuelle ne cessent pas de s'appliquer du simple fait que l'objet promis, la sécurité d'esprit par exemple, est intangible.

46 This conclusion is supported by the policy considerations that have led the law to eschew damages for mental suffering in commercial contracts. As discussed above, this reluctance rests on two policy considerations — the minimal nature of the mental suffering and the fact that in commercial matters, mental suffering on breach is "not in the contemplation of the parties as part of the business risk of the transaction": *McGregor on Damages*, at p. 63.

Les considérations de principe pour lesquelles le droit répugne à indemniser la souffrance morale en matière contractuelle commerciale étayent cette conclusion. Comme on l'a vu, deux raisons de principe fondent cette hésitation : le caractère négligeable de la souffrance morale et le fait qu'en matière commerciale, la souffrance morale découlant d'une violation de contrat [TRADUCTION] « ne fait pas partie de ce que les parties envisagent comme

Neither applies to contracts where promised mental security or satisfaction is part of the risk for which the parties contracted.

This does not obviate the requirement that a plaintiff prove his or her loss. The court must be satisfied: (1) that an object of the contract was to secure a psychological benefit that brings mental distress upon breach within the reasonable contemplation of the parties; and (2) that the degree of mental suffering caused by the breach was of a degree sufficient to warrant compensation. These questions require sensitivity to the particular facts of each case.

While the mental distress as a consequence of breach must reasonably be contemplated by the parties to attract damages, we see no basis for requiring it to be the dominant aspect or the "very essence" of the bargain. As the House of Lords noted in *Farley*, the law of contract protects all significant parts of the bargain, not merely those that are "dominant" or "essential". Lord Steyn rejected this kind of distinction as "a matter of form and not substance" (para. 24). Lord Hutton added:

> I can see no reason in principle why, if a plaintiff who has suffered no financial loss can recover damages in some cases if there has been a breach of the principal obligation of the contract, he should be denied damages for breach of an obligation which, whilst not the principal obligation of the contract, is nevertheless one which he has made clear to the other party is of importance to him. [para. 51]

Principle suggests that as long as the promise in relation to state of mind is a part of the bargain in the reasonable contemplation of the contracting parties, mental distress damages arising from its breach are recoverable. This is to state neither more nor less than the rule in *Hadley v. Baxendale*.

We conclude that the "peace of mind" class of cases should not be viewed as an exception to the

risque commercial lié à l'opération » : *McGregor on Damages*, p. 63. Aucune de ces raisons ne s'applique aux contrats lorsque la sécurité d'esprit ou la satisfaction promises font partie du risque envisagé par les parties.

Cela ne dégage pas le demandeur de l'obligation de prouver sa perte. Le tribunal doit être convaincu : (1) que le contrat visait notamment à assurer un avantage psychologique et que la violation du contrat a causé une souffrance morale raisonnablement prévisible par les parties; et (2) que la souffrance morale causée était suffisamment intense pour justifier une indemnisation. Ces deux points exigent une attention spéciale aux faits particuliers à chaque cas. 47

Bien que pour donner lieu à indemnisation, la souffrance morale consécutive à une violation contractuelle doive raisonnablement être prévisible pour les parties, il n'existe à notre avis aucune raison d'exiger qu'elle constitue l'aspect dominant ou « l'essence même » du marché. Comme la Chambre des lords l'a fait remarquer dans l'arrêt *Farley*, le droit des contrats protège tous les éléments importants du marché, non simplement les éléments « dominants » ou « essentiels ». Lord Steyn a rejeté les distinctions de ce genre qui, d'après lui, relèvent [TRADUCTION] « de la forme et non du fond » (par. 24). Lord Hutton a ajouté ce qui suit : 48

> [TRADUCTION] Si un demandeur qui n'a subi aucune perte financière peut recouvrer des dommages-intérêts dans certains cas si l'obligation principale du contrat n'a pas été respectée, je ne vois aucune raison de principe pouvant justifier de refuser d'indemniser un demandeur pour l'inexécution d'une obligation qui, bien qu'elle ne soit pas la principale obligation du contrat, n'en a pas moins été signalée au cocontractant comme obligation importante. [par. 51]

Le principe sous-entend que si la promesse se rapportant à l'état d'esprit fait partie du marché raisonnablement envisagé par les parties, la souffrance morale causée par le manquement à cette promesse peut donner lieu à des dommages-intérêts. Cela n'est ni plus ni moins que la règle formulée dans *Hadley c. Baxendale*.

Nous concluons qu'il ne faut pas voir les affaires de « tranquillité d'esprit » comme une exception à 49

general rule of the non-availability of damages for mental distress in contract law, but rather as an application of the reasonable contemplation or foreseeability principle that applies generally to determine the availability of damages for breach of contract.

50 One further point should be added.

51 It may be useful to clarify the use of the term "aggravated damages" in the context of damages for mental distress arising from breach of contract. "Aggravated damages", as defined by Waddams (*The Law of Damages* (1983), at pp. 562-63), and adopted in *Vorvis*, at p. 1099,

> describ[e] an award that aims at compensation, but takes full account of the intangible injuries, such as distress and humiliation, that may have been caused by the defendant's insulting behaviour.

As many writers have observed, the term is used ambiguously. The cases speak of two different types of "aggravated" damages.

52 The first are true aggravated damages, which arise out of aggravating circumstances. They are not awarded under the general principle of *Hadley v. Baxendale*, but rest on a separate cause of action — usually in tort — like defamation, oppression or fraud. The idea that damages for mental distress for breach of contract may be awarded where an object of a contract was to secure a particular psychological benefit has no effect on the availability of such damages. If a plaintiff can establish mental distress as a result of the breach of an independent cause of action, then he or she may be able to recover accordingly. The award of damages in such a case arises from the separate cause of action. It does not arise out of the contractual breach itself, and it has nothing to do with contractual damages under the rule in *Hadley v. Baxendale*.

la règle générale interdisant l'indemnisation de la souffrance morale en matière contractuelle, mais plutôt comme des cas d'application du principe de la prévisibilité raisonnable qui régit généralement l'attribution de dommages-intérêts pour violation de contrat.

Il convient d'ajouter un autre point.

Il peut être utile de préciser l'emploi de l'expression « dommages-intérêts majorés » dans le contexte de l'indemnisation pour souffrance morale causée par une violation de contrat. Selon la définition qu'en donne Waddams (*The Law of Damages* (1983), p. 562-563) et retenue dans *Vorvis*, p. 1099, les « dommages-intérêts majorés »

> désignent des dommages-intérêts qui visent à indemniser, mais qui tiennent compte pleinement du préjudice moral, comme l'anxiété et l'humiliation, que le comportement injurieux du défendeur a pu causer.

Comme l'ont fait remarquer de nombreux auteurs, l'emploi de l'expression est ambigu. La jurisprudence reconnaît deux catégories distinctes de dommages-intérêts « majorés ».

La première catégorie concerne les dommages-intérêts majorés proprement dits, qui résultent de circonstances aggravantes. Ils ne sont pas accordés en vertu du principe général établi dans *Hadley c. Baxendale* mais reposent sur une cause d'action distincte — généralement la responsabilité délictuelle — comme la diffamation, l'oppression ou la fraude. L'idée que des dommages-intérêts pour souffrance morale causée par la violation d'un contrat puissent être accordés lorsque le contrat avait notamment pour objet d'assurer un avantage psychologique particulier n'a aucun effet sur la possibilité que le demandeur obtienne ces dommages-intérêts. Si un demandeur peut établir la souffrance morale résultant de la violation d'une cause d'action indépendante, alors il peut recouvrer des dommages-intérêts en conséquence. Dans un tel cas, l'attribution de dommages-intérêts découle de la cause d'action distincte. Elle ne découle pas de la violation du contrat elle-même, et elle n'a rien à voir avec les dommages-intérêts en matière contractuelle en vertu de la règle établie dans *Hadley c. Baxendale*.

The second are mental distress damages which do arise out of the contractual breach itself. These are awarded under the principles of *Hadley v. Baxendale*, as discussed above. They exist independent of any aggravating circumstances and are based completely on the parties' expectations at the time of contract formation. With respect to this category of damages, the term "aggravated damages" becomes unnecessary and, indeed, a source of possible confusion.

53 La seconde catégorie concerne les dommages-intérêts pour la souffrance morale causée par la violation du contrat elle-même. Ceux-ci sont accordés en vertu de la règle établie dans *Hadley c. Baxendale*, comme nous l'avons vu précédemment. Ils sont indépendants de toute circonstance aggravante et reposent entièrement sur les attentes qu'avaient les cocontractants au moment de la formation du contrat. Relativement à cette catégorie de dommages-intérêts, l'expression « dommages-intérêts majorés » devient inutile et constitue de fait une source de confusion possible.

It follows that there is only one rule by which compensatory damages *for breach of contract* should be assessed: the rule in *Hadley v. Baxendale*. The *Hadley* test unites all forms of contractual damages under a single principle. It explains why damages may be awarded where an object of the contract is to secure a psychological benefit, just as they may be awarded where an object of the contract is to secure a material one. It also explains why an extended period of notice may have been awarded upon wrongful dismissal in employment law: see *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701. In all cases, these results are based on what was in the reasonable contemplation of the parties at the time of contract formation. They are not true aggravated damages awards.

54 Il s'ensuit qu'une seule règle permet que des dommages-intérêts compensatoires soient accordés *pour violation d'un contrat* : la règle de l'arrêt *Hadley c. Baxendale*. Le critère de cet arrêt réunit en un principe unique toutes les formes de dommages-intérêts en matière contractuelle. Ce qui explique pourquoi des dommages-intérêts peuvent être accordés lorsque le contrat a notamment pour objet d'assurer un avantage psychologique, tout comme ils peuvent être accordés lorsque le contrat a notamment pour objet d'assurer un avantage matériel. Cela explique aussi qu'une prolongation de la période de préavis ait pu être accordée dans un cas de congédiement injustifié en droit de l'emploi : voir *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701. Dans tous les cas, ces résultats sont fondés sur ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager au moment de la formation du contrat. Il ne s'agit pas de dommages-intérêts majorés proprement dits.

The recognition that *Hadley v. Baxendale* is the single and controlling test for compensatory damages in cases of breach of contract therefore refutes any argument that an "independent actionable wrong" is a prerequisite for the recovery of mental distress damages. Where losses arise from the breach of contract itself, damages will be determined according to what was in the reasonable contemplation of the parties at the time of contract formation. An independent cause of action will only need to be proved where damages are of a different sort entirely: where they are being sought on the basis of aggravating circumstances that extend

55 Le fait de reconnaître que l'arrêt *Hadley c. Baxendale* énonce le critère unique et déterminant en matière de dommages-intérêts compensatoires dans les cas de violation de contrat réfute par conséquent tout argument voulant que l'existence d'une faute indépendante donnant ouverture à une action est une condition préalable à l'obtention de dommages-intérêts pour souffrance morale. Lorsqu'une perte résulte de la violation du contrat elle-même, les dommages-intérêts seront déterminés en fonction de ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager au moment de la formation du contrat. Il ne sera nécessaire de prouver

beyond what the parties expected when they concluded the contract.

56 Turning to the case before us, the first question is whether an object of this disability insurance contract was to secure a psychological benefit that brought the prospect of mental distress upon breach within the reasonable contemplation of the parties at the time the contract was made? In our view it was. The bargain was that in return for the payment of premiums, the insurer would pay the plaintiff benefits in the case of disability. This is not a mere commercial contract. It is rather a contract for benefits that are both tangible, such as payments, and intangible, such as knowledge of income security in the event of disability. If disability occurs and the insurer does not pay when it ought to have done so in accordance with the terms of the policy, the insurer has breached this reasonable expectation of security.

57 Mental distress is an effect which parties to a disability insurance contract may reasonably contemplate may flow from a failure to pay the required benefits. The intangible benefit provided by such a contract is the prospect of continued financial security when a person's disability makes working, and therefore receiving an income, no longer possible. If benefits are unfairly denied, it may not be possible to meet ordinary living expenses. This financial pressure, on top of the loss of work and the existence of a disability, is likely to heighten an insured's anxiety and stress. Moreover, once disabled, an insured faces the difficulty of finding an economic substitute for the loss of income caused by the denial of benefits. See D. Tartaglio, "The Expectation of Peace of Mind: A Basis for Recovery of Damages for Mental Suffering Resulting from the Breach of First Party Insurance Contracts" (1983), 56 *S. Cal. L. Rev.* 1345, at pp. 1365-66.

58 People enter into disability insurance contracts to protect themselves from this very financial and emotional stress and insecurity. An unwarranted delay in receiving this protection can be extremely

une cause d'action indépendante que si les dommages-intérêts sont d'une toute autre nature : s'ils sont réclamés en raison de circonstances aggravantes qui vont au-delà de ce que les parties escomptaient lors de la conclusion du contrat.

En l'espèce, la première question est de savoir si le contrat d'assurance-invalidité visait notamment à procurer un avantage psychologique faisant en sorte que, au moment de la conclusion du contrat, les parties pouvaient raisonnablement prévoir que la violation du contrat leur causerait une souffrance morale. Nous estimons que oui. Le marché conclu stipulait qu'en contrepartie du paiement des primes, l'assureur verserait des prestations à la demanderesse en cas d'invalidité. Il ne s'agit pas d'un simple contrat commercial. Il s'agit plutôt d'un contrat procurant des avantages matériels, comme des paiements, et des avantages immatériels, comme l'assurance d'une sécurité de revenu en cas d'invalidité. Si l'assuré devient invalide et l'assureur fait défaut de verser les prestations prévues par la police, ce dernier porte atteinte à cette expectative raisonnable de sécurité.

La souffrance morale est une conséquence que les parties au contrat d'assurance-invalidité peuvent raisonnablement prévoir advenant un défaut de versement des prestations prévues. L'avantage immatériel que procure un tel contrat est la perspective pour une personne de continuer à jouir d'une sécurité financière lorsque l'invalidité l'empêche de travailler et, donc, de gagner un revenu. Si l'assuré se fait injustement refuser les prestations, il peut se trouver dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins. Cette pression financière s'ajoutant à la perte de son travail et à l'invalidité va vraisemblablement accroître l'angoisse et le stress de l'assuré. De plus, l'assuré invalide est confronté à la difficile tâche de pallier la perte de revenu causée par le refus de l'assureur de verser les prestations. Voir D. Tartaglio, « The Expectation of Peace of Mind : A Basis for Recovery of Damages for Mental Suffering Resulting from the Breach of First Party Insurance Contracts » (1983), 56 *S. Cal. L. Rev.* 1345, p. 1365-1366.

C'est précisément pour se protéger contre cette insécurité et ce stress financiers et émotionnels que les gens souscrivent des polices d'assurance-invalidité. Retarder sans justification le bénéfice de cette

stressful. Ms. Fidler's damages for mental distress flowed from Sun Life's breach of contract. To accept Sun Life's argument that an independent actionable wrong is a precondition would be to sanction the "conceptual incongruity of asking a plaintiff to show *more* than just that mental distress damages were a reasonably foreseeable consequence of breach" (O'Byrne, at p. 334 (emphasis in original)).

protection peut causer un stress énorme. Les dommages-intérêts accordés à M^me^ Fidler pour la souffrance morale découlaient de la violation du contrat par Sun Life. Accepter l'argument de cette dernière selon lequel l'indemnisation de ce préjudice était assujettie à l'existence d'une faute indépendante donnant ouverture à action équivaudrait à entériner [TRADUCTION] « l'incohérence conceptuelle consistant à obliger un demandeur à démontrer *plus* que le simple fait que la souffrance morale était une conséquence raisonnablement prévisible de la violation » (O'Byrne, p. 334 (en italique dans l'original)).

The second question is whether the mental distress here at issue was of a degree sufficient to warrant compensation. Again, we conclude that the answer is yes. The trial judge found that Sun Life's breach caused Ms. Fidler a substantial loss which she suffered over a five-year period. He found as a fact that Ms. Fidler "genuinely suffered significant additional distress and discomfort arising out of the loss of the disability coverage" (para. 30 (emphasis added)). This finding was amply supported in the evidence, which included extensive medical evidence documenting the stress and anxiety that Ms. Fidler experienced. He concluded that merely paying the arrears and interest did not compensate for the years Ms. Fidler was without her benefits. His award of $20,000 seeks to compensate her for the psychological consequences of Sun Life's breach, consequences which are reasonably in the contemplation of parties to a contract for personal services and benefits such as this one. We agree with the Court of Appeal's decision not to disturb it.

59 La deuxième question est de savoir si l'intensité de la souffrance morale en l'espèce justifiait qu'une indemnité soit accordée. Là encore, à notre avis, la réponse est oui. Le juge de première instance a conclu que la violation du contrat par Sun Life a causé à M^me^ Fidler une perte substantielle qu'elle a subie pendant cinq ans. Il a conclu en fait que [TRADUCTION] « la perte des prestations d'invalidité a véritablement causé [à M^me^ Fidler] une détresse et un inconfort additionnels substantiels » (par. 30 (nous soulignons)). La preuve, notamment une preuve médicale volumineuse attestant le stress et l'inquiétude qui ont affligé M^me^ Fidler, étayait amplement cette conclusion. Le juge a estimé que le simple versement des arrérages et de l'intérêt ne compensait pas M^me^ Fidler pour les années où elle avait été privée de prestations. En lui accordant 20 000 $, il a voulu l'indemniser des conséquences psychologiques découlant de la violation du contrat par Sun Life, conséquences que les parties à un contrat de services et d'avantages personnels comme celui qui nous occupe peuvent raisonnablement prévoir. Nous souscrivons à la décision de la Cour d'appel de ne pas intervenir à cet égard.

(b) *Punitive Damages*

Ms. Fidler also seeks punitive damages. The trial judge declined to award them, citing no bad faith, but the Court of Appeal reversed this aspect of his judgment and awarded Ms. Fidler an additional $100,000 as punitive damages.

b) *Les dommages-intérêts punitifs*

60 M^me^ Fidler a également demandé des dommages-intérêts punitifs. Signalant qu'il n'y avait pas eu mauvaise foi, le juge de première instance a refusé de les accorder, mais la Cour d'appel a infirmé cette partie de son jugement et a accordé à M^me^ Fidler un montant additionnel de 100 000 $ à titre de dommages-intérêts punitifs.

61 While compensatory damages are awarded primarily for the purpose of compensating a plaintiff for pecuniary and non-pecuniary losses suffered as a result of a defendant's conduct, punitive damages are designed to address the purposes of retribution, deterrence and denunciation: *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18, at para. 43.

62 By their nature, contract breaches will sometimes give rise to censure. But to attract punitive damages, the impugned conduct must depart markedly from ordinary standards of decency — the exceptional case that can be described as malicious, oppressive or high-handed and that offends the court's sense of decency: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 196; *Whiten*, at para. 36. The misconduct must be of a nature as to take it beyond the usual opprobrium that surrounds breaking a contract. As stated in *Whiten*, at para. 36, "punitive damages straddle the frontier between civil law (compensation) and criminal law (punishment)". Criminal law and quasi-criminal regulatory schemes are recognized as the primary vehicles for punishment. It is important that punitive damages be resorted to only in exceptional cases, and with restraint.

63 In *Whiten*, this Court set out the principles that govern the award of punitive damages and affirmed that in breach of contract cases, in addition to the requirement that the conduct constitute a marked departure from ordinary standards of decency, it must be independently actionable. Where the breach in question is a denial of insurance benefits, a breach by the insurer of the contractual duty to act in good faith will meet this requirement. The threshold issue that arises, therefore, is whether the appellant breached not only its contractual obligation to pay the long-term disability benefit, but also the independent contractual obligation to deal with the respondent's claim in good faith. On this threshold issue, the legal standard to which Sun Life and other insurers are held is correctly described by O'Connor J.A. in *702535 Ontario Inc. v. Lloyd's*

Alors que les dommages-intérêts compensatoires visent principalement à compenser les pertes, pécuniaires ou non, occasionnées au demandeur par la conduite du défendeur, les dommages-intérêts punitifs ont pour objet le châtiment, la dissuasion et la dénonciation : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, par. 43.

De par sa nature, la violation de contrat doit parfois être réprimée. Mais pour entraîner la condamnation à des dommages-intérêts punitifs, la conduite reprochée doit s'écarter de façon marquée des normes de conduite acceptées; c'est le cas exceptionnel d'une conduite que l'on peut qualifier de si malveillante, opprimante ou abusive qu'elle choque le sens de la dignité de la cour : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 196; *Whiten*, par. 36. L'inconduite doit être d'une nature propre à provoquer davantage que la réprobation entourant l'inexécution d'un contrat. Selon l'arrêt *Whiten* au par. 36, « les dommages-intérêts punitifs chevauchent la frontière entre le droit civil (indemnisation) et le droit criminel (punition) ». Le droit criminel et les régimes de réglementation en matière quasi criminelle sont reconnus comme les principaux moyens de châtiment. Il importe que les tribunaux n'aient recours aux dommages-intérêts punitifs que dans les cas exceptionnels, et encore, avec retenue.

Dans *Whiten*, notre Cour a énoncé les principes régissant l'attribution de dommages-intérêts punitifs et a affirmé que dans les cas de violation de contrat, la conduite doit non seulement s'écarter des normes ordinaires de bonne conduite mais doit en plus donner elle-même ouverture à action. Si la violation en question consiste en un refus de verser les prestations d'assurance, cette exigence sera respectée du fait que l'assureur a violé l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi. La question préliminaire qui se pose est donc de savoir si l'appelante a violé non seulement l'obligation contractuelle de verser les prestations d'invalidité de longue durée, mais aussi l'obligation contractuelle indépendante de traiter de bonne foi la réclamation de l'intimée. Relativement à cette question préliminaire, la norme juridique à laquelle les assureurs, dont

*London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687 (Ont. C.A.), at para. 29:

The duty of good faith also requires an insurer to deal with its insured's claim fairly. The duty to act fairly applies both to the manner in which the insurer investigates and assesses the claim and to the decision whether or not to pay the claim. In making a decision whether to refuse payment of a claim from its insured, an insurer must assess the merits of the claim in a balanced and reasonable manner. It must not deny coverage or delay payment in order to take advantage of the insured's economic vulnerability or to gain bargaining leverage in negotiating a settlement. A decision by an insurer to refuse payment should be based on a reasonable interpretation of its obligations under the policy. This duty of fairness, however, does not require that an insurer necessarily be correct in making a decision to dispute its obligation to pay a claim. Mere denial of a claim that ultimately succeeds is not, in itself, an act of bad faith.

The proper characterization of Sun Life's conduct on the "good faith" issue requires a careful consideration of the evidence. The trial judge concluded that Sun Life did not act in bad faith. He heard the evidence over nine days. He had an opportunity to observe the witnesses, who included James Craig, a representative of Sun Life's disability management unit, and Ms. Fidler herself. Bearing in mind the subjective element of the duty of good faith, the trial judge's assessment of Mr. Craig's credibility in particular takes on some significance in determining whether Sun Life acted with an improper purpose in denying Ms. Fidler's claim.

Having heard and considered the evidence, the trial judge rejected Ms. Fidler's punitive damages claim. In his reasons, the trial judge noted the following evidence: Sun Life's surveillance recorded activities that were not inconsistent with Ms. Fidler's self-reporting; an internal memorandum exaggerated the nature of Ms. Fidler's activities; a claims administrator with Sun Life had written a

Sun Life, sont astreints a été correctement décrite par le juge O'Connor dans l'arrêt *702535 Ontario Inc. c. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687 (C.A. Ont.), par. 29 :

[TRADUCTION] L'obligation d'agir de bonne foi oblige aussi l'assureur à traiter équitablement la réclamation de son assuré. L'obligation d'agir équitablement s'applique aussi bien à la manière dont l'assureur fait enquête et évalue la réclamation qu'à la décision de payer ou non la demande. Pour décider s'il doit refuser de payer une demande présentée par son assuré, l'assureur doit évaluer le bien-fondé de cette demande de façon impartiale et raisonnable. Il ne doit pas refuser ou retarder le paiement afin de tirer profit de la vulnérabilité financière de l'assuré ou de se ménager une position de force dans la négociation du règlement. La décision de l'assureur de refuser le paiement devrait être fondée sur une interprétation raisonnable des obligations que lui impose la police. Toutefois, cette obligation d'agir équitablement ne signifie pas pour autant que l'assureur doit nécessairement avoir raison lorsqu'il décide de contester son obligation d'indemniser un assuré. Le simple rejet d'une demande qui finira par être reconnue comme valable ne constitue pas en soi un acte de mauvaise foi.

64 L'appréciation de la conduite de Sun Life par rapport à la question de la « bonne foi » nécessite un examen minutieux de la preuve. Le juge de première instance a conclu que l'assureur n'avait pas fait preuve de mauvaise foi. L'audition de la preuve a duré neuf jours. Le juge a pu observer les témoins, au nombre desquels figuraient James Craig, qui représentait le service de gestion des régimes d'invalidité de Sun Life, ainsi que M^me^ Fidler elle-même. Si l'on tient compte de l'élément subjectif de l'obligation d'agir de bonne foi, l'appréciation que le juge a faite de la crédibilité de M. Craig, en particulier, revêt de l'importance dans l'examen de la question de savoir si Sun Life poursuivait un but inapproprié lorsqu'elle a refusé la réclamation de M^me^ Fidler.

65 Après l'audition et l'examen de la preuve, le juge de première instance a rejeté la demande de dommages-intérêts punitifs de M^me^ Fidler. Il a signalé les éléments de preuve suivants dans ses motifs : la surveillance effectuée par Sun Life a permis d'enregistrer des activités qui n'étaient pas incompatibles avec les déclarations de M^me^ Fidler; une note de service interne avait exagéré la nature des

memorandum contemplating the successful denial of Ms. Fidler's claim in the event of litigation; and Sun Life's medical consultant was wrong in concluding that there was no medical or non-medical evidence that Ms. Fidler could not perform light work.

66 On the other hand, he took into consideration that the medical reports about Ms. Fidler's condition were inconclusive; that Sun Life acted in reliance on its own consultants and experts; that Ms. Fidler's condition was contracted at a young age; and that her previous experience was in sedentary work. He summarized his considerations and conclusions as follows:

> I must recognize, however, that after two years of benefits had been paid to Ms. Fidler, the test for continued coverage was whether Ms. Fidler could perform any work at all. Given the fact that the nature of Ms. Fidler's illness is of a type that is not demonstrated by indicators such as an x-ray or MRI, I do not think that Sun Life's conduct should be characterized as an act of bad faith. I say this even though Sun Life carried out what would appear to be at times a rather zealous approach to refuting Ms. Fidler's entitlement to the long term disability benefits despite strong medical evidence that she continued to be disabled. [para. 38]

67 The majority of the Court of Appeal, *per* Finch C.J.B.C., found palpable and overriding error on the question of bad faith. Finch C.J.B.C. relied in particular on three aspects of the record: first, the absence of medical evidence to justify a denial of Ms. Fidler's claim; second, Sun Life's internal memoranda exaggerating the surveillance results and indicating an intention to avoid looking "bad" in the event of litigation; and third, Sun Life's failure to disclose to Ms. Fidler the surveillance video on which it relied in denying her claim.

68 The surveillance team's observations were, arguably, consistent with the information provided by Ms. Fidler in her supplementary answers to the questionnaire. Moreover, Sun Life's internal

activités de M^me^ Fidler; un gestionnaire de règlement de Sun Life avait indiqué dans une note de service que Sun Life pourrait avoir gain de cause dans l'éventualité d'un litige se rapportant au refus de la réclamation de M^me^ Fidler; et le médecin consultant de Sun Life avait conclu à tort à l'absence de preuve médicale ou non médicale établissant que M^me^ Fidler ne pouvait effectuer un travail léger.

D'autre part, il a pris en considération le fait que les rapports médicaux concernant l'état de M^me^ Fidler n'étaient pas concluants, que Sun Life avait agi sur la foi de ses propres consultants et spécialistes, que M^me^ Fidler avait contracté sa maladie à un jeune âge et que son expérience de travail antérieure se rapportait à du travail sédentaire. Il a résumé ainsi son raisonnement et ses conclusions :

> [TRADUCTION] Je dois reconnaître, toutefois, que la poursuite du versement des prestations à M^me^ Fidler au-delà de deux ans dépendait de la question de savoir si elle pouvait accomplir quelque travail que ce soit. Étant donné que la maladie de M^me^ Fidler est de celles dont le diagnostic ne s'établit pas par radiographie ou résonnance magnétique, je ne crois pas que l'on puisse dire que Sun Life a agi de mauvaise foi et cela, même si cette dernière semble avoir parfois mis beaucoup de zèle à réfuter le droit de M^me^ Fidler à des prestations d'invalidité de longue durée en dépit d'une preuve médicale solide indiquant qu'elle était toujours invalide. [par. 38]

Le juge en chef Finch, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a jugé qu'il y avait eu erreur manifeste et dominante sur la question de la mauvaise foi. Il s'est appuyé en particulier sur trois éléments du dossier : d'abord, l'absence de preuve médicale justifiant le refus de la réclamation de M^me^ Fidler; ensuite, les notes de service internes de Sun Life exagérant les résultats de la surveillance et indiquant la volonté d'éviter une image négative dans l'éventualité d'un litige; et enfin, le défaut de Sun Life de communiquer à M^me^ Fidler la vidéo de surveillance sur laquelle elle se fondait pour refuser la réclamation.

On peut soutenir que les observations de l'équipe de surveillance concordaient avec les renseignements fournis par M^me^ Fidler dans les réponses supplémentaires qu'elle a données au questionnaire. De

memoranda, such as the surveillance summary and the medical consultant's report, reveal bald factual misstatements that weigh against a finding that Sun Life fairly and carefully considered the insured's claim.

On the other hand, the fact that Ms. Fidler's behaviour in the course of the surveillance seemed to demonstrate an ability to engage in some activities, taken with the ambiguity of the IME assessment, helps reduce the force of a conclusion that Sun Life had an improper purpose in denying Ms. Fidler's claim.

Except for the matter of disclosure, this evidence was expressly considered by the trial judge. And the disclosure issue is significantly tempered by the fact that Sun Life set out in a letter to Ms. Fidler the specific activities observed in the surveillance and the conclusions Sun Life drew as a consequence.

We share Finch C.J.B.C.'s concerns about Sun Life's decision to terminate benefits relating to an unobservable disability in the absence of any medical evidence indicating an ability to return to work. And we appreciate that the facts in this case represent conduct that is extremely troubling — the five-year denial by Sun Life of disability benefits without medical support for the denial is, to say the least, inappropriate. But an insurer will not necessarily be in breach of the duty of good faith by incorrectly denying a claim that is eventually conceded, or judicially determined, to be legitimate. In this respect, we respectfully part company with Finch C.J.B.C. who, in awarding punitive damages, characterized Sun Life's concession that Ms. Fidler was entitled to benefits as "the civil equivalent of [a] 'guilty plea'" (para. 78). The question instead is whether the denial was the result of the overwhelmingly inadequate handling of the claim, or the introduction of improper considerations into the claims process.

plus, les documents internes de Sun Life, comme le rapport de surveillance et le rapport du médecin consultant, renferment des affirmations de fait laconiques et inexactes qui empêchent de conclure que Sun Life a examiné la réclamation de l'assurée avec soin et impartialité.

69 D'autre part, le fait que la conduite de M^me^ Fidler pendant la surveillance semblait démontrer qu'elle pouvait se livrer à quelques activités, combiné aux conclusions ambiguës de l'examen médical indépendant, contribue à affaiblir la conclusion que Sun Life poursuivait un but inapproprié en refusant la réclamation de M^me^ Fidler.

70 Sauf pour ce qui est de la non-communication de la vidéo, le juge de première instance a expressément pris en considération ces éléments de preuve. Et la question de la non-communication perd beaucoup d'importance du fait que Sun Life a décrit dans une lettre envoyée à M^me^ Fidler les activités précises observées pendant la surveillance et les conclusions qu'elle en a tiré.

71 Comme le juge en chef Finch, nous trouvons préoccupant que Sun Life ait décidé, en l'absence de toute preuve médicale indiquant que l'assurée était apte à reprendre le travail, de mettre fin au versement de prestations relatives à une invalidité impossible à observer. Et nous sommes conscientes que les faits révèlent une conduite extrêmement troublante — il est pour le moins inapproprié que Sun Life ait refusé pendant cinq ans de verser des prestations d'invalidité sans preuve médicale à l'appui. Mais un assureur ne manque pas nécessairement à son obligation d'agir de bonne foi lorsqu'il refuse à tort une réclamation qu'il reconnaît ensuite comme légitime ou qui est déclarée telle par un tribunal. Sur ce point, nous divergeons d'avis avec le juge en chef Finch qui, en accordant des dommages-intérêts punitifs, a considéré que l'admission par Sun Life que M^me^ Fidler avait droit à des prestations était [TRADUCTION] « l'équivalent au civil d'[un] plaidoyer de culpabilité » (par. 78). Il convient plutôt de se demander si le refus découle d'une analyse terriblement bâclée de la réclamation ou de l'application de considérations malhonnêtes dans le processus de règlement.

72 Ultimately, each case revolves around its own facts. As O'Connor J.A. stated in *702535 Ontario*:

> What constitutes bad faith will depend on the circumstances in each case. A court considering whether the duty has been breached will look at the conduct of the insurer throughout the claims process to determine whether in light of the circumstances, as they then existed, the insurer acted fairly and promptly in responding to the claim. [para. 30]

73 The trial judge's conclusion that Sun Life did not act in bad faith was the product of a thorough review of the relevant evidence, and depended heavily on his appreciation of the basis on which Sun Life denied Ms. Fidler's claim. He considered every salient aspect of how Sun Life handled Ms. Fidler's claim, including those features that might be relied upon to suggest that Sun Life approached the claim obstructively or dismissively, but made no such finding.

74 Nor did the trial judge find an improper purpose on the part of Sun Life. The trial judge's reliance, in particular, on the difficulty Sun Life had in ascertaining whether Ms. Fidler was actually disabled supported his conclusion that Sun Life did not act in bad faith and that, instead, its denial of benefits was the product of a real, albeit incorrect, doubt as to whether Ms. Fidler was incapable of performing *any* work, as required under the terms of the policy.

75 Sun Life's conduct was troubling, but not sufficiently so as to justify interfering with the trial judge's conclusion that there was no bad faith. The trial judge's reasons disclose no error of law, and his eventual conclusion that Sun Life did not act in bad faith is inextricable from his findings of fact and his consideration of the evidence. As Ryan J.A. concluded in dissent:

> The trial judge saw and heard the witnesses. He examined the written material filed as exhibits. It was for him to assess the evidence and to determine its weight

En bout de ligne, l'issue de chaque affaire dépend des faits qui lui sont propres. Comme le juge O'Connor l'a affirmé dans l'arrêt *702535 Ontario* :

> [TRADUCTION] Ce qui constitue de la mauvaise foi dépend des circonstances de chaque espèce. Pour établir s'il y a eu manquement à l'obligation, le tribunal examinera la conduite de l'assureur dans tout le processus de traitement des réclamations pour déterminer si, compte tenu des circonstances existant alors, l'assureur a promptement et impartialement donné suite à la réclamation. [par. 30]

La conclusion du juge de première instance que Sun Life n'avait pas agi de mauvaise foi procédait d'un examen exhaustif de la preuve pertinente et elle était solidement appuyée sur son évaluation des motifs pour lesquels Sun Life avait rejeté la réclamation de M^me^ Fidler. Il a examiné tous les points saillants du traitement de la réclamation par Sun Life, y compris les aspects susceptibles d'indiquer que l'assureur s'était livré à de l'obstruction ou n'avait pas accordé l'importance voulue à la réclamation, mais il n'a pas conclu en ce sens.

Le juge de première instance n'a pas considéré non plus que Sun Life avait poursuivi un but inapproprié. Sur le fondement des difficultés rencontrées par Sun Life pour s'assurer de l'invalidité de M^me^ Fidler, en particulier, il a conclu que Sun Life n'avait pas agi de mauvaise foi et que son refus de verser les prestations reposait plutôt sur un doute qui, pour mal fondé qu'il fût, n'en était pas moins réel sur la question de savoir si M^me^ Fidler était incapable d'exercer *tout* emploi, comme l'exigeait la police.

La conduite de Sun Life était troublante, mais pas au point qu'il soit justifié d'infirmer la conclusion du juge de première instance sur l'absence de mauvaise foi. Les motifs du juge ne révèlent aucune erreur de droit, et sa conclusion que Sun Life n'avait pas agi de mauvaise foi est indissociable de ses conclusions de fait et de son examen de la preuve. Comme la juge Ryan de la Cour d'appel l'a indiqué dans sa dissidence :

> [TRADUCTION] Le juge de première instance a vu et entendu les témoins. Il a examiné les pièces déposées en preuve. Il lui appartenait d'apprécier la preuve

and effect. In my view Ms. Fidler has not been able to demonstrate that the conclusions of the trial judge were unreasonable or palpably wrong. [para. 104]

The award of punitive damages, of course, does not depend exclusively on the existence of an actionable wrong. In *Whiten*, the Court clearly established the relevant factors to consider in determining whether or not an award of punitive damages is warranted. Absent bad faith in this case, however, there is no need to go further.

Ms. Fidler is entitled to $20,000 for mental distress, but her claim for punitive damages is dismissed. Accordingly, we would allow the appeal in part, set aside the Court of Appeal's award of punitive damages and restore the order of Ralph J., with costs to Ms. Fidler throughout.

*Appeal allowed in part, with costs to the respondent.*

*Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Faith Hayman Law Corporation, Vancouver.*

et d'en déterminer l'importance et l'effet. À mon avis, M^me^ Fidler n'a pas été en mesure de démontrer que les conclusions du juge étaient déraisonnables ou entachées d'une erreur manifeste. [par. 104]

Certes, l'attribution de dommages-intérêts punitifs ne dépend pas exclusivement de l'existence d'une faute donnant ouverture à action. Dans *Whiten*, cette Cour a énoncé les facteurs qu'il faut prendre en compte pour déterminer si l'attribution de dommages-intérêts punitifs est justifiée. Cependant, en l'absence de mauvaise foi en l'espèce, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse.

M^me^ Fidler a droit à 20 000 $ pour souffrance morale, mais sa demande de dommages-intérêts punitifs est rejetée. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, d'annuler l'attribution de dommages-intérêts punitifs par la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge Ralph, avec dépens en faveur de M^me^ Fidler devant toutes les cours. 76

*Pourvoi accueilli en partie, avec dépens en faveur de l'intimée.*

*Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée : Faith Hayman Law Corporation, Vancouver.*

**Ministry of Correctional Services** *Appellant*

*v.*

**David Goodis, Senior Adjudicator, and Jane Doe, Requester** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada** *Intervener*

**INDEXED AS: GOODIS v. ONTARIO (MINISTRY OF CORRECTIONAL SERVICES)**

**Neutral citation: 2006 SCC 31.**

File No.: 30820.

2006: April 18; 2006: July 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Access to information — Exemptions — Solicitor-client privilege — Access to records for determination of whether they should be disclosed under Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Whether records may be disclosed to requester's counsel notwithstanding claim of solicitor-client privilege — Whether Divisional Court bound by Act's provisions prohibiting Commissioner from disclosing any records until final decision made — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 19.*

A judge of the Divisional Court, who was reviewing a decision of the Ontario Information and Privacy Commissioner, granted the requester's counsel access to records notwithstanding a claim of solicitor-client privilege by the Ministry of Correctional Services. The judge treated the motion for access as one by the requester's counsel, and not as one by the requester, in order to enable counsel to argue whether those records should be disclosed under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. The order for disclosure

**Ministère des Services correctionnels** *Appelant*

*c.*

**David Goodis, arbitre principal, et M^me^ Unetelle, auteure de la demande d'accès** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : GOODIS c. ONTARIO (MINISTÈRE DES SERVICES CORRECTIONNELS)**

**Référence neutre : 2006 CSC 31.**

N^o^ du greffe : 30820.

2006 : 18 avril; 2006 : 7 juillet.

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

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

*Accès à l'information — Exemptions — Secret professionnel de l'avocat — Accès à des documents en vue de déterminer s'ils doivent être divulgués en vertu de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée — Les documents peuvent-ils être divulgués à l'avocate de l'auteure de la demande en dépit de la revendication du secret professionnel de l'avocat? — La Cour divisionnaire est-elle liée par les dispositions de la loi interdisant au Commissaire de divulguer les documents avant qu'une décision finale soit rendue? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 19.*

Un juge de la Cour divisionnaire, qui révisait une décision du Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, a ordonné que l'avocate de l'auteure de la demande ait accès à des documents, même si le ministère des Services correctionnels revendiquait à leur égard le privilège du secret professionnel de l'avocat. Il a traité la motion en vue d'y avoir accès comme si elle n'émanait pas de l'auteure de la demande, mais de son avocate en vue de sa plaidoirie sur l'assujettissement des documents à l'obligation de

was made subject to a confidentiality undertaking. The Divisional Court and of the Ontario Court of Appeal upheld that decision and found that the judge had discretion to order disclosure.

*Held*: The appeal should be allowed.

Records subject to a claim of solicitor-client privilege may be ordered disclosed only where absolutely necessary — a test just short of absolute prohibition. A different test is not justified for access to information cases. Here, the evidence revealed no such absolute necessity, and any records claimed to be subject to solicitor-client privilege should not be disclosed. It is difficult to envisage circumstances where this test could be met if the sole purpose of disclosure is to facilitate argument by requester's counsel on the question of whether privilege is properly claimed. While the principle of hearing from both sides of an issue is to be departed from only in exceptional cases, judges are well acquainted with privilege and well equipped to determine if a record is subject to it. [20-25]

The procedural provisions of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* apply to the Commissioner, not the courts which are bound rather by the legislation governing their procedures on judicial review. Since the provisions of the Act prohibiting the Commissioner from disclosing any records until a final decision is made are procedural, the matter of disclosure is accordingly left to the court's discretion, subject to statutory or common law rules. Where no common law rule prescribes the manner in which to deal with records, the court must adopt a procedure which will protect the confidentiality of records until a substantive decision is made. [30-32]

In this case, the judge of the Divisional Court considered the appropriateness of the confidentiality undertaking and that the integrity of counsel providing the undertaking had not been attacked. His approach was correct to the extent the records were not privileged and confidentiality had been claimed on some other basis. However, in the case of documents subject to solicitor-client privilege, this approach was inappropriate unless the "absolute necessity" test was met. [33]

divulgation prévue par la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*. L'ordonnance lui a accordé l'accès aux documents sous réserve qu'elle signe un engagement de non-divulgation. La Cour divisionnaire et la Cour d'appel de l'Ontario ont confirmé cette décision et conclu que le juge avait le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la divulgation.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

La divulgation de documents visés par une revendication du secret professionnel de l'avocat ne peut être ordonnée qu'en cas de nécessité absolue — un critère tout juste en deçà d'une interdiction absolue. Rien ne justifie un critère différent relativement aux demandes d'accès à l'information. En l'espèce, la preuve n'a pas établi une telle nécessité absolue et aucun document à l'égard duquel le secret professionnel de l'avocat était invoqué ne devait être divulgué. Il est difficile d'imaginer une situation qui réponde à ce critère dans un cas où la divulgation vise seulement à aider l'avocat de l'auteur d'une demande à débattre du bien-fondé de la revendication du privilège. Bien que seules des circonstances exceptionnelles puissent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre le point de vue des deux parties sur une question, les juges s'y connaissent bien en matière de privilège et ils sont en mesure de déterminer si un document est protégé. [20-25]

Les dispositions de nature procédurale de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* s'appliquent au Commissaire, et non aux tribunaux qui sont plutôt liés par les textes législatifs régissant leur procédure de révision judiciaire. Comme les dispositions interdisant au Commissaire de divulguer des documents avant qu'une décision finale soit rendue sont de nature procédurale, la question de la divulgation est laissée à la discrétion de la cour, sous réserve des lois et des règles de common law. En l'absence de règle de common law régissant la façon de traiter les documents, la cour doit adopter une procédure qui en protège la confidentialité jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le fond. [30-32]

En l'espèce, le juge de la Cour divisionnaire a examiné l'opportunité de l'engagement de non-divulgation et noté que l'intégrité de l'avocate qui signait cet engagement n'était pas remise en cause. Sa façon de procéder était la bonne, dans la mesure où les documents n'étaient pas protégés, mais où leur confidentialité était invoquée sur un autre fondement. Néanmoins, dans le cas de documents visés par le secret professionnel de l'avocat, cette approche n'était pas appropriée, à moins que le critère de la « nécessité absolue » ne soit respecté. [33]

**Cases Cited**

**Applied:** *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; **distinguished:** *Fuda v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701; **referred to:** *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, 2004 SCC 31; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

**Statutes and Regulations Cited**

*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 135(2), 137(2).
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 1(a), (b), 19, 52(3), (4), (5), (6), (8), (13), 54(2), 55.
*Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, ss. 2(1), 10.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (McMurtry C.J.O. and Catzman and Lang JJ.A.), [2005] O.J. No. 66 (QL), affirming a judgment of the Divisional Court (MacFarland, McCombs and Wilson JJ.), [2004] O.J. No. 894 (QL), affirming a judgment of Blair J., [2003] O.J. No. 4621 (QL), allowing the motion of the requester's counsel for access to sealed records. Appeal allowed.

*Sara Blake* and *Lise Favreau*, for the appellant.

*William S. Challis*, for the respondent David Goodis.

*M. Philip Tunley* and *Christine L. Lonsdale*, for the respondent Jane Doe.

*Christopher M. Rupar*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

1 The primary issue in this appeal is whether a judge reviewing a decision of the Ontario

**Jurisprudence**

**Arrêt appliqué :** *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; **distinction d'avec l'arrêt :** *Fuda c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701; **arrêts mentionnés :** *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

**Lois et règlements cités**

*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 1a), b), 19, 52(3), (4), (5), (6), (8), (13), 54(2), 55.
*Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 2(1), 10.
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 135(2), 137(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef McMurtry et les juges Catzman et Lang), [2005] O.J. No. 66 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges MacFarland, McCombs et Wilson), [2004] O.J. No. 894 (QL), confirmant une décision du juge Blair, [2003] O.J. No. 4621 (QL), qui avait accueilli la motion présentée par l'avocate de l'auteure de la demande en vue d'avoir accès aux documents mis sous scellés. Pourvoi accueilli.

*Sara Blake* et *Lise Favreau*, pour l'appelant.

*William S. Challis*, pour l'intimé David Goodis.

*M. Philip Tunley* et *Christine L. Lonsdale*, pour l'intimée M^me^ Unetelle.

*Christopher M. Rupar*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

La principale question à trancher dans le présent pourvoi est la suivante : Le juge qui révise une

Information and Privacy Commissioner ("Commissioner") may grant the requester's counsel access to records, which are subject to a claim of solicitor-client privilege ("*secret professionnel de l'avocat*" in the French version of the relevant statutory provision), for purposes of arguing whether those records should be disclosed under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 ("*Access Act*").

décision du Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario (« Commissaire ») peut-il ordonner que l'accès à des documents visés par une revendication du privilège du « secret professionnel de l'avocat » (« *solicitor-client privilege* » dans le texte anglais de la disposition législative pertinente) soit accordé à l'avocate de l'auteure de la demande d'accès, afin qu'elle prépare sa plaidoirie sur leur assujettissement à l'obligation de divulgation imposée par la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (« *Loi sur l'accès* »)?

The Ontario *Access Act* serves two stated purposes. One is "to provide a right of access to information" under the control of government (s. 1(a)). The other is "to protect the privacy of individuals with respect to personal information" (s. 1(b)). This appeal is about access to information.

2 La *Loi sur l'accès* de l'Ontario vise deux objets énoncés expressément soit, d'une part, « procurer un droit d'accès à l'information » régie par le gouvernement (al. 1a)) et, d'autre part, « protéger la vie privée des particuliers que concernent les renseignements personnels » (al. 1b)). Le présent appel porte sur l'accès à l'information.

A judge of the Divisional Court ordered disclosure of the records to the requester's counsel. A panel of the Ontario Divisional Court and the Ontario Court of Appeal found that the judge had the discretion to order disclosure. In their view, the records, even those claimed to be solicitor-client privileged, could be disclosed to counsel for the requester subject to an appropriate confidentiality undertaking.

3 Un juge de la Cour divisionnaire a ordonné la divulgation des documents à l'avocate de l'auteure de la demande. Un tribunal de juges de la Cour divisionnaire de l'Ontario ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario ont conclu que le juge avait le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la divulgation. À leur avis, les documents — même ceux à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat était invoqué — pouvaient être divulgués à l'avocate de l'auteure de la demande, à condition que cette avocate signe un engagement de non-divulgation approprié.

I am of the opinion that disclosure to a requester's counsel of records subject to a claim of solicitor-client privilege may only be ordered where absolutely necessary. The Ontario courts erred by not applying the absolute necessity test. Had the proper test been applied, the disclosure of records claimed to be subject to solicitor-client privilege would not have been ordered.

4 Je suis d'avis que la divulgation, à l'avocat de l'auteur d'une demande d'accès, de documents visés par une revendication du secret professionnel de l'avocat ne peut être ordonnée que si elle est absolument nécessaire. Les tribunaux ontariens ont commis une erreur en n'appliquant pas le critère de la nécessité absolue. Si le bon critère avait été appliqué, la divulgation de tels documents n'aurait pas été ordonnée.

## II. Facts

## II. Faits

The procedural history leading to this appeal is somewhat complicated. It is not necessary to refer to every detail. The requester, Jane Doe,

5 L'historique des procédures qui ont conduit au présent pourvoi est plutôt compliqué. Il n'est pas nécessaire d'en relater tous les détails. L'auteure

is a journalist. Pursuant to the *Access Act*, she requested all records relating to allegations of sexual abuse of offenders by probation officers employed by the Ontario Ministry of Correctional Services in Cornwall, Ontario. The Ministry identified 459 pages of relevant records but refused to disclose them on various grounds. The requester appealed the Ministry's decision to the Commissioner. By Order PO-1999 dated March 13, 2002, an adjudicator in the office of the Commissioner ordered disclosure of 19 of the 459 pages.

de la demande, M^me^ Unetelle, est journaliste. Elle a présenté, en vertu de la *Loi sur l'accès*, une demande d'accès à tous les documents relatifs à des allégations d'abus sexuels qui auraient été commis sur des délinquants, à Cornwall en Ontario, par des agents de probation employés par le ministère des Services correctionnels de l'Ontario. Le Ministère a recensé 459 pages de documents pertinents, mais il a refusé de les divulguer pour divers motifs. L'auteure de la demande a interjeté appel de la décision du Ministère devant le Commissaire. Dans l'ordonnance PO-1999, datée du 13 mars 2002, un arbitre du Bureau du Commissaire a ordonné la divulgation de 19 des 459 pages.

6 The Ministry filed an application for judicial review in the Ontario Divisional Court seeking to quash the Commissioner's Order PO-1999 ordering disclosure of the 19 pages. By order dated April 22, 2003, the 459 pages were sealed (the private record).

Le Ministère a déposé une requête en révision judiciaire à la Cour divisionnaire de l'Ontario, en vue de faire annuler l'ordonnance PO-1999 du Commissaire qui ordonnait la divulgation des 19 pages. Les 459 pages (le dossier privé) ont été mises sous scellés (ou « fermées », pour reprendre le terme utilisé dans la loi) conformément à une ordonnance datée du 22 avril 2003.

7 On October 20, 2003, the requester filed a notice of motion in the Divisional Court for an order granting *her* access to the private record upon the filing of a confidentiality undertaking. The motion came before Blair J. (as he then was). Blair J. treated the motion as one for access for the *requester's counsel* in order to enable counsel to argue the judicial review and not for access to the requester herself.

Le 20 octobre 2003, l'auteure de la demande a déposé un avis de motion devant la Cour divisionnaire en vue d'obtenir *elle-même* accès au dossier privé, sous réserve de la signature d'un engagement de non-divulgation. C'est le juge Blair (maintenant juge de la Cour d'appel) qui a été saisi de la motion. Il l'a traitée comme si elle visait à ce que, non pas l'auteure de la demande, mais *son avocate* ait accès aux documents en vue de sa plaidoirie dans la procédure de révision judiciaire.

8 In his endorsement of October 24, 2003, Blair J. acknowledged the Ministry's submission that the 19 pages ordered disclosed were subject to solicitor-client privilege and that those were the only pages at issue in the judicial review. While he noted that "the matter is not free from doubt", he ordered disclosure of the entire private record to the requester's counsel subject to a confidentiality undertaking. He wrote:

Dans son jugement manuscrit du 24 octobre 2003, le juge Blair a fait état de l'argument du Ministère portant que les 19 pages visées par l'ordonnance de divulgation étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat et qu'il s'agissait des seules pages litigieuses dans le cadre de la révision judiciaire. Bien qu'il ait noté que [TRADUCTION] « la question continue à soulever des doutes », il a ordonné la divulgation de l'ensemble du dossier privé à l'avocate de l'auteure de la demande, sous réserve qu'elle signe un engagement de non-divulgation. Le juge Blair a écrit :

I include all 458 [*sic*] pages of the Private Record because it is not entirely clear to me — notwithstanding the submission that the judicial review is limited to the 19 pages — that the remaining documents in the Private Record, or some of them may not have relevance on the appeal.

([2003] O.J. No. 4621 (QL), at para. 3)

In making his order, Blair J. relied on the principles enunciated and the practices referred to in such cases as *Fuda v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701 (Div. Ct.), and *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186 (C.A.).

The Ministry moved before a panel of the Divisional Court to set aside the order of Blair J. The motion was dismissed on January 26, 2004: [2004] O.J. No. 894 (QL). In its endorsement, the panel does not refer to solicitor-client privilege but only to the Ministry's argument that under the *Access Act*, the court is limited to the powers vested in the Commissioner. In the view of the panel, a judge of the Divisional Court has jurisdiction to control the court's process and to ensure procedural fairness to all parties. The panel accepted the argument that "it may be of assistance, both to counsel and to the court, to see the documents ordered produced as well as those that were not, to make what he or she [counsel for the requester] can of any distinctions, and to provide context" (para. 4). The panel found that Blair J. did not commit a palpable and overriding error that would justify interfering with his discretionary order.

By order dated January 14, 2005, the Ontario Court of Appeal dismissed the Ministry's appeal of the order of the panel of the Divisional Court: [2005] O.J. No. 66 (QL). In the view of the Court of Appeal, Blair J., as a judge of the Divisional Court, had jurisdiction to control the process of the court and to ensure procedural fairness to all parties.

[TRADUCTION] J'inclus en totalité les 458 [*sic*] pages du dossier privé parce qu'il n'est pas parfaitement clair selon moi — malgré l'argument selon lequel la révision judiciaire porte uniquement sur les 19 pages — que les autres documents du dossier privé, ou certains d'entre eux, ne peuvent pas être pertinents à l'appel.

([2003] O.J. No. 4621 (QL), par. 3)

Pour prononcer cette ordonnance, le juge Blair s'est fondé sur les principes énoncés et les pratiques évoquées dans des décisions comme *Fuda c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701 (C. div.), et *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186 (C.A.).

9 Le Ministère a présenté une motion à un tribunal de juges de la Cour divisionnaire en vue de faire annuler l'ordonnance du juge Blair. La motion a été rejetée le 26 janvier 2004 : [2004] O.J. No. 894 (QL). Dans leur jugement manuscrit, les juges ne font pas référence au secret professionnel de l'avocat et se contentent de mentionner l'argument du Ministère selon lequel les pouvoirs de la Cour, sous le régime de la *Loi sur l'accès*, se limitent à ceux conférés au Commissaire. Selon eux, un juge de la Cour divisionnaire a compétence pour contrôler le déroulement de l'instance et pour garantir que toutes les parties bénéficient de l'équité procédurale. Ils ont retenu l'argument selon lequel [TRADUCTION] « il peut être utile, tant pour les avocats que pour la Cour, de consulter à la fois les documents dont la production a été ordonnée et ceux qui n'étaient pas visés par l'ordonnance, pour que [l'avocate de l'auteure de la demande] puisse tirer partie de toute distinction, et pour établir le contexte » (par. 4). Les juges ont conclu que le juge Blair n'avait pas commis d'erreur manifeste et dominante qui justifierait que la Cour modifie son ordonnance discrétionnaire.

10 Dans une ordonnance datée du 14 janvier 2005, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel par le Ministère de l'ordonnance du tribunal de juges de la Cour divisionnaire : [2005] O.J. No. 66 (QL). Selon la Cour d'appel, le juge Blair, à titre de juge de la Cour divisionnaire, avait compétence pour contrôler le déroulement de l'instance et garantir

Blair J.'s disclosure order was a discretionary one made within his jurisdiction.

III. Analysis

11 There are two issues in this appeal:

(a) Can the records in issue be disclosed to counsel for the requester notwithstanding the Ministry's claim of solicitor-client privilege?

(b) Is the Divisional Court bound by the provisions of the *Access Act* such that the prohibition on the Commissioner's disclosing records applies to the court?

A. *Solicitor-Client Privilege*

(1) Introduction

12 The Ministry has claimed that all the documents in the private record are exempt from disclosure under s. 19 of the *Access Act*, which provides:

**19.** A head may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

Section 19 applies to two categories of documents: (1) communications between a solicitor and his or her client and (2) documents prepared in contemplation of or for use in litigation. Section 19 recognizes these common law privileges: solicitor-client communication privilege and litigation privilege.

13 In their submissions to this Court on appeal, the parties have restricted their arguments to solicitor-client privilege. They have not addressed litigation privilege. This decision, therefore, will deal solely with solicitor-client privilege, i.e., communications

que toutes les parties bénéficient de l'équité procédurale. L'ordonnance de divulgation du juge Blair relevait du pouvoir discrétionnaire dont il était investi.

III. Analyse

Deux questions doivent être tranchées dans le présent pourvoi :

a) Les documents en cause peuvent-ils être divulgués à l'avocate de l'auteure de la demande, en dépit de la revendication par le Ministère du secret professionnel de l'avocat?

b) La Cour divisionnaire est-elle liée par les dispositions de la *Loi sur l'accès* de telle sorte que l'interdiction faite au Commissaire de divulguer les documents s'applique à la cour?

A. *Le secret professionnel de l'avocat*

(1) Introduction

Le Ministère a soutenu que, par application de l'art. 19 de la *Loi sur l'accès*, tous les documents qui se trouvent dans le dossier privé sont soustraits à la divulgation.

**19** La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

L'article 19 s'applique à deux catégories de documents : (1) les communications entre un avocat et son client et (2) les documents préparés à l'occasion ou en prévision d'une instance. L'article 19 reconnaît les privilèges de common law suivants : le privilège des communications entre avocat et client et le privilège relatif au litige.

Les parties ont limité leurs arguments en appel devant la Cour à la question du secret professionnel de l'avocat. Elles n'ont pas traité du privilège relatif au litige. Par conséquent, la présente décision traitera exclusivement du secret professionnel

between solicitor and client and not with litigation privilege.

(2) Jurisprudence

In a series of cases, this Court has dealt with the question of the circumstances in which communications between solicitor and client may not be disclosed. In *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875, Lamer J., on behalf of a unanimous Court, formulated a substantive rule to apply when communications between solicitor and client are likely to be disclosed without the client's consent:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.

2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.

4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

The substantive rule laid down in *Descôteaux* is that a judge must not interfere with the confidentiality of communications between solicitor and client "except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation". In *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, it was found that a provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that authorized the

de l'avocat, soit du privilège des communications entre avocat et client, et non du privilège relatif au litige.

(2) Jurisprudence

Dans une série d'arrêts, la Cour a traité des circonstances dans lesquelles les communications entre un avocat et son client ne peuvent être divulguées. Dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875, le juge Lamer, qui exprimait l'opinion unanime de la Cour, a formulé une règle de fond à appliquer lorsque les communications entre un avocat et son client sont susceptibles d'être dévoilées sans le consentement de ce dernier : 14

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;

2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;

3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;

4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

Selon la règle de fond énoncée dans *Descôteaux*, un juge ne peut porter atteinte à la confidentialité des communications entre un avocat et son client « que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante ». Dans *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, la Cour a conclu qu'une disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise 15

seizure of documents from a law office was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because it permitted the automatic loss of solicitor-client privilege. That decision further emphasized the fundamental nature of the substantive rule. It is, therefore, incumbent on a judge to apply the "absolutely necessary" test when deciding an application for disclosure of such records.

16 This strict approach had been followed earlier in *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14. At p. 459, Major J. stated:

> However, 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.

17 Of particular significance is that the question of disclosure of solicitor-client privileged communications does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis. By contrast, Blair J. followed the decision of the Divisional Court in *Fuda* where Lang J. laid out different principles for the disclosure of records to a requester's counsel for the purpose of arguing the judicial review of an access to information decision. At para. 33 of *Fuda*, Lang J. states:

> In other words, the decision on whether to grant access to the private record is fact specific. . . . A balancing is needed; a balancing between, on the one hand, ensuring that a court operating in an adversarial context has the benefit of full and informed submissions, and, on the other hand, ensuring that highly sensitive information is not improperly accessed, particularly where such access would cause harm to uninvolved third parties. [Emphasis added.]

18 While a fact-specific balancing may have been appropriate in *Fuda*, it cannot, having regard to this Court's categorical jurisprudence, apply where the records involve communications between solicitor and client.

la saisie de documents dans un cabinet d'avocats était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce qu'elle permettait la perte automatique du secret professionnel de l'avocat. Cette décision a souligné encore davantage la nature fondamentale de la règle de fond. Le juge doit donc appliquer le critère de l'« absolue nécessité » lorsqu'il statue sur une demande de divulgation de tels documents.

Cette approche stricte avait déjà été suivie dans *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14. À la page 459, le juge Major a affirmé :

> Toutefois, le secret professionnel de l'avocat 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.

Le fait que la question de la divulgation des communications confidentielles échangées entre un avocat et son client ne nécessite pas une évaluation des intérêts au cas par cas est particulièrement important. Or, le juge Blair a suivi la décision *Fuda*, de la Cour divisionnaire, dans laquelle la juge Lang a énoncé des principes différents à appliquer pour décider si des documents doivent être divulgués à l'avocat de l'auteur d'une demande d'accès en vue de sa plaidoirie dans la procédure de révision judiciaire en matière d'accès à l'information. Dans *Fuda*, la juge Lang a affirmé, au par. 33 :

> [TRADUCTION] En d'autres termes, la décision de donner accès au dossier privé dépend des faits de chaque cause. [. . .] il faut procéder à une évaluation; c'est-à-dire pondérer la nécessité, d'une part, qu'une cour de justice œuvrant dans un contexte contradictoire dispose d'observations complètes et éclairées et, d'autre part, d'éviter tout accès inopportun à de l'information très sensible, en particulier lorsqu'un tel accès causerait un préjudice à des tiers qui ne sont pas mêlés à l'affaire. [Je souligne.]

Si dans *Fuda*, il a pu être approprié de procéder à une évaluation en fonction des faits propres à chaque cas, la jurisprudence catégorique de la Cour indique que ce ne saurait être le cas lorsque les documents en cause concernent des communications entre un avocat et son client.

Although raised, it appears from the record that the question of solicitor-client privilege was not the primary focus of argument before the Ontario courts. It is perhaps for that reason that the Ontario courts were of the view that procedural fairness required disclosure of the records to the counsel for the requester. However, in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, 2004 SCC 31, Major J. explained that privilege and procedural fairness co-exist without being at the expense of each other. As he stated at para. 31:

> Procedural fairness does not require the disclosure of a privileged legal opinion. [Privilege and procedural fairness] may co-exist without being at the expense of the other .... The concept of fairness permeates all aspects of the justice system, and important to it is the principle of solicitor-client privilege.

(3) Meaning of Absolute Necessity

Absolute necessity is as restrictive a test as may be formulated short of an absolute prohibition in every case. The circumstances in which the test has been met exemplify its restrictive nature. In *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 841, for example, it was found that subject to strict safeguards, mail received by an inmate at a penitentiary could be inspected to maintain the safety and security of the penitentiary. Similarly, in *McClure*, it was found that documents subject to privilege could be disclosed where there was a genuine danger of wrongful conviction because the information was not available from other sources and the accused could not otherwise raise a reasonable doubt as to his guilt.

While I cannot rule out the possibility, it is difficult to envisage circumstances where the absolute necessity test could be met if the sole purpose of disclosure is to facilitate argument by the requester's counsel on the question of whether privilege is properly claimed. Hearing from both sides of an issue is a principle to be departed from only in exceptional circumstances. However, privilege is

Même si la question du secret professionnel de l'avocat a été soulevée, il ressort du dossier qu'elle ne constituait pas l'argument principal soumis aux tribunaux ontariens. C'est peut-être pourquoi ces derniers étaient d'avis que l'équité procédurale exigeait la divulgation des documents à l'avocate de l'auteure de la demande. Toutefois, dans *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31, le juge Major a expliqué que le privilège avocat-client et l'équité procédurale coexistent sans que l'un ne nuise à l'autre. Il a affirmé au par. 31 : 19

> L'équité procédurale n'exige pas la divulgation d'un avis juridique protégé par le privilège avocat-client. [Le privilège et l'équité procédurale] peuvent coexister sans que l'un ne nuise à l'autre [. . .] La notion d'équité imprègne tous les aspects du système de justice, et l'un de ses aspects fondamentaux est le privilège avocat-client.

(3) Définition de l'absolue nécessité

L'absolue nécessité est le critère le plus restrictif qui puisse être formulé en deçà d'une interdiction absolue dans tous les cas. Les circonstances dans lesquelles il a été satisfait à ce critère illustrent sa nature restrictive. À titre d'exemple, dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 841, la Cour a statué que, sous réserve de mesures strictes de protection, le courrier adressé à un détenu incarcéré dans un pénitencier peut être inspecté pour le maintien de la sécurité et de la sûreté de l'institution. De même, dans *McClure*, la Cour a conclu que les documents protégés par le privilège pouvaient être divulgués en présence d'un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée, parce que l'information ne pouvait être obtenue ailleurs et que l'accusé était incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité. 20

Bien que je ne puisse écarter la possibilité qu'une situation réponde au critère de la nécessité absolue dans un cas où la divulgation vise seulement à aider l'avocat de l'auteur d'une demande à débattre du bien-fondé de la revendication du privilège, une telle situation est difficile à imaginer. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre 21

a subject with which judges are acquainted. They are well equipped in the ordinary case to determine whether a record is subject to privilege. There is no evidence in this case that disclosure of records to counsel for the purpose of arguing whether or not they are privileged is absolutely necessary.

(4) Judicial Workload

22 It is suggested that the need to examine many records could place an undue burden on the reviewing judge. It is not obvious that disclosure to the requester's counsel will necessarily reduce that workload. In any event, there are techniques available to help reduce the volume of information that must be reviewed. At a minimum, for example, the 459 pages could be organized in categories that exhibit common characteristics relevant to the solicitor-client privilege. Nor do I see how an increase in judicial workload or other administrative considerations make absolutely necessary disclosure to the requester's counsel for the purpose of arguing the judicial review application. Convenience is not a reason to release information subject to a claim of solicitor-client privilege.

(5) Conclusion on Solicitor-Client Privilege

23 In sum, I agree with the Ministry that there is no justification for establishing a new or different test for disclosure of records subject to a claim for solicitor-client privilege in an access to information case.

24 I am of the respectful opinion that the Ontario courts were in error in permitting disclosure of all the documents in this case. The appropriate test for any document claimed to be subject to solicitor-client privilege is "absolute necessity".

le point de vue des deux parties sur une question. En revanche, les juges s'y connaissent en matière de privilège. Ordinairement, ils sont en mesure de déterminer si un document est protégé. En l'espèce, aucune preuve n'établit la nécessité absolue de la divulgation des documents à l'avocate afin qu'elle prépare sa plaidoirie quant à leur caractère privilégié ou non.

(4) La charge de travail du juge

On laisse entendre que la nécessité d'examiner de nombreux documents entraînerait une charge de travail indue pour le juge saisi de la révision. Il ne va pas de soi que la divulgation des documents à l'avocate de l'auteure de la demande réduirait nécessairement cette charge de travail. Quoi qu'il en soit, il existe des techniques pour réduire le volume de l'information qui doit être examinée. À titre d'exemple, les 459 pages pourraient à tout le moins être organisées selon des catégories de documents présentant des caractéristiques communes, pertinentes au privilège avocat-client. Je ne vois pas non plus en quoi un accroissement de la charge de travail du juge — ou quelque autre considération administrative — rend absolument nécessaire la divulgation des documents à l'avocate de l'auteure de la demande en vue du débat sur la demande de révision judiciaire. La commodité n'est pas un motif pour divulguer de l'information visée par une revendication du secret professionnel de l'avocat.

(5) Conclusion quant au secret professionnel de l'avocat

En somme, je souscris à la thèse du Ministère selon laquelle rien ne justifierait qu'un critère nouveau ou différent soit établi quant à la divulgation de documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué dans le cadre d'une demande d'accès à l'information.

Je suis d'avis que les cours de l'Ontario ont commis une erreur en autorisant la divulgation de tous les documents en l'espèce. Le critère applicable à tout document visé par une revendication du secret professionnel de l'avocat est celui de la

That test was not applied. Had it been, disclosure of all the records would not have been ordered.

I am mindful that openness of the court's process is a recognized principle. However, as with all general principles, there are exceptions. Records that are subject to a claim of solicitor-client privilege in an access to information case are such an exception. Absent absolute necessity in order to achieve the end sought by the enabling legislation, such records may not be disclosed. As stated, the evidence disclosed no such absolute necessity in this case.

B. *Access Act*

The Ministry has argued that a court hearing a judicial review of the Commissioner's decision is bound by the provisions of the *Access Act* that prohibit the Commissioner from disclosing any records until a final decision is made. I am unable to agree.

(1) Textual Analysis

The provisions of the *Access Act* which the Ministry cites are specifically referable to the Commissioner: s. 55 and ss. 52(3), 52(4), 52(5), 52(13) and 54(2). If it had been the intention of the Legislature that the courts be subject to the same strictures, it would have been very easy and indeed, very obvious, for the Legislature to have stated such intention in express terms. The Ontario Legislature did not do so even though there is no doubt that a decision of the Commissioner could be subject to judicial review.

Moreover, there are provisions in the *Access Act* applicable to the Commissioner that could never be applicable to the court. For example, under s. 52(6), a head may *require* the Commissioner to examine a document at its site. It would be highly unusual that a court be *required* to inspect documents on site. By contrast, s. 10 of the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, which by virtue of s. 2(1)

« nécessité absolue ». Ce critère n'a pas été appliqué. S'il l'avait été, la divulgation de tous les documents n'aurait pas été ordonnée.

25 Je suis conscient que la transparence des débats judiciaires est un principe reconnu. Par contre, comme tous les principes généraux, il souffre certaines exceptions. Les documents à l'égard desquels une partie invoque le secret professionnel de l'avocat dans le cadre d'une demande d'accès à l'information constituent une telle exception. À moins que cela ne soit absolument nécessaire à la réalisation de la fin recherchée par la loi habilitante, de tels documents ne peuvent être divulgués. Tel qu'il a été mentionné, en l'espèce, aucun élément de preuve n'établissait une telle nécessité absolue.

B. *Loi sur l'accès*

26 Le Ministère a fait valoir qu'une cour saisie de la révision judiciaire d'une décision du Commissaire est liée par les dispositions de la *Loi sur l'accès* qui interdisent à ce dernier de divulguer quelque document que ce soit avant qu'une décision finale soit rendue. Je ne puis souscrire à ce point de vue.

(1) Analyse du texte de la loi

27 Les dispositions de la *Loi sur l'accès* citées par le Ministère mentionnent expressément le Commissaire : art. 55 et par. 52(3), 52(4), 52(5), 52(13) et 54(2). Si le législateur avait voulu que les tribunaux soient assujettis aux mêmes restrictions, il lui aurait été facile, et il lui aurait paru évident, d'exprimer clairement cette intention. Le législateur ontarien ne l'a pas fait, même s'il était clair qu'une décision du Commissaire pouvait faire l'objet d'une révision judiciaire.

28 En outre, certaines dispositions de la *Loi sur l'accès* qui s'appliquent au Commissaire ne pourraient jamais être applicables à la cour. À titre d'exemple, selon le par. 52(6), une personne responsable peut *exiger* que le Commissaire consulte un document sur place. Il serait très inhabituel qu'on *exige* d'une cour qu'elle consulte un document sur place. Au contraire, l'art. 10 de la *Loi sur la procédure de*

is directly applicable to the court's proceedings, requires that the record of the Commissioner be filed with the court.

29 Similarly, under s. 52(8), the Commissioner may summon and examine on oath any person who, in the Commissioner's opinion, may have information relating to the inquiry. In a matter involving the *Access Act*, the court is conducting a judicial review and, except in extraordinary circumstances, witnesses will not be examined. In any event, the court will not summon and examine witnesses on its own initiative.

30 On a textual analysis of the *Access Act*, therefore, I do not see that its procedural provisions applicable to the Commissioner apply to the court. There is no express reference to the judicial review of a decision of the Commissioner under the *Access Act* and some of the provisions could not logically have been intended to bind the court on judicial review. Rather, I think it must follow that the court is bound by the legislation governing the court's procedures on judicial review, the *Judicial Review Procedure Act* and the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43. The *Courts of Justice Act* provides that the court may order the exclusion of the public from hearings (s. 135(2)) or that any document filed before it be treated as confidential, sealed and not form part of the public record (s. 137(2)) as was done in this case.

(2) Jurisdiction on Judicial Review

31 In support of its position that the court is bound by the provisions of the *Access Act*, the Ministry submits that, on judicial review, a court cannot have more powers than the decision-maker under review. In this case, the decision-maker under review is the Commissioner. While it is true that a court sitting on judicial review does not have more substantive decision-making powers than the Commissioner, it does not follow that the court is bound by the procedures applicable to

*révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1, que le par. 2(1) rend directement applicable aux procédures judiciaires, exige que le dossier du Commissaire soit déposé au greffe.

De même, en vertu du par. 52(8), le Commissaire peut assigner à comparaître et interroger sous serment la personne qui, à son avis, pourrait avoir des renseignements relatifs à l'enquête. Dans une affaire concernant l'application de la *Loi sur l'accès*, la cour procède à une révision judiciaire et, sauf circonstances extraordinaires, aucun témoin n'est interrogé. Quoi qu'il en soit, la cour n'assigne et n'interroge pas de témoins de sa propre initiative.

Après avoir analysé le texte de la *Loi sur l'accès*, je ne crois pas que les dispositions régissant la procédure devant le Commissaire s'appliquent à la cour. Aucune disposition de la *Loi sur l'accès* ne fait expressément référence au contrôle judiciaire d'une décision du Commissaire et certaines de ses dispositions ne pourraient pas logiquement viser à lier la cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire. J'estime donc que la cour est plutôt assujettie aux textes législatifs qui régissent sa procédure de révision judiciaire, soit la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* et la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43. Cette dernière permet au tribunal d'ordonner le huis clos (par. 135(2)) et d'ordonner qu'un document déposé dans une instance civile soit traité comme un document confidentiel, qu'il soit fermé et qu'il ne fasse pas partie du dossier public (par. 137(2)), comme cela a été fait en l'espèce.

(2) Compétence en matière de révision judiciaire

Au soutien de sa thèse selon laquelle la cour est liée par les dispositions de la *Loi sur l'accès*, le Ministère fait valoir que, dans le cadre de la révision judiciaire d'une décision, les pouvoirs de la cour ne peuvent excéder ceux de l'instance qui a rendu la décision. En l'espèce, il s'agit du Commissaire. Bien qu'il soit vrai que la cour saisie d'une demande de révision judiciaire ne possède pas, sur le fond, un pouvoir décisionnel plus étendu que celui du Commissaire, il ne s'ensuit pas qu'elle

the Commissioner. The provisions that allow for the Commissioner's hearing to be held in private or prohibit the Commissioner from disclosing records prior to deciding that they must be disclosed are procedural in nature. The procedure of the court is governed by the provisions of the relevant statutes and rules that apply to the court.

(3) Protection for Documents Under the *Access Act*

I acknowledge that if the procedures in the *Access Act* that apply to the Commissioner are not directly applicable to the court on judicial review, the matter of disclosure is left to the discretion of the court (subject to statutory and common law rules such as those pertaining to documents over which privilege is claimed). However, in the case of judicial review proceedings relating to the *Access Act*, it is obvious that the court's adjudicative process must not result in disclosure of contested documents and thereby pre-empt the court's substantive ruling on the issue. Where no common law rule prescribes the manner in which to deal with records, the court must adopt a procedure that will protect the confidentiality of records until a substantive decision is made.

The precise terms upon which disclosure may be ordered to the requester's counsel for purposes of arguing a judicial review is within the discretion of the judge. In this case, Blair J. considered the appropriateness of the confidentiality undertaking and that there was no attack on the integrity of counsel providing the undertaking. These were relevant considerations. To the extent records are not subject to a claim for solicitor-client privilege, but confidentiality is claimed on some other basis, I agree with the approach of Blair J. However, in the case of documents subject to solicitor-client privilege, the approach adopted by Blair J. is not appropriate unless the "absolute necessity" test is met.

est liée par les règles de procédure applicables au Commissaire. Les dispositions qui permettent au Commissaire de tenir une audience à huis clos ou qui lui interdisent de divulguer des documents avant qu'il ne soit décidé qu'ils doivent être divulgués sont de nature procédurale. Or, la procédure de la cour est régie par les lois et règles pertinentes qui s'appliquent à la cour.

(3) Protection des documents sous le régime de la *Loi sur l'accès*

32 Je conviens que si les règles de procédure énoncées dans la *Loi sur l'accès* et applicables au Commissaire ne s'appliquent pas directement à la cour saisie d'une demande de révision judiciaire, la question de la divulgation est laissée à la discrétion du tribunal (sous réserve des lois et des règles de common law comme celles relatives aux documents dont on soutient qu'ils sont protégés par un privilège). Néanmoins, dans le cas d'une procédure de révision judiciaire concernant l'application de la *Loi sur l'accès*, il est évident que le processus décisionnel de la cour ne doit pas entraîner la divulgation des documents litigieux et, de ce fait, court-circuiter la décision de la cour sur le fond. En l'absence de règle de common law régissant la façon de traiter les documents, la cour doit adopter une procédure qui en protégera la confidentialité jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le fond.

33 Les conditions précises qui peuvent être incluses dans une ordonnance de divulgation des documents à l'avocat de l'auteur d'une demande en vue de la révision judiciaire relève du pouvoir discrétionnaire du juge. En l'espèce, le juge Blair a examiné l'opportunité de l'engagement de non-divulgation et noté que l'intégrité de l'avocate qui signait cet engagement n'était pas remise en cause. Ces considérations étaient pertinentes. Dans la mesure où les documents ne sont pas visés par une revendication du secret professionnel de l'avocat, mais lorsqu'on invoque leur confidentialité sur un autre fondement, j'approuve la façon de procéder du juge Blair. Néanmoins, dans le cas de documents visés par le secret professionnel de l'avocat, l'approche adoptée par le juge Blair n'est pas appropriée, à moins que le critère de la « nécessité absolue » ne soit respecté.

IV. Conclusion

34 I would allow the appeal and quash the decisions of the Ontario courts allowing the disclosure of the entire private record to the requester's counsel. Any records claimed to be subject to solicitor-client privilege should not be disclosed to the requester's counsel. Disclosure to counsel for purposes of arguing the judicial review of records not subject to a claim of solicitor-client privilege or that are found by the judge not to be so privileged, are, provided they are not governed by any other statutory or common law rule, subject to the discretion of the judge, having regard to the objective of protecting the confidentiality of records until a substantive decision is made and to considerations such as the appropriateness of a confidentiality undertaking. The matter should be remitted to the Divisional Court for redetermination in accordance with these reasons. The Ministry expressly did not request costs and none are ordered.

## APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31

**19.** A head may refuse to disclose a record that is subject to solicitor-client privilege or that was prepared by or for Crown counsel for use in giving legal advice or in contemplation of or for use in litigation.

**52.**— . . .

(3) The inquiry may be conducted in private.

(4) In an inquiry, the Commissioner may require to be produced to the Commissioner and may examine any record that is in the custody or under the control of an institution, despite Parts II and III of this Act or any other Act or privilege, and may enter and inspect any premises occupied by an institution for the purposes of the investigation.

IV. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'infirmer les décisions des cours ontariennes autorisant la divulgation de l'ensemble du dossier privé à l'avocate de l'auteure de la demande. Aucun document à l'égard duquel le secret professionnel de l'avocat est invoqué ne doit être divulgué à l'avocate de l'auteure de la demande. Quant aux documents qui ne font pas l'objet du secret professionnel de l'avocat ou à l'égard desquels le juge conclut qu'ils ne sont pas protégés par un tel privilège, s'ils ne sont régis par aucune autre loi ou règle de common law, leur divulgation à l'avocate en vue de la procédure de révision judiciaire relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui tiendra compte, d'une part, de l'objectif de protection de la confidentialité des documents jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le fond et, d'autre part, de considérations telle l'opportunité d'un engagement de non-divulgation. L'affaire devrait être renvoyée à la Cour divisionnaire pour qu'elle rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs. Le Ministère a expressément mentionné qu'il ne demande pas les dépens et aucune ordonnance n'est rendue à cet égard.

## ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31

**19** La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour son compte, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

**52** . . .

(3) L'enquête peut se dérouler à huis clos.

(4) Malgré les parties II et III de la présente loi, et toute autre loi ou privilège, le commissaire peut, dans le cadre d'une enquête, exiger que lui soit communiqué un document dont une institution a la garde ou le contrôle et en faire l'examen. Il peut de même aux fins de l'enquête pénétrer dans les locaux d'une institution et en faire l'inspection.

(5) The Commissioner shall not retain any information obtained from a record under subsection (4).

(6) Despite subsection (4), a head may require that the examination of a record by the Commissioner be of the original at its site.

. . .

(8) The Commissioner may summon and examine on oath any person who, in the Commissioner's opinion, may have information relating to the inquiry, and for that purpose the Commissioner may administer an oath.

. . .

(13) The person who requested access to the record, the head of the institution concerned and any affected party shall be given an opportunity to make representations to the Commissioner, but no person is entitled to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

**54.**— . . .

(2) Where the Commissioner upholds a decision of a head that the head may refuse to disclose a record or a part of a record, the Commissioner shall not order the head to disclose the record or part.

**55.**—(1) The Commissioner or any person acting on behalf of or under the direction of the Commissioner shall not disclose any information that comes to their knowledge in the performance of their powers, duties and functions under this or any other Act.

*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43

**135.** . . .

(2) The court may order the public to be excluded from a hearing where the possibility of serious harm or injustice to any person justifies a departure from the general principle that court hearings should be open to the public.

**137.** . . .

(2) A court may order that any document filed in a civil proceeding before it be treated as confidential, sealed and not form part of the public record.

(5) Le commissaire ne doit pas conserver les renseignements consignés dans un document communiqué en vertu du paragraphe (4).

(6) Malgré le paragraphe (4), la personne responsable peut exiger que le commissaire consulte sur place l'original du document.

. . .

(8) Le commissaire peut assigner à comparaître et interroger sous serment la personne qui, à son avis, pourrait avoir des renseignements relatifs à l'enquête. Il peut faire prêter serment à cette fin.

. . .

(13) Il doit être fourni à la personne qui a présenté une demande d'accès à un document, à la personne responsable de l'institution concernée, ainsi qu'à toute personne intéressée par les renseignements, l'occasion de présenter leurs observations au commissaire. Toutefois, nul n'a le droit d'être présent lors de la présentation faite par une autre personne, d'avoir accès à ces observations ou de les commenter.

**54** . . .

(2) Si le commissaire confirme la décision de la personne responsable de refuser la divulgation d'un document en totalité ou en partie, il ne doit pas enjoindre à celle-ci de divulguer le document ou la partie visée.

**55** (1) Le commissaire ou la personne qui agit pour son compte ou sous son autorité ne peuvent divulguer les renseignements portés à leur connaissance dans l'exercice de leurs attributions en vertu de la présente loi ou de toute autre loi.

*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43

**135** . . .

(2) Le tribunal peut ordonner le huis clos si la possibilité qu'une personne subisse un préjudice important ou une injustice grave justifie une dérogation au principe général de la publicité des audiences des tribunaux.

**137** . . .

(2) Le tribunal peut ordonner qu'un document déposé dans une instance civile soit traité comme un document confidentiel, qu'il soit fermé et qu'il ne fasse pas partie du dossier public.

*Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1

**2.**—(1) On an application by way of originating notice, which may be styled "Notice of Application for Judicial Review", the court may, despite any right of appeal, by order grant any relief that the applicant would be entitled to in any one or more of the following:

1. Proceedings by way of application for an order in the nature of mandamus, prohibition or certiorari.

2. Proceedings by way of an action for a declaration or for an injunction, or both, in relation to the exercise, refusal to exercise or proposed or purported exercise of a statutory power.

**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.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the respondent David Goodis: Information and Privacy Commissioner, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Jane Doe: McCarthy Tétrault, Toronto.*

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

*Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1

**2** (1) Sur requête par voie d'avis de requête, qui peut s'intituler « Avis de requête en révision judiciaire », la Cour peut, malgré tout droit d'appel, accorder par voie d'ordonnance tout redressement auquel le requérant aurait droit dans les cas suivants :

1. Une instance par voie de requête pour l'obtention d'une ordonnance de la nature d'un *mandamus*, d'une prohibition ou d'un *certiorari*.

2. Une instance par voie d'action en déclaration judiciaire ou en injonction ou les deux à la fois, relativement à l'exercice réel, projeté ou prétendu d'une compétence légale ou au refus de l'exercer.

**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.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimé David Goodis : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée M^me^ Unetelle : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant : Procureur général du Canada, Ottawa.*

**Denis Boulanger** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: **R. *v.* BOULANGER**

**Neutral citation: 2006 SCC 32.**

File No.: 30853.

2005: December 16; 2006: July 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Breach of trust by public officer — Elements of offence — Whether accused's actions rose to level of seriousness required to establish actus reus of offence — Whether accused intended to use public office for purpose other than public good — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 122.*

Following a car accident involving his daughter, the accused, the director of public security, asked the officer in charge of the case to prepare a second, more complete accident report. The supplementary report led to the conclusion that his daughter was not at fault, with the result that the accused did not have to pay the insurance deductible of $250. He was charged with the offence of breach of trust by a public officer under s. 122 of the *Criminal Code*. The trial judge convicted the accused on the basis that he had used his office to obtain a personal benefit. A majority of the Court of Appeal upheld the conviction.

*Held*: The appeal should be allowed and an acquittal entered.

The offence of breach of trust by a public officer is established where the Crown proves beyond a reasonable doubt that: (1) the accused is an official; (2) the accused was acting in connection with the duties of his or her office; (3) the accused breached the standard of responsibility and conduct demanded of him or her by the nature of the office; (4) the accused's conduct represented a serious and marked departure from the

**Denis Boulanger** *Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : **R. *c.* BOULANGER**

**Référence neutre : 2006 CSC 32.**

N° du greffe : 30853.

2005 : 16 décembre; 2006 : 13 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Abus de confiance par un fonctionnaire — Éléments de l'infraction — Les actions de l'accusé atteignent-elles le degré de gravité requis pour établir l'actus reus de l'infraction? — L'accusé avait-il l'intention d'user de sa charge publique dans un but autre que l'intérêt public? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 122.*

À la suite de l'accident de voiture dans lequel sa fille était impliquée, l'accusé, le directeur de la sécurité publique, a demandé au policier chargé du dossier de préparer un deuxième rapport, plus détaillé. Par suite de ce rapport, il a été conclu que la responsabilité de sa fille n'était pas engagée, ce qui lui a évité de payer la franchise d'assurance de 250 $. Il a été accusé de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire sous le régime de l'art. 122 du *Code criminel*. La juge du procès l'a déclaré coupable, au motif qu'il s'était servi de sa charge pour obtenir un avantage personnel. Dans un jugement majoritaire, la Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli et l'acquittement est prononcé.

L'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire est établie lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que (1) l'accusé est un fonctionnaire; (2) l'accusé agissait dans l'exercice de ses fonctions; (3) l'accusé a manqué aux normes de responsabilité et de conduite que lui impose la nature de sa charge ou de son emploi; (4) la conduite de l'accusé représente un écart grave et marqué par rapport aux

standards expected of an individual in the accused's position of public trust; and (5) the accused acted with the intention to use his or her public office for a purpose other than the public good, for example, a dishonest, partial, corrupt, or oppressive purpose. [58]

Here, the offence was not made out. The accused is an official and, in asking a subordinate officer to prepare a supplementary report, he was acting in connection with the duties of his office. He was also pursuing a personal interest contrary to the *Code of ethics of Québec police officers*, which requires him to perform his duties disinterestedly. While this may be enough to bring the accused within the ambit of disciplinary action, it does not necessarily establish the criminal offence of breach of trust by a public officer. The facts, as found by the trial judge, raise a reasonable doubt that the accused had the *mens rea* necessary for conviction under s. 122. The trial judge found that the officer's report accorded with the preponderance of evidence relating to the accident, that it was not falsified, and that the accused did not ask or obtain a supplementary report with the intent of misleading the insurance company. Although the accused knew he would benefit from the officer's report, this alone does not establish a culpable state of mind. The accused's intention was to have the officer make a complete report, not to skew it in one direction or another. In addition, it is clear that the *actus reus* was not made out. While the proper course of conduct would have been for the accused to have his insurer communicate directly with the officer, the accused's course of action does not represent a marked departure from the course of action he should have taken. Rather, as the trial judge put it, his conduct was simply an error in judgment. In view of all the circumstances, the accused's actions do not rise to the level of seriousness required to establish the *actus reus* of the offence. [61-67]

**Cases Cited**

**Referred to:** *Anonymous* (1704), 6 Mod. 96, 87 E.R. 853; *R. v. Bembridge* (1783), 3 Dougl. 327, 99 E.R. 679, 22 How. St. Tr. 1; *R. v. Young* (1758), 1 Burr. 557, 97 E.R. 447; *R. v. Williams* (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851; *R. v. Borron* (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721; *R. v. Wyat* (1705), 1 Salk. 380, 91 E.R. 331; *R. v. Kennett* (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976; *R. v. Pinney* (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962; *R. v. Hollond* (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340; *R. v. Llewellyn-Jones* (1966), 51 Cr. App. R. 4, aff'd (1967), 51 Cr. App. R. 204; *R. v. Dytham* (1979), 69 Cr. App. R. 387; *Shum Kwok Sher v. HKSAR*, [2002] 5 HKCFAR

normes que serait censé observer quiconque occuperait le poste de confiance de l'accusé; (5) l'accusé a agi dans l'intention d'user de sa charge ou de son emploi publics à des fins autres que l'intérêt public, par exemple dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus. [58]

En l'espèce, l'infraction n'a pas été établie. L'accusé est un fonctionnaire et, en demandant à l'un de ses subordonnés de préparer un rapport complémentaire, il agissait dans le cadre de ses fonctions. Il cherchait également à satisfaire un intérêt personnel, ce qui va à l'encontre du *Code de déontologie des policiers du Québec*, qui exige de lui qu'il exerce ses fonctions avec désintéressement. Bien que ce geste puisse être suffisant pour l'exposer à des mesures disciplinaires, il n'établit pas nécessairement l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire. Les faits dont la juge du procès a été saisie soulèvent un doute raisonnable quant à l'existence de la *mens rea* requise pour prononcer une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 122. La juge du procès a conclu que le rapport du policier concordait avec la preuve prépondérante relative à l'accident et n'avait pas été falsifié et que l'accusé n'avait pas demandé ou obtenu le rapport complémentaire dans l'intention de tromper l'assureur. Certes, l'accusé savait qu'il retirerait un avantage du rapport du policier, mais cela ne suffit pas pour établir un état d'esprit coupable. L'intention de l'accusé est de faire rédiger un rapport complet par le policier, et non de dévier dans un sens ou dans l'autre. De plus, il est clair que l'*actus reus* n'a pas été établi. Il est vrai que l'accusé aurait dû laisser son assureur communiquer directement avec le policier, mais sa conduite ne représente pas un écart marqué par rapport à celle qu'il aurait dû adopter. Comme l'a indiqué la juge du procès, il s'agit plutôt d'une erreur de jugement de sa part. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, les actions de l'accusé n'atteignent pas le degré de gravité requis pour établir l'*actus reus* de l'infraction. [61-67]

**Jurisprudence**

**Arrêts mentionnés :** *Anonymous* (1704), 6 Mod. 96, 87 E.R. 853; *R. c. Bembridge* (1783), 3 Dougl. 327, 99 E.R. 679, 22 How. St. Tr. 1; *R. c. Young* (1758), 1 Burr. 557, 97 E.R. 447; *R. c. Williams* (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851; *R. c. Borron* (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721; *R. c. Wyat* (1705), 1 Salk. 380, 91 E.R. 331; *R. c. Kennett* (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976; *R. c. Pinney* (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962; *R. c. Hollond* (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340; *R. c. Llewellyn-Jones* (1966), 51 Cr. App. R. 4, conf. par (1967), 51 Cr. App. R. 204; *R. c. Dytham* (1979), 69 Cr. App. R. 387; *Shum Kwok Sher c. HKSAR*, [2002]

381; *R. v. G*, [2004] 1 A.C. 1034, [2003] UKHL 50; *Attorney General's Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] 3 W.L.R. 451, [2004] EWCA Crim 868; *R. v. Arnoldi* (1893), 23 O.R. 201; *R. v. McMorran* (1948), 91 C.C.C. 19; *R. v. Campbell* (1967), 3 C.C.C. 250, aff'd (1967), 2 C.R.N.S. 403; *Leblanc v. The Queen*, [1979] C.A. 417, aff'd [1982] 1 S.C.R. 344; *R. v. Hébert*, [1986] R.J.Q. 236; *R. v. Perreault* (1992), 75 C.C.C. (3d) 425, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. viii; *R. v. Fisher* (2001), 139 O.A.C. 96; *R. v. Power* (1993), 122 N.S.R. (2d) 110; *R. v. Pilarinos* (2002), 168 C.C.C. (3d) 548; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Rajic* (1993), 80 C.C.C. (3d) 533; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867.

**Statutes and Regulations Cited**

*Code of ethics of Québec police officers*, (1990) 122 G.O. 28, 1760, s. 9.

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 118 "office", "official", 121(1)(*c*), 122, 139, 220, 221, 334, 346, 380.

*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 103.

*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 135.

**Authors Cited**

Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*. Toronto: Carswell, 1890.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 22nd Parl., January 19, 1954, p. 1274.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XXXIV, 2nd Sess., 7th Parl., April 12, 1892, p. 1312.

Finn, Paul. "Official Misconduct", [1978] 2 *Crim. L.J.* 307.

Great Britain. Royal Commission on the Criminal Code. *Report of the Royal Commission on the Criminal Code (Eng.) 1880 and Imperial Criminal Code and criminal bills*. London: H.M.S.O., 1888.

Mewett, Alan W. "The Criminal Law, 1867-1967" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 726.

*New Oxford Dictionary of English*. Oxford: Clarendon Press, 1998, "partiality".

Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, 4th ed. London: MacMillan and Co., 1887.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences)*, 9th ed., by Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

5 HKCFAR 381; *R. c. G*, [2004] 1 A.C. 1034, [2003] UKHL 50; *Attorney General's Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] 3 W.L.R. 451, [2004] EWCA Crim 868; *R. c. Arnoldi* (1893), 23 O.R. 201; *R. c. McMorran* (1948), 91 C.C.C. 19; *R. c. Campbell* (1967), 3 C.C.C. 250, conf. par (1967), 2 C.R.N.S. 403; *Leblanc c. La Reine*, [1979] C.A. 417, conf. par [1982] 1 R.C.S. 344; *R. c. Hébert*, [1986] R.J.Q. 236; *Perreault c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 1829, autorisation d'appel rejetée, [1993] 1 R.C.S. viii; *R. c. Fisher* (2001), 139 O.A.C. 96; *R. c. Power* (1993), 122 N.S.R. (2d) 110; *R. c. Pilarinos* (2002), 168 C.C.C. (3d) 548; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Rajic* (1993), 80 C.C.C. (3d) 533; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 118 « charge » ou « emploi », « fonctionnaire », 121(1)*c*), 122, 139, 220, 221, 334, 346, 380.

*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 103.

*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 135.

*Code de déontologie des policiers du Québec*, (1990) 122 G.O. 28, 2531, art. 9.

**Doctrine citée**

Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*. Toronto : Carswell, 1890.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1re sess., 22e lég., 19 janvier 1954, p. 1344.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XXXIV, 2e sess., 7e Parl., 12 avril 1892, p. 1347.

Finn, Paul. « Official Misconduct », [1978] 2 *Crim. L.J.* 307.

Grande-Bretagne. Royal Commission on the Criminal Code. *Report of the Royal Commission on the Criminal Code (Eng.) 1880 and Imperial Criminal Code and criminal bills*. London : H.M.S.O., 1888.

Mewett, Alan W. « The Criminal Law, 1867-1967 » (1967), 45 *R. du B. can.* 726.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, 4th ed. London : MacMillan and Co., 1887.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences)*, 9th ed., by Lewis Frederick Sturge. London : Sweet & Maxwell, 1950.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

*Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du XIXe et du XXe siècle (1789-1960)*, t. 12. Paris :

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Dalphond and Doyon JJ.A.) (2005), 29 C.R. (6th) 346, 2005 CarswellQue 622, [2005] Q.J. No. 798 (QL), 2005 QCCA 214, affirming the accused's conviction, [2003] Q.J. No. 4097 (QL). Appeal allowed.

*François Beauvais*, for the appellant.

*Josée Grandchamp* and *Henri-Pierre Labrie*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

1 The crime of breach of trust by a public officer, embodied in s. 122 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is both ancient and important. It gives concrete expression to the duty of holders of public office to use their offices for the public good. This duty lies at the heart of good governance. It is essential to retaining the confidence of the public in those who exercise state power. Yet surprisingly, the elements of this crime remain uncertain. This appeal requires us to clarify those elements so that citizens, police and the courts have a clear idea of what conduct the crime encompasses.

2 The appellant was the director of public security of the municipality of Varennes, Quebec. Following an accident in which his daughter was involved, he asked the police officer in charge of the case to prepare a second, more complete accident report. The supplementary report led to the conclusion that his daughter was not at fault, with the result that the appellant did not have to pay the insurance deductible of $250. The question is whether this conduct supports a conviction for

Centre national de la recherche scientifique, 1986, « partialité ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Dalphond et Doyon) (2005), 29 C.R. (6th) 346, 2005 CarswellQue 622, [2005] J.Q. nº 798 (QL), 2005 QCCA 214, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé, [2003] J.Q. nº 4097 (QL). Pourvoi accueilli.

*François Beauvais*, pour l'appelant.

*Josée Grandchamp* et *Henri-Pierre Labrie*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

L'abus de confiance par un fonctionnaire, visé à l'art. 122 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, est un crime à la fois ancien et important. Il matérialise l'obligation des titulaires d'une charge ou d'un emploi publics d'en user pour le bien public. C'est une obligation fondamentale pour une saine administration et essentielle pour que les citoyens continuent à faire confiance aux autorités publiques. Pourtant, il est surprenant de constater que les éléments constitutifs de ce crime demeurent incertains. Le présent pourvoi nous oblige à les clarifier, afin que les citoyens, la police et les tribunaux sachent clairement quel genre de conduite est visé par cette infraction.

L'appelant était le directeur de la sécurité publique de la ville de Varennes (Québec). Il a demandé au policier chargé du dossier de l'accident dans lequel sa fille était impliquée de préparer un deuxième rapport, plus détaillé. Par suite de ce rapport, l'assureur a conclu que la responsabilité de cette dernière n'était pas engagée, ce qui a évité à l'appelant de payer la franchise de 250 $. Il s'agit de déterminer si cette conduite peut fonder une déclaration de culpabilité pour abus de confiance par un

breach of trust by a public officer under s. 122 of the *Criminal Code*.

The trial judge convicted the appellant on the basis that he had used his office to obtain a personal benefit ([2003] Q.J. No. 4097 (QL)). A majority of the Quebec Court of Appeal confirmed the verdict ((2005), 29 C.R. (6th) 346, 2005 QCCA 214). Dalphond J.A., dissenting, would have ordered an acquittal on the basis that the benefit obtained was not undue and that it had not been established beyond a reasonable doubt that a reasonable person, in full possession of the relevant facts, would necessarily conclude that a breach of trust had occurred.

After analysing the elements of the offence of breach of trust by a public officer, I conclude that the appeal should be allowed and an acquittal entered.

## 2. Analysis

### 2.1 *The Issue*

Section 122 makes it an indictable offence, punishable by up to five years in prison, for an official to commit fraud or a breach of trust:

> **122.** Every official who, in connection with the duties of his office, commits fraud or a breach of trust is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years, whether or not the fraud or breach of trust would be an offence if it were committed in relation to a private person.

An "official" is defined in s. 118 as a person who "holds an office" or "is appointed to discharge a public duty". The term "office" is defined broadly as including "an office or appointment under the government", "a civil or military commission" and "a position or an employment in a public department".

It is clear that Mr. Boulanger is an "official" under s. 122. It is also clear that in instructing Constable

fonctionnaire sous le régime de l'art. 122 du *Code criminel*.

3 La juge du procès a déclaré l'appelant coupable, au motif qu'il s'était servi de sa charge pour obtenir un avantage personnel ([2003] J.Q. nº 4097 (QL)). Dans un jugement majoritaire, la Cour d'appel du Québec a confirmé cette décision ((2005), 29 C.R. (6th) 346, 2005 QCCA 214). Le juge Dalphond, dissident, aurait acquitté l'accusé parce que celui-ci n'avait pas obtenu d'avantage irrégulier et qu'il n'avait pas été prouvé hors de tout doute raisonnable qu'une personne raisonnable, bien informée des faits pertinents, conclurait nécessairement à l'abus de confiance.

4 Après examen des éléments constitutifs de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de prononcer un acquittement.

## 2. Analyse

### 2.1 *La question en litige*

5 Selon l'art. 122, la fraude ou l'abus de confiance commis par un fonctionnaire est un acte criminel punissable d'un emprisonnement maximal de cinq ans :

> **122.** Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans tout fonctionnaire qui, relativement aux fonctions de sa charge, commet une fraude ou un abus de confiance, que la fraude ou l'abus de confiance constitue ou non une infraction s'il est commis à l'égard d'un particulier.

L'article 118 définit le « fonctionnaire » comme une personne qui « détient une charge ou un emploi » ou « est nommée pour remplir une fonction publique ». Les mots « charge » et « emploi » sont définis de façon large : ils visent notamment « une charge ou fonction sous l'autorité du gouvernement », « une commission civile ou militaire » et « un poste ou emploi dans un ministère public ».

6 Il est clair que M. Boulanger est un « fonctionnaire » au sens de l'art. 122. Il est tout aussi clair

Stephens to make a more complete accident report, he was acting "in connection with the duties of his office" under s. 122. The question is whether that act constituted a "breach of trust" under s. 122.

7 Precisely what is required to establish breach of trust under s. 122 is not clear from the Canadian cases. Canada is not alone in this. As we shall see, other countries which have inherited the common law offence of breach of trust by a public officer have also wrestled with this question.

8 The *Criminal Code* does not inform us of the elements of the offence. It simply sets out the common law offence of breach of trust by public officers in general terms. The purpose of the offence, the *mens rea* or guilty mind required for the offence and the *actus reus* or conduct targeted by the offence remain subject to conflicting decisions and conjecture.

9 These issues lie at the heart of this appeal. In order to resolve them, we must look to the history of the offence at common law and to how it has developed in Canada and elsewhere.

10 I conclude that Parliament based s. 122 of the *Criminal Code* on the offence of misfeasance in public office, as defined by Sir James F. Stephen, in *Digest of the Criminal Law* (4th ed. 1887), at p. 85, while choosing not to incorporate the different offence, also recognized by Stephen, of neglect in public office. Much of the confusion surrounding s. 122 stems from the failure to recognize the difference between the two offences and from the fact that Parliament adopted only one of them. Interpreting s. 122 as incorporating the common law offence of misfeasance in public office, I conclude that, on the facts found by the trial judge, the appeal should be allowed.

qu'en demandant à l'agent Stephens de rédiger un rapport plus détaillé sur l'accident il agissait « relativement aux fonctions de sa charge » au sens de l'art. 122. Il faut déterminer si ce geste constitue un « abus de confiance » selon cet article.

Il ne ressort pas clairement de la jurisprudence canadienne ce qu'il faut prouver exactement pour établir l'abus de confiance visé à l'art. 122. Le Canada n'est pas seul dans cette situation. Comme nous le verrons, d'autres pays qui ont hérité de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire prévue par la common law ont également été aux prises avec ce problème.

Le *Code criminel* ne nous renseigne pas sur les éléments constitutifs de l'infraction. Il renferme simplement un énoncé général de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire prévue par la common law. L'objet de l'infraction, la *mens rea* ou l'intention coupable nécessaires à son existence de même que l'*actus reus* ou la conduite visés continuent à dépendre de décisions contradictoires et de conjectures.

Ces questions sont au cœur du présent pourvoi. Pour y répondre, il nous faut examiner l'historique de l'infraction en common law et en suivre l'évolution au Canada et dans d'autres pays.

Je suis d'avis que le législateur a repris à l'art. 122 du *Code criminel* l'infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics définie par Sir James F. Stephen dans *A Digest of the Criminal Law* (4e éd. 1887), p. 85, mais qu'il a décidé de ne pas incorporer au Code l'infraction distincte, également reconnue par Sir James F. Stephen, de manquement à un devoir dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics. La confusion entourant l'art. 122 provient en grande partie de ce qu'on ne fait pas la différence entre les deux infractions et de ce que le législateur n'en a adopté qu'une. Puisque l'art. 122, tel que je l'interprète, codifie l'infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics prévue par la common law, j'estime que, compte tenu des conclusions de fait de la juge du procès, il y a lieu d'accueillir le pourvoi.

### 2.2 *The Common Law Offence*

The modern Canadian offence of breach of trust by a public officer can be traced to the common law offence of "misbehaviour" or "misconduct" in public office. The first mention of the offence, written in an age of judgments shorter than ours, dates back to 1704:

> Every publick officer is indictable for misbehaviour.
>
> *Per Curiam.* If a man be made an officer by Act of Parliament, and misbehave himself in his office, he is indictable for it at common law, and any publick officer is indictable for misbehaviour in his office.

(*Anonymous* (1704), 6 Mod. 96, 87 E.R. 853 (K.B.))

Lord Mansfield was to put flesh on the bare bones of this emerging offence in *R. v. Bembridge* (1783), 3 Dougl. 327, 99 E.R. 679 (K.B.), the case which is often credited as providing the seminal formulation of the offence (P. Finn, "Official Misconduct", [1978] 2 *Crim. L.J.* 307, at p. 308). Bembridge, an accountant in the paymaster's office of the British army, was charged with misbehaviour in his office. The count on which he was convicted charged that he, an officer in a "place and employment of great public trust and confidence" had "wrongfully, unjustly, and fraudulently" contrived to conceal omissions in the records and to cheat and defraud the King.

Bembridge made a motion in arrest of judgment on the ground that the matter was a civil injury that was not indictable and for which there was no criminal precedent. Lord Mansfield dismissed the motion and set out two basic principles which supported the existence of the offence: first, "that a man accepting an office of trust concerning the public, especially if attended with profit, is answerable criminally to the King for misbehaviour in his office" (p. 681); and second, that "where there is a breach of trust, fraud, or imposition, in a matter

### 2.2 *L'infraction prévue par la common law*

L'abus de confiance par un fonctionnaire tel qu'on le connaît de nos jours remonte à l'infraction d'« inconduite » dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics prévue par la common law. Cette infraction a été mentionnée pour la première fois dans un jugement de 1704, époque où les jugements étaient plus laconiques : 11

> [TRADUCTION] Tout fonctionnaire peut être poursuivi en justice pour inconduite.
>
> *La Cour.* Tout homme nommé fonctionnaire en vertu d'une loi du Parlement qui fait preuve d'inconduite dans l'exercice de ses fonctions peut être poursuivi en justice selon la common law, et tout fonctionnaire public peut être poursuivi pour inconduite dans l'exécution de ses fonctions.

(*Anonymous* (1704), 6 Mod. 96, 87 E.R. 853 (K.B.))

Lord Mansfield devait donner corps à cette infraction naissante dans *R. c. Bembridge* (1783), 3 Dougl. 327, 99 E.R. 679 (K.B.), une décision qu'on présente souvent comme la source de la définition de l'infraction (P. Finn, « Official Misconduct », [1978] 2 *Crim. L.J.* 307, p. 308). M. Bembridge, qui travaillait comme comptable au bureau du trésorier-payeur de l'armée britannique, avait été accusé d'inconduite dans l'exercice de ses fonctions. Le chef d'accusation dont il avait été déclaré coupable portait qu'il avait [TRADUCTION] « indûment, injustement et frauduleusement » dissimulé des omissions dans les registres et fraudé le Roi alors qu'il était fonctionnaire occupant [TRADUCTION] « un important poste de confiance ». 12

M. Bembridge a présenté une requête en sursis à statuer en faisant valoir que l'affaire concernait un dommage civil qui ne pouvait fonder un acte d'accusation et pour lequel il n'existait aucun précédent en matière criminelle. Lord Mansfield a rejeté la requête et a énoncé deux principes fondamentaux étayant l'existence de l'infraction : premièrement, [TRADUCTION] « l'homme qui accepte un poste de confiance concernant le public, surtout s'il en tire un profit, est responsable au criminel devant le Roi de sa mauvaise conduite dans l'exercice de ses 13

concerning the public, though as between individuals it would only be actionable, yet as between the King and the subject it is indictable" (p. 681). "Misbehaviour", "breach of trust", "fraud" and "imposition" were not defined, however.

14 Lord Mansfield held that two elements had to be made out: "first, that it was an office of trust . . . and, secondly, that the defendant in his office knowingly, and contrary to his duty, concealed" (p. 681). He continued:

> If the defendant knew of the omission, he must have applied to Powell for explanation; and if he concealed it, his motive must have been corrupt. That he did know was fully proved, and he was guilty therefore, not of an omission or neglect, but of a gross deceit. The object could only have been to defraud the public of the whole, or of part of the interest. On the whole I have no doubt but that there was sufficient evidence on both grounds. [p. 681]

15 In his charge to the jury, Lord Mansfield emphasized the need to show corruption or fraud:

> From this charge, you see, there are two propositions for you to be satisfied of. The first is, that this place of accountant in the paymaster's office, is a place of public trust and confidence, relative to the passing the accounts of the paymasters out of office, that is, that it is a check upon those who pass the account of a paymaster out of office, that they should be examined, controlled, and surcharged before the auditor, by the accountant; that is the first proposition of fact necessary for you to be satisfied of. The next proposition in point of fact necessary for you to be satisfied of, is, that these concealments were made by the defendant, Bembridge, corruptly and fraudulently. If you are satisfied of these two facts, you are then warranted to find the defendant guilty of the indictment, in point of fact. [Emphasis added.]

(Reproduced in (1783), 22 How. St. Tr. 1, at p. 74)

fonctions » (p. 681) et, deuxièmement, [TRADUCTION] « l'abus de confiance, la fraude ou le dol qui, dans le cas de questions concernant le public, ne donnerait ouverture qu'à une action entre les intéressés donne lieu à une accusation criminelle s'il s'agit d'une affaire entre le Roi et son sujet » (p. 681). Les termes « inconduite », « abus de confiance », « fraude » et « dol » n'ont toutefois pas été définis.

Lord Mansfield a statué qu'il fallait établir deux éléments : [TRADUCTION] « premièrement, qu'il s'agissait d'un poste de confiance [. . .] et, deuxièmement, que le défendeur dans le cadre de ses fonctions s'était, sciemment et à l'encontre de son devoir, livré à de la dissimulation » (p. 681). Il a ajouté :

> [TRADUCTION] Si le défendeur était au courant de l'omission, il aurait dû demander des explications à Powell; s'il l'a dissimulée, c'est nécessairement pour un motif de corruption. Il est amplement prouvé que le défendeur était au courant; il était donc coupable non pas d'omission ou de manquement à un devoir, mais de tromperie grave. Le but poursuivi ne pouvait être que de frustrer le public de la totalité ou d'une partie des intérêts. Je n'ai somme toute aucun doute sur la suffisance de la preuve relativement à ces deux éléments. [p. 681]

Dans ses directives au jury, lord Mansfield a insisté sur la nécessité de prouver la corruption ou la fraude :

> [TRADUCTION] Relativement à cette accusation, voyez-vous, vous devez être convaincus de deux énoncés. Le premier porte que ce poste de comptable au bureau du trésorier-payeur est un poste qui jouit de la confiance du public et qui se rapporte à la fermeture des comptes du trésorier-payeur sortant de charge, c'est-à-dire que son titulaire est chargé de contrôler cette fermeture afin de vérifier les comptes et d'en relever toute omission avant qu'ils soient transmis au vérificateur; c'est le premier énoncé dont vous devez être convaincus. Le second énoncé de fait dont vous devez être convaincus porte que le défendeur, M. Bembridge, s'est livré à ces dissimulations dans un dessein de corruption et de fraude. Si vous êtes convaincus de ces deux faits, vous êtes alors justifiés de conclure que le défendeur est coupable dans les faits. [Je souligne.]

(Reproduit dans (1783), 22 How. St. Tr. 1, p. 74)

This emphasis on a guilty mind in *Bembridge* is consistent with an earlier pronouncement by Lord Mansfield in *R. v. Young* (1758), 1 Burr. 557, 97 E.R. 447 (K.B.), which concerned two justices of the peace accused of "arbitrarily, obstinately, and unreasonably" refusing a licence to a tavern owner. In refusing the information, Lord Mansfield underlined the distinction between error and crime:

> But if it clearly appears that the justices have been partially, maliciously, or corruptly influenced in the exercise of this discretion, and have (consequently) abused the trust reposed in them, they are liable to prosecution by indictment or information; or even, possibly, by action, if the malice be very gross and injurious.
>
> If their judgment is wrong, yet their heart and intention pure, God forbid that they should be punished! and he declared that he should always lean towards favouring them; unless partiality, corruption, or malice shall clearly appear.
>
> . . .
>
> But it must be a clear and apparent partiality, or wilful misbehaviour, to induce the Court to grant an information: not a mere error in judgment. [Emphasis added; p. 450.]

The requirement of corruption was affirmed in *R. v. Williams* (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851 (K.B.), where justices of the peace were accused of refusing to grant licences to applicants who had voted for certain members of Parliament. According to the case report:

> And Lord Mansfield declared, that the Court granted this information against the justices, not for the mere refusing to grant the licences (which they had a discretion to grant or refuse, as they should see to be right and proper;) but for the corrupt motive of such refusal; for their oppressive and unjust refusing to grant them . . . . [Emphasis added; p. 851.]

A half-century later, in *R. v. Borron* (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721 (K.B.), a case concerning the conduct of a magistrate, dishonesty and corruption remained defining characteristics of the offence. Abbott C.J. made a critical

Cette insistance sur l'intention coupable dans *Bembridge* cadre avec un jugement antérieur que lord Mansfield a rendu dans *R. c. Young* (1758), 1 Burr. 557, 97 E.R. 447 (K.B.), qui concernait deux juges de paix accusés d'avoir [TRADUCTION] « arbitrairement, obstinément et déraisonnablement » refusé de délivrer un permis au propriétaire d'une taverne. En rejetant la dénonciation, lord Mansfield a souligné la différence entre l'erreur et le crime : 16

> [TRADUCTION] Mais s'il apparaît clairement que les juges ont exercé ce pouvoir discrétionnaire en cédant à la partialité, la malveillance ou la corruption et ont, par conséquent, abusé de la confiance qui leur avait été accordée, ils sont passibles de poursuites par voie de mise en accusation ou dénonciation, ou même par voie d'action, si la malveillance est particulièrement cruelle et préjudiciable.
>
> Toutefois, si en dépit d'une erreur de jugement leur cœur et leur intention sont purs, que Dieu les préserve de tout châtiment et qu'il leur manifeste sa bienveillance en tout temps; à moins que la partialité, la corruption ou la malveillance soit manifeste.
>
> . . .
>
> Mais la partialité doit être claire et manifeste ou il doit s'agir d'une inconduite volontaire pour que la Cour autorise la dénonciation : il ne peut s'agir d'une simple erreur de jugement. [Je souligne; p. 450.]

L'exigence de corruption a été confirmée dans *R. c. Williams* (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851 (K.B.), où des juges de paix étaient accusés d'avoir refusé de délivrer des permis aux demandeurs parce que ceux-ci avaient voté pour certains députés. On peut lire dans le recueil de jurisprudence : 17

> [TRADUCTION] Et lord Mansfield a déclaré que la Cour autorisait la dénonciation contre les juges, non pas simplement parce qu'ils avaient refusé de délivrer les permis (ce qu'ils avaient le pouvoir discrétionnaire de faire selon ce qu'ils jugeaient indiqué), mais en raison des motifs de corruption fondant le refus, du refus abusif et injuste de les délivrer . . . [Je souligne; p. 851.]

Un demi-siècle plus tard, dans *R. c. Borron* (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721 (K.B.), qui mettait en cause la conduite d'un magistrat, la malhonnêteté et la corruption étaient toujours des caractéristiques déterminantes de l'infraction. Le 18

distinction between breaches of public duty arising from a dishonest, oppressive or corrupt motive, which fall within the criminal offence, and less serious mistakes or errors, which do not:

> They [the Magistrates] are, indeed, like every other subject of this kingdom, answerable to the law for the faithful and upright discharge of their trust and duties. But, whenever they have been challenged upon this head, either by way of indictment, or application to this Court for a criminal information, the question has always been, not whether the act done might, upon full and mature investigation, be found strictly right, but from what motive it had proceeded; whether from a dishonest, oppressive, or corrupt motive, under which description, fear and favour may generally be included, or from mistake or error. In the former case, alone, they have become the objects of punishment. [Emphasis added; pp. 721-22.]

19 *Bembridge*, *Young*, *Williams* and *Borron* were concerned with positive *mis*feasance (or *mal*feasance) — acts committed with a corrupt, dishonest or oppressive intent. However, around the same time, another branch of misconduct in public office emerged. This branch concerned *non*feasance — the neglect of official duties. In contrast to the offence of misfeasance in public office, the offence of nonfeasance did not require a specific intent or *mens rea*. *R. v. Wyat* (1705), 1 Salk. 380, 91 E.R. 331 (K.B.), advanced the proposition that "[w]here an officer neglects a duty incumbent on him, either by common law or statute, he is for his default indictable" (p. 332 (footnote omitted)). Neglect of duty was also prosecuted in *R. v. Kennett* (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976, and *R. v. Pinney* (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962, both of which involved failure of officers to suppress a riot. In *R. v. Hollond* (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340 (K.B.), the accused was similarly charged with negligent performance of duties, but as Lord Kenyon noted, the charge emanated from a specific statute which did not make corruption an essential element of the offence.

juge en chef Abbott a établi une distinction capitale entre le manquement à un devoir public procédant d'un motif de malhonnêteté, d'abus ou de corruption, qui relève de l'infraction criminelle, et les erreurs moins graves, qui ne sont pas visées par elle :

> [TRADUCTION] Ils [les magistrats] sont effectivement, comme tout autre sujet de ce royaume, tenus de répondre devant la loi de l'accomplissement loyal et intègre de leurs obligations. Lorsqu'ils sont mis en cause à ce titre, par voie de mise en accusation ou dénonciation devant la Cour, il s'agit toujours de se demander non pas si les actes accomplis peuvent être jugés strictement corrects après examen approfondi, mais bien quels en étaient les fondements : procédaient-ils d'un motif de malhonnêteté, d'abus ou de corruption — description pouvant généralement comprendre la crainte et le favoritisme — ou de simples erreurs? Ce n'est que dans le premier cas qu'ils donnent ouverture à châtiment. [Je souligne; p. 721-722.]

Dans *Bembridge*, *Young*, *Williams* et *Borron*, il était question d'actions fautives positives, c'est-à-dire d'actes commis dans une intention de corruption, de malhonnêteté ou d'abus. Toutefois, un autre type d'inconduite dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics se faisait jour à peu près à la même époque, à savoir l'inaction ou le manquement à un devoir officiel. Contrairement à l'infraction d'action fautive commise dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics, l'infraction d'inaction ne nécessitait pas d'intention ou *mens rea* spécifique. *R. c. Wyat* (1705), 1 Salk. 380, 91 E.R. 331 (K.B.), a établi le principe selon lequel [TRADUCTION] « [l]orsqu'un fonctionnaire manque au devoir que lui impose la common law ou la loi, il peut être mis en accusation » (p. 332 (renvoi en bas de page omis)). De même, dans *R. c. Kennett* (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976, et *R. c. Pinney* (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962, les défendeurs — qui n'avaient pas réussi à réprimer une émeute — ont été accusés d'avoir manqué à leur devoir. Par ailleurs, dans *R. c. Hollond* (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340 (K.B.), le défendeur était accusé de négligence dans l'accomplissement de ses fonctions mais, comme l'a signalé lord Kenyon, l'accusation était portée en vertu d'une loi particulière aux termes de laquelle la corruption n'était pas un élément essentiel de l'infraction.

Recognizing their distinct elements, Sir James F. Stephen in his *Digest of the Criminal Law* divided these branches into two distinct offences: "Frauds and Breaches of Trust by Officers" and "Neglect of Official Duty":

ARTICLE 121.

FRAUDS AND BREACHES OF TRUST BY OFFICERS.

Every public officer commits a misdemeanor who, in the discharge of the duties of his office commits any fraud or breach of trust affecting the public, whether such fraud or breach of trust would have been criminal or not if committed against a private person.

. . .

ARTICLE 122.

NEGLECT OF OFFICIAL DUTY.

Every public officer commits a misdemeanor who wilfully neglects to perform any duty which he is bound either by common law or by statute to perform, provided that the discharge of such duty is not attended with greater danger than a man of ordinary firmness and activity may be expected to encounter.

Although *Bembridge* had dealt with deliberate concealment and fraud, the principles referred to by Lord Mansfield in dismissing the motion in arrest of judgment have sometimes been cited as authority for the offence of neglect of official duty. As a result, these two offences have often been treated as one, giving rise to confusion over the distinct elements of each.

In particular, the failure to separate these two offences has created uncertainty as to when the *mens rea* of corruption, oppression or dishonesty must be made out. The English Court of Appeal (Criminal Division) was faced with this question in *R. v. Llewellyn-Jones* (1967), 51 Cr. App. R. 204. Llewellyn-Jones argued that a count charging misbehaviour in public office had to specifically allege

Dans son ouvrage *A Digest of the Criminal Law*, Sir James F. Stephen, reconnaissant leurs éléments distincts, a divisé ces infractions en deux catégories : [TRADUCTION] « Fraude et abus de confiance par un fonctionnaire » et « Manquement à un devoir officiel » : 20

[TRADUCTION]

ARTICLE 121.

FRAUDE ET ABUS DE CONFIANCE PAR UN FONCTIONNAIRE.

Est coupable d'une infraction mineure tout fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet quelque fraude ou abus de confiance affectant le public, soit que cette fraude ou cet abus de confiance eût été ou n'eût pas été criminel s'il eût été commis contre un particulier.

. . .

ARTICLE 122.

MANQUEMENT À UN DEVOIR OFFICIEL.

Est coupable d'une infraction mineure tout fonctionnaire qui volontairement manque à un devoir qui lui est imposé par la common law ou la loi, à condition que l'accomplissement de ce devoir ne l'expose pas à un plus grand danger qu'un homme d'une force de caractère et d'une énergie ordinaires.

Bien que l'affaire *Bembridge* porte sur des actes de dissimulation et de fraude délibérés, les principes invoqués par lord Mansfield pour rejeter la requête en sursis à statuer ont parfois été cités à l'égard de l'infraction de manquement à un devoir officiel. Les deux infractions ont donc souvent été considérées comme une seule et même infraction, ce qui a engendré de la confusion quant aux éléments distincts de chacune. 21

En particulier, en raison de l'absence de distinction entre les deux infractions, il est devenu difficile de savoir avec certitude quand il faut prouver la *mens rea* de la corruption, de l'abus ou de la malhonnêteté. La Cour d'appel anglaise (section criminelle) a été saisie de cette question dans *R. c. Llewellyn-Jones* (1967), 51 Cr. App. R. 204. M. Llewellyn-Jones faisait valoir que l'accusation d'inconduite 22

fraud, dishonesty or corruption, as these were essential elements of the offence at common law. The court declined to answer the question, holding that dishonesty was implicit in the facts as alleged.

23 This uncertainty soon resurfaced in *R. v. Dytham* (1979), 69 Cr. App. R. 387 (C.A.). Dytham, a police officer in uniform, was charged with misconduct of an officer of Justice after having watched as an individual was kicked to death outside a night club. He had done nothing to intervene, and had left the scene of the crime. No dishonesty, corruption or oppression was alleged or implied.

24 Relying on *Wyat* and referring specifically to Stephen's offence of "neglect of official duty" (art. 145 in the 9th ed. (1950)), Widgery L.C.J. concluded that Dytham could be convicted for neglect of duty. However, presumably concerned to maintain a *mens rea* appropriate to criminal sanction, he specified that the neglect had to be wilful and not merely inadvertent. He continued as follows:

> This involves an element of culpability which is not restricted to corruption or dishonesty but which must be of such a degree that the misconduct impugned is calculated to injure the public interest so as to call for condemnation and punishment. [p. 394]

Widgery L.C.J. did not specify whether the above characterization was restricted to the "neglect of duty" line of cases upon which he relied or whether his comments also applied to the cases dealing with misfeasance in office, where corruption, dishonesty or oppression had typically been required.

25 The confusion extended beyond England to other parts of the Commonwealth. In *Shum Kwok Sher v. HKSAR*, [2002] 5 HKCFAR 381, the Court of Final Appeal of Hong Kong was called upon to establish the elements of the common law offence of misconduct in public office in order to determine

dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics devait alléguer expressément la fraude, la malhonnêteté ou la corruption puisqu'il s'agissait d'éléments essentiels de l'infraction en common law. La cour a refusé de répondre à la question, estimant que les faits tels qu'ils étaient allégués impliquaient la malhonnêteté.

L'incertitude s'est manifestée de nouveau dans *R. c. Dytham* (1979), 69 Cr. App. R. 387 (C.A.). M. Dytham, un policier en uniforme, a été accusé d'inconduite à titre d'auxiliaire de justice pour avoir regardé, sans intervenir, un individu se faire battre à mort à coups de pied à l'extérieur d'une boîte de nuit et avoir ensuite quitté le lieu du crime. On n'a allégué ni insinué aucun abus, malhonnêteté ou corruption.

Se fondant sur *Wyat* et mentionnant expressément le [TRADUCTION] « manquement à un devoir officiel » défini par Stephen (art. 145 de la 9e éd. (1950)), le lord juge en chef Widgery a conclu que le policier pouvait être déclaré coupable d'avoir manqué à son devoir. Toutefois, probablement soucieux de maintenir une *mens rea* justifiant une sanction criminelle, il a précisé que le manquement devait être volontaire et non simplement inconscient. Il a ajouté :

> [TRADUCTION] Cela suppose un élément de culpabilité qui ne se limite pas à la corruption ou à la malhonnêteté, mais qui doit être tel que l'inconduite reprochée porte délibérément atteinte à l'intérêt public et doit être condamnée et punie. [p. 394]

Le lord juge en chef Widgery n'a pas précisé si cette caractérisation ne visait que les affaires de manquement au devoir sur lesquelles il s'était fondé ou si ses commentaires s'appliquaient également aux cas d'action fautive dans l'exercice de ses fonctions pour lesquels il faut habituellement qu'il y ait corruption, malhonnêteté ou abus.

La confusion s'est propagée au-delà de l'Angleterre dans d'autres pays du Commonwealth. Dans *Shum Kwok Sher c. HKSAR*, [2002] 5 HKCFAR 381, la Cour de dernier ressort de Hong Kong a dû déterminer quels étaient les éléments de l'infraction d'inconduite dans l'exercice d'une charge ou

whether it was consistent with the rights guaranteed by the Basic Law. Sir Anthony Mason, formerly Chief Justice of Australia, reviewed the history of the offence of misconduct in office and determined that it comprised different types of conduct, each of which required a different mental element: paras. 81-82. He then went on to impose, in all instances, an overriding requirement of seriousness:

> The second qualification which I attach to the elements of the offence stated in the previous paragraph is that the misconduct complained of must be serious misconduct. Whether it is serious misconduct in this context is to be determined having regard to the responsibilities of the office and the officeholder, the importance of the public objects which they serve and the nature and extent of the departure from those responsibilities. [para. 86]

Shortly thereafter, in light of the unsatisfactory state of the law after *Dytham* and the reconsideration of the concepts of "recklessness" and "wilful neglect" by the House of the Lords in *R. v. G*, [2004] 1 A.C. 1034, [2003] UKHL 50, a reference was directed to the English Court of Appeal (Criminal Division) asking for clarification of the elements of the offence of misconduct in a public office (*Attorney General's Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] 3 W.L.R. 451, 2004 EWCA Crim 868 ("*Attorney General's Reference*")).

After reviewing *Bembridge*, *Borron*, *Llewellyn-Jones* and *Dytham*, as well as *Shum Kwok Sher*, the Court of Appeal held that misconduct in public office required a breach of duty by the officer, consisting either in an act of commission or one of omission, but that in either case, the conduct must be wilful. Wilful misconduct was held to mean "deliberately doing something which is wrong knowing it to be wrong or with reckless indifference as to whether it is wrong or not" (para. 28), and recklessness to mean "an awareness of the duty to act or a subjective recklessness as to the existence of the duty" (para. 30). The recklessness test was said to apply to the determination of whether a duty arises in the circumstances, as well as to the conduct of the defendant if it does. The subjective test would apply both to reckless indifference to

d'un emploi publics prévue par la common law afin de statuer sur leur conformité avec les droits garantis par la *Basic Law* (Loi fondamentale). Sir Anthony Mason, ancien juge en chef d'Australie, a examiné l'historique de l'infraction et a conclu qu'elle visait différentes conduites nécessitant chacune un élément moral distinct (par. 81-82), auxquelles il a ensuite ajouté, pour tous les cas, l'exigence primordiale de la gravité :

> [TRADUCTION] La deuxième réserve que je fais au sujet des éléments de l'infraction énoncés plus haut est que l'inconduite en cause doit être grave. La gravité, dans le présent contexte, s'évalue compte tenu des responsabilités de la charge, ou de l'emploi, et de son titulaire, de l'importance des fins publiques auxquelles elles s'attachent ainsi que de la nature et de la portée du manquement à ces responsabilités. [par. 86]

26 Peu de temps après, comme l'état du droit après *Dytham* et le réexamen des notions d'« insouciance » et de « manquement volontaire » par la Chambre des lords dans *R. c. G*, [2004] 1 A.C. 1034, [2003] UKHL 50, n'était pas clair, la Cour d'appel anglaise (section criminelle) a été saisie d'un renvoi demandant la clarification des éléments de l'infraction d'inconduite dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics (*Attorney General's Reference (No. 3 of 2003)*, [2004] 3 W.L.R. 451, [2004] EWCA Crim 868 (« *Attorney General's Reference* »)).

27 Après avoir analysé *Bembridge*, *Borron*, *Llewellyn-Jones*, *Dytham* et *Shum Kwok Sher*, la Cour d'appel a statué que l'inconduite dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics suppose un manquement à un devoir de la part du fonctionnaire. Il peut s'agir d'un acte de commission ou d'un acte d'omission, mais l'acte doit être volontaire dans les deux cas. La cour a indiqué que, par inconduite volontaire il fallait entendre [TRADUCTION] « le fait d'accomplir délibérément un acte fautif en toute connaissance de cause ou en faisant preuve d'une insouciance téméraire pour ce qui est de savoir s'il est de nature fautive ou non » (par. 28), cette insouciance étant définie comme [TRADUCTION] « la conscience du devoir à accomplir ou l'insouciance subjective quant à l'existence de ce devoir » (par. 30). Le critère de l'insouciance s'appliquerait à la

the legality of the act or omission and in relation to the consequences of the act or omission: para. 30. The result was a unified offence that incorporated both the former offences of public misfeasance and neglect of official duty. However, in keeping with the development in recent cases of the requirements of a criminal state of mind, simple neglect, in itself, would no longer suffice. At a minimum, reckless indifference was required.

question de savoir s'il existe un devoir dans les circonstances ainsi qu'à la conduite du défendeur, le cas échéant. Le critère subjectif s'appliquerait tant à l'insouciance téméraire à l'égard de la légalité de l'acte ou de l'omission qu'à l'égard des conséquences découlant de l'acte ou de l'omission : par. 30. Il en résulte une infraction unifiée qui incorpore à la fois l'ancienne infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics et celle de manquement à un devoir officiel. Toutefois, compte tenu des exigences formulées dans la jurisprudence récente en matière d'état d'esprit criminel, le simple manquement à un devoir, à lui seul, n'est plus suffisant. Il faut au moins une insouciance téméraire.

28 Over and above these basic requirements, the Court of Appeal endorsed the condition imposed in *Shum Kwok Sher* that the misconduct at issue be serious misconduct:

> [T]here must be a serious departure from proper standards before the criminal offence is committed; and a departure not merely negligent but amounting to an affront to the standing of the public office held. The threshold is a high one requiring conduct so far below acceptable standards as to amount to an abuse of the public's trust in the office holder. A mistake, even a serious one, will not suffice. [para. 56]

Outre ces exigences de base, la Cour d'appel a confirmé la condition formulée dans *Shum Kwok Sher*, selon laquelle l'inconduite en cause doit être grave.

> [TRADUCTION] [P]our constituer une infraction criminelle, l'écart de conduite par rapport aux normes applicables doit être sérieux et non pas simplement négligent; il doit discréditer la charge ou l'emploi publics. Il s'agit d'une condition rigoureuse qui exige une conduite si éloignée des normes acceptables qu'elle équivaut à un abus de la confiance du public envers le titulaire de la charge ou de l'emploi publics. Une erreur, même grave, ne suffit pas. [par. 56]

29 In this way, the Court of Appeal sought to ensure that the offence would apply only to truly criminal conduct.

La Cour d'appel voulait ainsi que seule une conduite véritablement criminelle tombe sous le coup de l'infraction.

### 2.3 *History of the Offence in Canada*

### 2.3 *Historique de l'infraction au Canada*

30 The failure to recognize the distinction between the offences of misfeasance in public office and neglect of official duty has also led to confusion in Canada. This confusion first surfaced in *R. v. Arnoldi* (1893), 23 O.R. 201 (Ch. D.). Arnoldi was the Chief Mechanical Engineer of the Department of Public Works of Canada and was in charge of public dredging. His duties included auditing accounts payable. Arnoldi hired his yacht and storehouse for public purposes, registering them in the names of friends to conceal the fact that he was the one being paid under the contract. As auditor, he falsely certified that the accounts were correct.

Au Canada également, l'absence de distinction entre l'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics et le manquement à un devoir officiel a entraîné de la confusion, laquelle s'est d'abord manifestée dans *R. c. Arnoldi* (1893), 23 O.R. 201 (Ch. D.). M. Arnoldi était l'ingénieur mécanicien en chef du ministère des Travaux publics du Canada chargé du dragage. Ses fonctions comprenaient la vérification des comptes créditeurs. Il avait fait en sorte que son bateau et son entrepôt soient loués à des fins publiques, en les mettant au nom d'amis afin de dissimuler le fait que c'est lui qui touchait le loyer et, à titre de vérificateur, il avait faussement certifié l'exactitude des comptes.

There was no suggestion that Arnoldi was paid more than the fair price. It was therefore argued that no offence had occurred because the public had not suffered any damage. Chancellor Boyd rejected this argument:

> . . . in my opinion the gravity of this administrative transgression is not to be measured by mere ascertained pecuniary results. The defendant was tempted to do what he did by the prospect of gain, — he profited by his own dereliction of duty, and to accomplish his purpose it was necessary to conceal the actual transaction. This was misbehaviour in office, which is an indictable offence at common law. [p. 209]

Boyd C. further emphasized that Arnoldi had placed himself in a conflict of interest by deliberately certifying an account he knew to be false. He reiterated his earlier comment:

> The gravity of the matter is not so much in its merely profitable aspect as in the misuse of power entrusted to the defendant for the public benefit, for the furtherance of personal ends. Public example requires the infliction of punishment when public confidence has thus been abused . . . . [p. 212]

Although *Arnoldi* was a clear case of deliberate dishonesty, Boyd C. cited some of the cases dealing with neglect of duty. This was the beginning of a gradual erosion of the mental element of the modern offence of breach of trust under s. 122 of the *Criminal Code*.

In 1892, Canada enacted the Bill Respecting the Criminal Law, which came into force on July 1, 1893 as Canada's first *Criminal Code* (S.C. 1892, c. 29). Sir John Thompson, who was then the Minister of Justice, explained that the Bill was founded on Stephen's *Digest of the Criminal Law*, Burbidge's *Digest of the Criminal Law of Canada* (1889), and the Draft Code prepared by the Royal Commission on the Criminal Code in Great Britain in 1880 (*Debates of the House of Commons*, vol. XXXIV, 2nd Sess., 7th Parl., April 12, 1892, at p. 1312; A. W. Mewett, "The Criminal Law, 1867-1967" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 726, at p. 727; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 2). Burbidge's Digest and the Draft Code were

Il n'était pas allégué que M. Arnoldi avait touché un loyer excessif. On faisait valoir que, le public n'ayant subi aucun préjudice, il n'y avait pas eu d'infraction. Le chancelier Boyd a rejeté cet argument : 31

> [TRADUCTION] . . . à mon avis, la gravité de cette transgression administrative ne doit pas s'évaluer par rapport aux seuls gains pécuniaires démontrés. C'est l'appât du gain qui a incité le défendeur à agir comme il l'a fait — il a tiré profit de son manquement au devoir et, pour parvenir à ses fins, il a fallu qu'il dissimule la véritable opération. Il s'est mal conduit dans l'exercice de ses fonctions, ce qui constitue un acte criminel en common law. [p. 209]

Le chancelier Boyd a ensuite souligné qu'en certifiant délibérément l'exactitude de comptes qu'il savait être faux, M. Arnoldi s'était mis en situation de conflit d'intérêts. Il a répété :

> [TRADUCTION] La gravité de l'affaire ne réside pas tant dans son simple aspect profitable que dans l'abus, à des fins personnelles, du pouvoir qui a été conféré au défendeur pour le bien public. Il faut, pour l'exemple, qu'une peine soit infligée lorsque la confiance du public a ainsi été abusée . . . [p. 212]

Bien que l'affaire *Arnoldi* soit clairement un cas de malhonnêteté délibérée, le chancelier Boyd a cité certaines affaires de manquement au devoir. C'est le début de l'érosion graduelle de l'élément moral de l'infraction moderne d'abus de confiance visée à l'art. 122 du *Code criminel*. 32

En 1892, le Canada a adopté l'Acte concernant la loi criminelle, qui est entré en vigueur le 1er juillet 1893 comme son premier *Code criminel* (S.C. 1892, ch. 29). Sir John Thompson, alors ministre de la Justice, a expliqué que cette loi s'inspirait du *Digest of the Criminal Law* de Sir James F. Stephen, du *Digest of the Criminal Law of Canada* (1889) de Burbidge et du projet de code préparé par la Commission royale d'enquête sur le Code criminel en Grande-Bretagne en 1880 (*Débats de la Chambre des communes*, vol. XXXIV, 2e sess., 7e Parl., 12 avril 1892, p. 1347; A. W. Mewett, « The Criminal Law, 1867-1967 » (1967), 45 *R. du B. can.* 726, p. 727; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4e éd. 2001), p. 2). L'ouvrage de Burbidge 33

themselves heavily based on the work of Sir James F. Stephen.

34 It is clear that Stephen's s. 121, "Frauds and Breaches of Trust by Officers" was included as s. 135. The language is virtually identical:

*Criminal Code, 1892*

**135.** Every public officer is guilty of an indictable offence and liable to five years' imprisonment who, in the discharge of the duties of his office, commits any fraud or breach of trust affecting the public, whether such fraud or breach of trust would have been criminal or not if committed against a private person.

Stephen's *Digest of the Criminal Law*

**121.** Every public officer commits a misdemeanor who, in the discharge of the duties of his office commits any fraud or breach of trust affecting the public, whether such fraud or breach of trust would have been criminal or not if committed against a private person.

Stephen's s. 122, "Neglect of Official Duty" was not, however, included in the new *Criminal Code*.

35 The failure to recognize and give meaning to this parliamentary choice has led to confusion in the jurisprudence. Cases under the *Criminal Code* have continued to conflate the common law offences, notwithstanding Parliament's decision not to include the offence of neglect of official duty in the *Criminal Code, 1892*. For example, in *R. v. McMorran* (1948), 91 C.C.C. 19 (Ont. C.A.), the court based a conviction on the fact that the acts of the accused were "premeditated, deliberate and intentional" (p. 28). Hogg J.A. went on to state, however, that the offence could be based on ordinary negligence.

36 In 1954, the section was amended to assume its present form. The amendment produced two changes: first, the words "in the discharge of the duties of his office" were changed to "in connection

et le projet de code empruntaient eux-mêmes substantiellement au travail de Sir James F. Stephen.

Il est clair que l'art. 135 a repris l'art. 121 rédigé par Sir James F. Stephen, [TRADUCTION] « Fraude et abus de confiance par un fonctionnaire ». Les deux textes ont pratiquement le même libellé :

*Code criminel, 1892*

**135.** Est coupable d'un acte criminel et passible de cinq ans d'emprisonnement, tout employé public qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet quelque fraude ou abus de confiance affectant le public, soit que cette fraude ou cet abus de confiance eût été ou n'eût pas été criminel s'il eût été commis contre un particulier.

*A Digest of the Criminal Law* de Sir James F. Stephen

[TRADUCTION] **121.** Est coupable d'une infraction mineure tout fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, commet quelque fraude ou abus de confiance affectant le public, soit que cette fraude ou cet abus de confiance eût été ou n'eût pas été criminel s'il eût été commis contre un particulier.

Cependant, l'art. 122 élaboré par Sir James F. Stephen, [TRADUCTION] « Manquement à un devoir officiel », n'a pas été incorporé dans le nouveau *Code criminel*.

La confusion dans la jurisprudence vient du fait qu'on n'a pas reconnu ce choix du législateur et qu'on ne lui a pas donné effet. Les accusations portées en vertu du *Code criminel* ont continué à confondre les infractions prévues par la common law, malgré la décision du législateur de ne pas inclure le manquement à un devoir officiel dans le *Code criminel, 1892*. Par exemple, dans *R. c. McMorran* (1948), 91 C.C.C. 19 (C.A. Ont.), la cour a conclu à la culpabilité de l'accusé parce que ses actes avaient été [TRADUCTION] « prémédités, délibérés et intentionnels » (p. 28). Le juge Hogg a ajouté, toutefois, que l'infraction pouvait résulter de la négligence de gravité moyenne.

Les modifications qui ont donné sa teneur actuelle à la disposition datent de 1954. Elles ont opéré deux changements : premièrement, le terme « dans l'exercice de ses fonctions » a été remplacé

with the duties of his office"; and second, the words "affecting the public" were removed (S.C. 1953-54, c. 51, s. 103). This amendment, which was part of a larger package of revisions to the *Criminal Code* in 1954, was not discussed either in the Report of the Royal Commission on the Revision of the *Criminal Code* or in the *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 22nd Parl., January 19, 1954. The only reference in the Debates states simply: "Sections 103 to 113 inclusive agreed to" (p. 1274).

par « relativement aux devoirs de sa charge »; deuxièmement, le terme « affectant le public » a été supprimé (S.C. 1953-54, ch. 51, art. 103). Ces modifications, qui s'inscrivaient dans une réforme plus large du *Code criminel* en 1954, n'ont été commentées ni dans le rapport de la Commission royale pour la révision du *Code criminel*, ni dans les *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1re sess., 22e lég., 19 janvier 1954. La seule mention figurant aux Débats énonce simplement : [l]es articles 103 à 113 inclusivement sont adoptés » (p. 1344).

*Arnoldi* and *McMorran* were applied in *R. v. Campbell* (1967), 3 C.C.C. 250 (Ont. C.A.), aff'd (1967), 2 C.R.N.S. 403 (S.C.C.). Campbell, an official of the Ontario Securities Commission, was charged with breach of trust for using his position to prevent the delisting of a company in which he had a personal interest.

37 Les décisions *Arnoldi* et *McMorran* ont été appliquées dans l'arrêt *R. c. Campbell* (1967), 3 C.C.C. 250 (C.A. Ont.), conf. par (1967), 2 C.R.N.S. 403 (C.S.C.). M. Campbell, un employé cadre de la Commission des valeurs immobilières de l'Ontario, a été accusé d'abus de confiance pour s'être servi de son poste afin d'empêcher la radiation d'une société dans laquelle il détenait une participation personnelle.

Relying on *Arnoldi* and *McMorran* to overturn the trial judge's ruling that the offence had to be committed in relation to a trust property, Wells J.A. simply stated that s. 103 of the *Criminal Code* was "wide enough to cover any breach of the appropriate standard of responsibility and conduct demanded of the accused by the nature of his office as a senior civil servant of the Crown" (p. 255). The relevant inquiry was simply "whether Campbell by reason of his dealings and actions abused the public trust and confidence which had been placed in him by his appointment as a servant of the Crown and thereby did he or did he not commit a breach of trust in relation to his office?" (p. 256). Although this was clearly a case of positive malfeasance, no more was said as to what kind of acts and what kind of mental state were required to establish breach of trust by a public officer.

38 S'appuyant sur *Arnoldi* et *McMorran*, le juge Wells a infirmé la décision du juge du procès selon laquelle il fallait que l'infraction vise des biens détenus en fiducie, en indiquant simplement que l'art. 103 du *Code criminel* est [TRADUCTION] « assez large pour englober tout manquement aux normes de responsabilité et de conduite applicables à l'accusé en raison de la nature de sa charge de haut fonctionnaire » (p. 255). La question est simplement de savoir [TRADUCTION] « si, par ses manœuvres et ses actes, M. Campbell a abusé de la confiance du public dont il jouissait en tant fonctionnaire, commettant, ce faisant, un abus de confiance relativement aux fonctions de sa charge » (p. 256). Bien qu'il s'agisse clairement d'une action fautive positive, aucune mention n'a été faite du genre d'actes et du genre d'état d'esprit requis pour établir l'existence d'un abus de confiance par un fonctionnaire.

The conflation of the two common law offences culminated in *Leblanc v. The Queen*, [1979] C.A. 417, aff'd [1982] 1 S.C.R. 344, where Lamer J.A. (as he then was) held that the *Criminal Code* offence of breach of trust did not require that the accused

39 C'est dans l'arrêt *Leblanc c. La Reine*, [1979] C.A. 417, conf. par [1982] 1 R.C.S. 344, que la confusion entre les deux infractions prévues par la common law a atteint son point culminant. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada) y

[TRANSLATION] "act dishonestly or corruptly or do something illegal" (p. 419). Lamer J.A. also concluded that the 1954 change to the *Criminal Code* confirmed that public harm need not be shown.

40 In support of the proposition that no dishonesty, corruption or illegal act was required, Lamer J.A. cited *Arnoldi* as well as a passage from Sir W. O. Russell's *Treatise on Crimes and Misdemeanors* (7th ed. 1910). The quoted passage from Russell also cited *Arnoldi* (at p. 618*b*). No mention was made of the origins of the *Criminal Code* offence in Stephen's *Digest of the Criminal Law*, or of Parliament's decision to enact only the offence of misfeasance in public office, which required a *mens rea* of dishonesty, corruption or oppression.

41 The court in *Leblanc*, like some of the historic sources it relied on, failed to distinguish between the common law offences of misfeasance in office and neglect of official duty. As we have seen, the first required dishonesty, corruption or oppression, the second only neglect. The first was incorporated into the Canadian *Criminal Code*; the second was not. The result was to effectively remove the *mens rea* required for misfeasance at common law, the only one of these offences to be included in the *Criminal Code*. The Quebec Court of Appeal applied *Leblanc* in *R. v. Hébert*, [1986] R.J.Q. 236 (*per* Chevalier J. (*ad hoc*)).

42 The cumulative effect of these decisions was an offence of breach of trust that required neither injury to the public nor *mens rea*, and was "wide enough to cover any breach of the appropriate standard of responsibility and conduct demanded of the accused by the nature of his office" (*Campbell*, at p. 255).

indique que l'infraction d'abus de confiance définie au *Code criminel* n'exige pas que l'accusé « ait agi malhonnêtement, de façon corrompue ou encore qu'il ait posé un geste illégal » (p. 419). Il y conclut également que les modifications apportées au *Code criminel* en 1954 confirment qu'il n'est pas nécessaire de démontrer un préjudice causé au public.

Le juge Lamer a cité *Arnoldi* de même qu'un passage de *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (7e éd. 1910) de Sir W. O. Russell à l'appui de son affirmation qu'il n'est pas nécessaire que l'accusé ait agi dans un but malhonnête, illégal ou dicté par la corruption. Ce passage comprend lui-même un extrait d'*Arnoldi* (p. 618*b*). Le fait que l'infraction prévue au *Code criminel* tirait son origine de *A Digest of the Criminal Law* de Sir James F. Stephen n'a pas été mentionné, non plus que la décision du législateur de ne retenir que l'infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics, laquelle nécessitait une *mens rea* de malhonnêteté, de corruption ou d'abus.

Comme certaines des sources historiques qui le fondaient, l'arrêt *Leblanc* n'a pas établi de distinction entre l'infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics prévue par la common law et celle de manquement à un devoir officiel. Comme on l'a vu, la première exigeait malhonnêteté, corruption ou abus, tandis que la seconde ne nécessitait que le manquement. La première a été incorporée au *Code criminel* canadien, mais pas la seconde, ce qui a eu pour effet de supprimer la *mens rea* exigée par la common law pour l'action fautive, la seule infraction reprise dans le *Code criminel*. La Cour d'appel du Québec a appliqué l'arrêt *Leblanc* dans *R. c. Hébert*, [1986] R.J.Q. 236 (le juge Chevalier (*ad hoc*)).

Cumulativement, ces décisions ont défini une infraction d'abus de confiance qui ne nécessitait ni préjudice causé au public, ni *mens rea* et qui était [TRADUCTION] « assez large pour englober tout manquement aux normes de responsabilité et de conduite applicables à l'accusé en raison de la nature de sa charge de haut fonctionnaire » (*Campbell*, p. 255).

This brings us to *R. v. Perreault* (1992), 75 C.C.C. (3d) 425, leave to appeal dismissed, [1993] 1 S.C.R. viii, the decision of the Quebec Court of Appeal applied in the case at bar. Writing for the majority, Baudouin J.A. recognized the potentially vast application of the offence as it had been interpreted, and stressed the need for a meaningful distinction between administrative fault and criminal behaviour. He reviewed the history of the offence in an attempt to discern the elements of breach of trust. He found that the British jurisprudence was broad, but that it only prohibited conduct on the part of the official that contained that element of "blameworthiness" or "dishonesty" (p. 436). In his view, however, this jurisprudence was of limited assistance. Baudouin J.A. then attempted to make sense of the post-codification Canadian jurisprudence. As discussed, the courts had erroneously imported the broader parameters of the common law offence of neglect of official duty into the *Criminal Code* offence of breach of trust by a public officer. This led Baudouin J.A. to conclude that breach of trust under s. 122 did not require corruption. The essence of the offence, he held, lay in obtaining a benefit, either directly or indirectly, from a breach of public duty. Baudouin J.A. thus defined the elements of the offence as follows:

(1) The accused is an official

(2) who commits an act or omission in connection with the performance of his or her duties, and that act or omission

(a) is contrary to a duty imposed by law or regulation, by the accused's contract of employment or by a guideline connected with the accused's duties; and

(b) results, directly or indirectly, in a personal benefit or a derivative benefit.

He defined "benefit" broadly to include virtually any advantage to the office-holder or family members:

43 Cela nous amène à *Perreault c. La Reine*, [1992] R.J.Q. 1829, autorisation d'appel rejetée, [1993] 1 R.C.S. viii, l'arrêt de la Cour d'appel du Québec appliqué en l'espèce. Exprimant l'opinion majoritaire, le juge Baudouin a reconnu que l'interprétation de l'infraction avait conférée à celle-ci une large portée et indiqué qu'il s'imposait d'établir une distinction valable entre la faute administrative et la conduite criminelle. Il a examiné l'historique de l'infraction afin de circonscrire les éléments de l'abus de confiance. Il a conclu que la jurisprudence anglaise était large, mais qu'elle sanctionnait seulement les conduites qui, de la part du fonctionnaire, comportent l'élément de « *blameworthiness* » (culpabilité morale) ou de « malhonnêteté » (p. 1835) avant d'ajouter qu'à son avis, toutefois, la jurisprudence était d'une utilité limitée. Il a ensuite tenté de dégager le sens de la jurisprudence canadienne postérieure à la codification. Comme on l'a vu, les tribunaux avaient importé à tort dans l'infraction d'abus de confiance prévue par le *Code criminel* les paramètres plus larges de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire. C'est ce qui a amené le juge Baudouin à conclure que l'abus de confiance interdit à l'art. 122 n'exige pas la corruption. L'infraction consiste essentiellement, selon lui, à retirer directement ou indirectement un avantage d'un manquement à un devoir public. Il définit donc ainsi les éléments de l'infraction :

(1) l'accusé est un fonctionnaire :

(2) qui commet un acte ou une omission dans le cadre de ses fonctions, lequel :

a) est contraire à un devoir imposé par la loi, un règlement, son contrat d'emploi ou une directive relative à ses fonctions,

b) rapporte, directement ou indirectement, un bénéfice personnel ou dérivé.

44 Il donne une définition large à « bénéfice », englobant presque tout avantage reçu par le fonctionnaire ou par des membres de sa famille :

[TRANSLATION] The act done must give him a personal benefit directly (for example: pecuniary compensation, an advantage in kind, in services, etc.) or indirectly (for example: an advantage to his spouse, a member of his family, or even in certain cases third person). This benefit may be direct (for example: the payment of an amount of money) or indirect (for example: the hope of a promotion, the desire to please a superior). [p. 442]

45 The benefit requirement proposed in *Perreault* has not been uniformly accepted: see *R. v. Fisher* (2001), 139 O.A.C. 96, where the Court of Appeal declined to pronounce on the issue. Where it has been applied, difficulties have arisen. Uncertainty also persists as to whether the benefit need actually be obtained or merely pursued, and the dissenting opinion of Dalphond J.A. in the instant case raises the issues of whether every benefit, no matter how small, brings a public official within s. 122.

46 The main area of uncertainty since *Perreault*, however, concerns the *mens rea* of the offence. The *mens rea* was not addressed in *Perreault*. In *R. v. Power* (1993), 122 N.S.R. (2d) 110, the Nova Scotia Court of Appeal held that whether the offence has been committed must be determined objectively: "would the acts under examination appear wrongful in the eyes of reasonable persons in full possession of the facts?" (para. 13). In *R. v. Pilarinos* (2002), 168 C.C.C. (3d) 548 (B.C.S.C.), however, Bennett J. rejected the reasonable person standard as being too low for criminal sanction, suggesting that the *mens rea* of the offence must at a minimum be subjective foresight of the receipt of the benefit.

### 2.4 *The Canadian Offence of Breach of Trust Revisited*

47 We are faced with the task of defining the *mens rea* and the *actus reus* of the Canadian offence of breach of trust by a public officer as set out in s. 122. The matter is important. Charges that public officials have misconducted themselves are not uncommon. This is an offence that carries serious consequences upon conviction including loss

. . . un bénéfice personnel (par exemple une compensation pécuniaire, un avantage en nature, en services ou autres) ou dérivé (par exemple, un avantage à son conjoint, un membre de sa famille ou même, dans certains cas, un tiers). Ce bénéfice peut être direct (par exemple, le paiement d'une somme d'argent) ou indirect (par exemple, l'espoir d'une promotion, le désir de plaire à un supérieur). [p. 1839]

L'exigence d'un avantage énoncée dans *Perreault* n'a pas été uniformément acceptée : voir l'arrêt *R. c. Fisher* (2001), 139 O.A.C. 96, dans lequel la Cour d'appel a refusé de se prononcer sur la question. Lorsqu'elle a été appliquée, elle a suscité des difficultés. On ne sait toujours pas avec certitude non plus s'il faut que le fonctionnaire ait touché un avantage réel ou s'il suffit qu'il ait cherché à l'obtenir et, dans sa dissidence en l'espèce, le juge Dalphond se demande si n'importe quel avantage, si minime soit-il, suffit pour qu'il y ait abus de confiance par un fonctionnaire au sens de l'art. 122.

Toutefois, la plus grande incertitude qui subsiste après l'arrêt *Perreault* se rapporte à la *mens rea* de l'infraction. La question n'a pas été abordée dans *Perreault*. Dans *R. c. Power* (1993), 122 N.S.R. (2d) 110, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a statué que l'appréciation devait être objective : [TRADUCTION] « une personne raisonnable bien informée des faits estimerait-elle que les actes en cause sont fautifs? » (par. 13). Dans *R. c. Pilarinos* (2002), 168 C.C.C. (3d) 548 (C.S.C.-B.), par contre, la juge Bennett a écarté le critère de la personne raisonnable, ne l'estimant pas assez exigeant pour entraîner une sanction criminelle et a indiqué que la *mens rea* devait au moins consister en la prévision subjective qu'un avantage pourrait être tiré.

### 2.4 *Réexamen de l'infraction d'abus de confiance au Canada*

Nous avons à définir la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction d'abus de confiance prévue à l'art. 122. La question est d'importance. Il n'est pas rare, en effet, qu'on reproche à des fonctionnaires de s'être mal conduits. De plus, être déclaré coupable de cette infraction entraîne de lourdes conséquences, dont la perte de réputation et le risque

of reputation and the risk of lengthy imprisonment. Public officers, like other members of the public, are entitled to know where the line lies that distinguishes administrative fault from criminal culpability.

The point of departure for defining the Canadian offence is a recognition that two distinct offences existed at common law — misfeasance in office and neglect of official duty — and that only the first, misfeasance in office as set out by Stephen, was incorporated into the *Criminal Code* in 1893. It follows that the *mens rea* and the *actus reus* of s. 122 must be determined by reference to the common law authorities on misfeasance in public office, not those relating to the different offence of neglect of official duty.

2.4.1 *Actus Reus*

As the early cases make clear, the *actus reus* of the offence of breach of trust defies precise definition because of the range of conduct that it is designed to cover. In *Perreault*, Baudouin J.A. held that, subject to the benefit requirement, s. 122 of the *Criminal Code* could be triggered by any act or omission contrary to a duty imposed by law or regulation, by the accused's contract of employment or by a guideline connected with the accused's duties. This echoes the earlier decision in *Campbell* to the effect that the offence was "wide enough to cover any breach of the appropriate standard of responsibility and conduct demanded of the accused by the nature of his office as a senior civil servant of the Crown" (p. 255).

Any attempt to limit the offence to specific acts or omissions would undoubtedly fail to foresee all the circumstances in which an official might breach the public's trust. That being said, it cannot be that *every* breach of the appropriate standard of conduct, no matter how minor, will engender a breach of the public's trust. For example, the personal use of an office computer might be contrary

de longues peines d'emprisonnement. Comme les autres citoyens, les fonctionnaires ont le droit de savoir où se trouve la ligne de démarcation entre la faute administrative et l'acte criminel.

48 Pour déterminer la teneur de l'infraction au Canada, il faut d'abord reconnaître l'existence de deux infractions distinctes en common law — l'action fautive dans l'exercice de ses fonctions et le manquement à un devoir officiel — et le fait que seule la première, définie par Sir James F. Stephen, a été incorporée au *Code criminel* en 1893. Il s'ensuit qu'il faut déterminer la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 122 selon la jurisprudence et la doctrine de common law relatives à l'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics et non selon celles relatives à l'infraction de manquement à un devoir officiel, qui est différente.

2.4.1 *Actus Reus*

49 Il ressort clairement des premières décisions que la multitude de conduites visées par l'abus de confiance rend difficile la définition de l'*actus reus* de l'infraction. Dans *Perreault*, le juge Baudouin a conclu que, sous réserve de l'exigence d'un bénéfice, tout acte ou omission contraire à un devoir imposé par la loi, un règlement, le contrat d'emploi ou une directive relative aux fonctions de la charge ou de l'emploi pouvait entraîner l'application de l'art. 122 du *Code criminel*. Cela va dans le sens de l'arrêt *Campbell*, rendu antérieurement, selon lequel l'infraction est [TRADUCTION] « assez large pour englober tout manquement aux normes de responsabilité et de conduite applicables à l'accusé en raison de la nature de sa charge de haut fonctionnaire » (p. 255).

50 Il est certain qu'une description de l'infraction qui tenterait de la restreindre à des actes ou omissions précis ne permettrait pas de prévoir toutes les circonstances pouvant constituer un abus de confiance par un fonctionnaire. Cela dit, *tout* manquement aux normes de conduite applicables, quelle qu'en soit la gravité, ne constituera pas nécessairement un abus de confiance. Par exemple, il se peut

to an employment guideline yet not rise to the level of a breach of trust by a public officer. Such a low threshold would denude the concept of breach of trust of its meaning. It would also overlook the range of regulations, guidelines and codes of ethics to which officials are subject, many of which provide for serious disciplinary sanctions.

51 It is also important to keep in mind that breach of trust is not the only criminal offence to which public officials are subject. For example, s. 121(1)(*c*) makes it a crime for an official or employee of the government to accept a commission, reward, advantage or benefit from anyone who has dealings with the government. A public official can be prosecuted for fraud under s. 122 as well as under s. 380. Moreover, like all members of the public, a public official can be prosecuted for any criminal offence, including theft (s. 334), extortion (s. 346), obstruction of justice (s. 139) and, in situations like *Dytham*, criminal negligence causing death (s. 220) or bodily harm (s. 221). What purpose, beyond these offences, is s. 122 of the *Criminal Code* intended to serve?

52 The purpose of the offence of misfeasance in public office, now known as the s. 122 offence of breach of trust by a public officer, can be traced back to the early authorities that recognize that public officers are entrusted with powers and duties for the public benefit. The public is entitled to expect that public officials entrusted with these powers and responsibilities exercise them for the public benefit. Public officials are therefore made answerable to the public in a way that private actors may not be. This said, perfection has never been the standard for criminal culpability in this domain; "mistakes" and "errors in judgment" have always been excluded. To establish the criminal offence of breach of trust by a public officer, more is required. The conduct at issue, in addition to being carried out with the requisite *mens rea*, must be sufficiently serious to move it from the realm of administrative fault to that of criminal behaviour.

que l'utilisation de l'ordinateur de bureau à des fins personnelles aille à l'encontre d'une ligne directrice relative à l'emploi, mais ce n'est pas du même ordre que l'abus de confiance. La notion d'abus de confiance par un fonctionnaire perdrait son sens si le seuil était placé aussi bas. Un tel seuil ne tiendrait pas compte non plus des règlements, lignes directrices et codes d'éthique auxquels les fonctionnaires sont assujettis et dont beaucoup prévoient de lourdes sanctions disciplinaires.

Il importe également de se rappeler que l'abus de confiance n'est pas la seule infraction criminelle visant les fonctionnaires. Par exemple, selon l'al. 121(1)*c*), commet une infraction le fonctionnaire ou l'employé de l'État qui accepte d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice. Un fonctionnaire peut être poursuivi pour fraude en vertu de l'art. 122 ou en vertu de l'art. 380. De plus, il peut, comme n'importe qui d'autre, être poursuivi pour toute infraction criminelle, dont le vol (art. 334), l'extorsion (art. 346) et l'entrave à la justice (art. 139) et, dans des circonstances comme celles de *Dytham*, la négligence criminelle causant la mort (art. 220) ou des lésions corporelles (art. 221). Quel est l'objet de l'art. 122 du *Code criminel*, autre que celui de ces autres infractions?

L'objet de l'infraction d'action fautive dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics — qui est maintenant l'abus de confiance par un fonctionnaire prévu à l'art. 122 — remonte aux anciennes jurisprudence et doctrine qui reconnaissent que les attributions des fonctionnaires leur sont confiées pour le bien public. Le public a le droit de s'attendre à ce que les fonctionnaires investis de ces pouvoirs et responsabilités s'acquittent de leurs fonctions pour le bien public. Les fonctionnaires doivent répondre de leurs actions devant le public d'une façon qui ne s'impose peut-être pas aux acteurs privés. Toutefois, cela n'a jamais voulu dire qu'ils étaient tenus à la perfection sous peine d'être déclarés coupables d'actes criminels; les « simples erreurs » et les « erreurs de jugement » ont toujours été exclues de l'infraction. Il faut davantage pour établir l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire. La conduite en cause doit s'accompagner de la *mens*

This concern is clearly reflected in the seriousness requirement of *Shum Kwok Sher* and the *Attorney General's Reference*. What is required is "conduct so far below acceptable standards as to amount to an abuse of the public's trust in the office holder" (*Attorney General's Reference*, at para. 56). As stated in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, "[t]he law does not lightly brand a person as a criminal" (p. 59).

The questions posed by Sir Anthony Mason of the Court of Final Appeal of Hong Kong in *Shum Kwok Sher* provide a sound definition of the parameters of the inquiry into whether the conduct constitutes a marked departure from accepted standards. The inquiry must take place against the background of the responsibilities of the office and the importance of the public objects they serve:

> Whether it is serious misconduct in this context is to be determined having regard to the responsibilities of the office and the officeholder, the importance of the public objects which they serve and the nature and extent of the departure from those responsibilities. [Emphasis added; para. 86.]

The test to be met in the inquiry is analogous to the test for criminal negligence. As in cases of breach of trust by a public officer, it became necessary in criminal negligence cases to distinguish conduct sufficient to attract criminal sanction from less serious forms of conduct meriting civil or administrative sanction. To make this distinction, the Ontario Court of Appeal held in *R. v. Rajic* (1993), 80 C.C.C. (3d) 533, that the conduct must represent a "marked" departure from prudent conduct. The Supreme Court of Canada confirmed this approach in cases involving dangerous driving of a motor vehicle, stating that the conduct must represent a "marked" departure from the standard of care of a reasonable person in all the circumstances of the case: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867. Similarly, the public official's conduct must represent a "marked" departure from the standards expected of an individual in the accused's position

*rea* requise et elle doit aussi être suffisamment grave pour passer du domaine de la faute administrative à celui du comportement criminel. Cette préoccupation se reflète clairement dans l'exigence de gravité énoncée dans *Shum Kwok Sher* et dans *Attorney General's Reference*. Il faut [TRADUCTION] « une conduite si éloignée des normes acceptables qu'elle équivaut à un abus de la confiance du public envers le titulaire de la charge ou de l'emploi publics » (*Attorney General's Reference*, par. 56). Comme il est mentionné dans *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, « [e]n droit, nul n'est inconsidérément qualifié de criminel » (p. 59).

Les questions posées dans *Shum Kwok Sher* par Sir Anthony Mason, de la Cour de dernier ressort de Hong Kong, définissent bien les paramètres de l'examen à effectuer pour déterminer si la conduite s'écarte substantiellement des normes reconnues. Cet examen doit tenir compte des responsabilités de la charge ou de l'emploi et de l'importance des fins publiques poursuivies : 53

> [TRADUCTION] La gravité, dans le présent contexte, s'évalue compte tenu des responsabilités de la charge, ou de l'emploi, et de son titulaire, de l'importance des fins publiques auxquelles elles s'attachent ainsi que de la nature et de la portée du manquement à ces responsabilités. [Je souligne; par. 86.]

Le critère applicable dans cet examen est analogue à celui se rapportant à la négligence criminelle. Relativement à cette dernière infraction, il a fallu, comme pour l'abus de confiance par un fonctionnaire, distinguer la conduite suffisamment grave pour mériter une sanction criminelle de la conduite moins grave, exposant simplement à une sanction civile ou administrative. Pour établir cette distinction, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé, dans *R. c. Rajic* (1993), 80 C.C.C. (3d) 533, qu'il doit s'agir d'une conduite s'écartant [TRADUCTION] « de façon marquée » d'une conduite prudente. La Cour suprême du Canada a entériné ce raisonnement dans des affaires de conduite dangereuse, affirmant que le comportement en cause doit représenter un écart « marqué » par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances : *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867. De même, il faut 54

of public trust. However, unlike criminal negligence, the offence of breach of trust by a public officer also has a subjective mental element, to which I now turn.

2.4.2 *Mens Rea*

55 In the early common law cases, the mental element of misfeasance in public office was imprecise and varied from case to case. However, common law judges consistently insisted on the presence of some variant of nefarious or dishonest intent. This was described using different terms: dishonesty, corruption, partiality and oppression. All reflected a central concern: that public officials, entrusted with duties for the benefit of the public, carry out those duties honestly and for the benefit of the public, and that they not abuse their offices for corrupt or improper purposes.

56 Consistent with fundamental criminal law principles, the bar for mental culpability for the offence of public misfeasance was an elevated one. Mistakes did not suffice. Nor did errors of judgment. To quote Abbott C.J. in *Borron*:

> . . . the question has always been, not whether the act done might, upon full and mature investigation, be found strictly right, but from what motive it had proceeded; whether from a dishonest, oppressive, or corrupt motive, under which description, fear and favour may generally be included, or from mistake or error. In the former case, alone, they have become the objects of punishment. [pp. 721-22]

In principle, the *mens rea* of the offence lies in the intention to use one's public office for purposes other than the benefit of the public. In practice, this has been associated historically with using one's public office for a dishonest, partial, corrupt or oppressive purpose, each of which embodies the non-public purpose with which the offence is concerned.

que la conduite d'un fonctionnaire s'écarte de façon « marquée » des normes auxquelles une personne placée dans un poste de confiance comme le sien est censée se conformer. Toutefois, contrairement à la négligence criminelle, l'abus de confiance par un fonctionnaire nécessite un élément moral subjectif, que je vais maintenant examiner ci-après.

2.4.2 *Mens Rea*

Dans les anciennes affaires de common law, l'élément moral de la faute dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics était imprécis et il variait d'une affaire à l'autre. Cependant, les juges des tribunaux de common law ont toujours insisté sur l'existence d'une quelconque intention vile ou malhonnête. Celle-ci est décrite sous différents termes : malhonnêteté, corruption, partialité, abus. Mais ces termes expriment tous le même souci, à savoir que les fonctionnaires, investis de fonctions à accomplir pour le bien public, s'en acquittent honnêtement et dans l'intérêt public et qu'ils n'abusent pas de leur charge pour des motifs illicites, notamment la corruption.

Conformément aux principes fondamentaux du droit criminel, le degré de culpabilité morale requis était élevé dans le cas de l'action fautive commise dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi publics. Les simples erreurs n'étaient pas suffisantes, les erreurs de jugement non plus. Comme le juge en chef Abbott l'a écrit dans *Borron* :

> [TRADUCTION] . . . il s'agit toujours de se demander non pas si les actes accomplis peuvent être jugés strictement corrects après examen approfondi, mais bien quels en étaient les fondements : procédaient-ils d'un motif de malhonnêteté, d'abus ou de corruption — description pouvant généralement comprendre la crainte et le favoritisme — ou de simples erreurs? Ce n'est que dans le premier cas qu'ils donnent ouverture à châtiment. [p. 721-722]

En principe, la *mens rea* de l'infraction réside dans l'intention d'user de sa charge ou de son emploi publics à d'autres fins que l'intérêt public. En pratique, elle a toujours été associée au fait d'en user dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus, lesquels représentent le motif non public visé par l'infraction.

As with any offence, the *mens rea* is inferred from the circumstances. An attempt by the accused to conceal his or her actions may often provide evidence of an improper intent: *Arnoldi*. Similarly, the receipt of a significant personal benefit may provide evidence that the accused acted in his or her own interest rather than that of the public. However, the fact that a public officer obtains a benefit is not conclusive of a culpable *mens rea*. Many legitimate exercises of public authority or power by a public servant confer incidental advantages on the actor. As Widgery J. (as he then was) stated in *R. v. Llewellyn-Jones* (1966), 51 Cr. App. R. 4, at p. 7:

> . . . I would not be prepared to say that it would be misconduct for this purpose for a registrar to make a decision which did affect his personal interests, merely because he knew that his interests were so involved, if the decision was made honestly and in a genuine belief that it was a proper exercise of his jurisdiction so far as the beneficiaries and other persons concerned came into it. [Cited by Widgery L.C.J. in *Dytham*, at p. 394.]

Conversely, the offence may be made out where no personal benefit is involved.

2.4.3 Summary of the Offence

I conclude that the offence of breach of trust by a public officer will be established where the Crown proves beyond a reasonable doubt the following elements:

1. The accused is an official;
2. The accused was acting in connection with the duties of his or her office;
3. The accused breached the standard of responsibility and conduct demanded of him or her by the nature of the office;
4. The conduct of the accused represented a serious and marked departure from the standards expected of an individual in the accused's position of public trust; and
5. The accused acted with the intention to use his or her public office for a purpose other than

57 Comme pour toute infraction, la *mens rea* s'infère des circonstances. La tentative de l'accusé de camoufler ses actions peut souvent indiquer une intention illicite (*Arnoldi*) et l'obtention d'un avantage personnel substantiel, que l'accusé a agi dans son propre intérêt plutôt que dans celui du public. Cependant, un avantage obtenu par un fonctionnaire ne permet pas nécessairement de conclure à l'existence d'une intention coupable. L'exercice légitime d'un pouvoir public par un fonctionnaire confère souvent des avantages indirects. Comme le juge Widgery (plus tard Juge en chef) l'a signalé dans *R. c. Llewellyn-Jones* (1966), 51 Cr. App. Rep. 4, p. 7 :

> [TRADUCTION] . . . je ne suis pas disposé à affirmer qu'un greffier rendant une décision qui a effectivement influé sur ses intérêts personnels est coupable d'inconduite simplement parce qu'il savait que ses intérêts étaient en cause, s'il a pris la décision honnêtement en croyant sincèrement qu'il exerçait correctement sa compétence pour ce qui est des bénéficiaires et des autres personnes visées. [Cité par le lord juge en chef Widgery dans *Dytham*, p. 394.]

Par contre, l'infraction peut être établie lorsqu'il n'est pas question d'avantage personnel.

2.4.3 Résumé de l'infraction

58 Je conclus qu'il y aura preuve d'abus de confiance par un fonctionnaire lorsque le ministère public aura prouvé hors de tout doute raisonnable les éléments suivants :

1. l'accusé est un fonctionnaire;
2. l'accusé agissait dans l'exercice de ses fonctions;
3. l'accusé a manqué aux normes de responsabilité et de conduite que lui impose la nature de sa charge ou de son emploi;
4. la conduite de l'accusé représente un écart grave et marqué par rapport aux normes que serait censé observer quiconque occuperait le poste de confiance de l'accusé;
5. l'accusé a agi dans l'intention d'user de sa charge ou de son emploi publics à des fins

the public good, for example, for a dishonest, partial, corrupt, or oppressive purpose.

3. Application

59 Mr. Boulanger, director of public security, was charged with the offence of breach of trust by a public officer under s. 122 of the *Criminal Code* for using his authority to order a subordinate officer to prepare a supplementary accident report on an accident involving his daughter which, when forwarded to his insurance company, resulted in cancellation of an insurance deductible of $250.

60 Relying on *Perreault*, both the trial judge and the majority of the Court of Appeal determined the matter based simply on the receipt of a benefit and did not inquire further into the accused's *mens rea* or into the seriousness of the accused's conduct.

61 As noted at the outset, it is clear that Mr. Boulanger is an official. In asking Constable Stephens, a subordinate officer, to prepare a supplementary report, he was acting in connection with the duties of his office. He was also pursuing a personal interest contrary to s. 9 of the *Code of ethics of Québec police officers*, (1990) 122 G.O. 28, 1760, which required him to perform his duties disinterestedly.

62 While this may be enough to bring Mr. Boulanger within the ambit of disciplinary action, as we have seen, the criminal offence of breach of trust by a public officer requires more. Specifically, it requires Mr. Boulanger to have acted with the intention to use his public office for a purpose other than the public good, for example for a dishonest, partial, corrupt or oppressive purpose which, along with his actions, represents a serious and marked departure from the standards expected of an individual in his position.

63 I turn first to *mens rea*. The question is whether the evidence establishes an intention to use his

autres que l'intérêt public, par exemple dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus.

3. Application

M. Boulanger, directeur de la sécurité publique, a été accusé de l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire prévue à l'art. 122 du *Code criminel* pour avoir usé de son autorité pour ordonner à un agent de police sous ses ordres de préparer un rapport complémentaire concernant l'accident dans lequel sa fille était impliquée, rapport qui, une fois transmis à son assureur, lui a évité de payer la franchise de 250 $.

Se fondant sur *Perreault*, la juge du procès ainsi que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont tranché l'affaire en tenant compte uniquement du fait que l'accusé avait retiré un avantage et n'ont pas examiné plus en détail sa *mens rea* ou la gravité de sa conduite.

Comme je l'ai indiqué dès le début, M. Boulanger est un fonctionnaire. Lorsqu'il a demandé à l'agent Stephens, un de ses subordonnés, de préparer un rapport complémentaire, il agissait dans le cadre de ses fonctions. Il cherchait également à satisfaire un intérêt personnel, ce qui va à l'encontre de l'art. 9 du *Code de déontologie des policiers du Québec*, (1990) 122 G.O. 28, 2531, lequel prescrit aux policiers d'exercer leurs fonctions avec désintéressement.

Bien que ce geste puisse être suffisant pour exposer M. Boulanger à des mesures disciplinaires, l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire nécessite davantage, comme nous l'avons vu. Elle exige, plus précisément, que M. Boulanger ait agi dans l'intention d'user de sa charge publique dans un objectif autre que l'intérêt public, par exemple, dans un objectif de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus qui, joint à ses actes, représente un écart grave et marqué par rapport aux normes qu'une personne dans sa situation serait censée observer.

J'aborde maintenant la *mens rea*. Il s'agit de savoir si les faits prouvent l'existence de l'intention

public office for a purpose other than the public good, for example, for a dishonest, partial, corrupt or oppressive purpose. The trial judge found that the evidence supported the good faith of both Mr. Boulanger and Constable Stephens (para. 100). Specifically, she concluded that the report accorded with the preponderance of evidence relating to the accident, that it was not falsified, and that the accused did not ask or obtain a supplementary report with the intent of misleading the insurance company (paras. 97-99). Indeed, she expressly labelled Mr. Boulanger's conduct as an error in judgment (para. 108). Moreover, as Dalphond J.A. noted, the facts as found demonstrate no attempt whatsoever to conceal.

It is true that Mr. Boulanger knew that he would benefit from Constable Stephens' report. This alone does not, however, establish a culpable state of mind. For example, as discussed, it is not misconduct to make a decision knowing it furthers one's personal interests, if the decision is made honestly and in the belief that it is a proper exercise of the public power the official enjoys: *Dytham*. Mr. Boulanger's private purpose did not seek to undermine the public good. Had Mr. Boulanger instructed Constable Stephens to put a particular content into the report, that might have amounted to using his office in a way that betrayed the public trust. But Mr. Boulanger did not do this. Constable Stephens testified that the report contained his own opinion about the responsibility of Alexandra Boulanger for the accident (trial judgment, at para. 51). He further testified that he never felt any pressure or obligation to write the report (trial judgment, at para. 52). As noted, the trial judge concluded that the report accorded with the preponderance of evidence relating to the accident, that it was not falsified, and that Mr. Boulanger did not ask or obtain a supplementary report with the intent of misleading the insurance company (paras. 97-99). In these circumstances, it is not clear that Mr. Boulanger's intention was to betray the public trust reposed in him.

As a check, it may be asked whether Mr. Boulanger's intention rose to the level of

d'user de sa charge publique dans un but autre que l'intérêt public, par exemple dans un dessein de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus. Selon la juge du procès, la preuve étaye la conclusion que M. Boulanger et l'agent Stephens étaient tous deux de bonne foi (par. 100). Elle a conclu, plus précisément, que le rapport concordait avec la preuve prépondérante relative à l'accident et n'avait pas été falsifié et que l'accusé n'avait pas demandé ou obtenu le rapport complémentaire dans l'intention de tromper l'assureur (par. 97-99). En fait, elle a expressément qualifié la conduite de M. Boulanger d'erreur de jugement (par. 108). De plus, comme le juge Dalphond l'a relevé, les faits démontrent qu'il n'y a eu aucune tentative de dissimulation.

64 Il est vrai que M. Boulanger savait qu'il retirerait un avantage du rapport de l'agent Stephens. Mais cela ne suffit pas pour établir un état d'esprit coupable. Par exemple, comme nous l'avons vu, il ne s'agit pas d'inconduite lorsque l'intéressé rend une décision sachant qu'elle favorise ses intérêts personnels, s'il a pris la décision honnêtement en croyant sincèrement qu'il exerce correctement le pouvoir que lui confère sa charge ou son emploi publics : voir *Dytham*. M. Boulanger n'avait pas comme objectif privé de miner l'intérêt public. S'il avait demandé à l'agent Stephens de mettre certaines choses dans le rapport, cela reviendrait à user de sa charge d'une manière qui trahit la confiance du public. Mais il ne l'a pas fait. L'agent Stephens a témoigné que le rapport exposait sa propre opinion au sujet de la responsabilité d'Alexandra Boulanger dans l'accident (jugement de première instance, par. 51). Il a ajouté qu'il n'a jamais senti de pression ni d'obligation pour la rédaction du rapport (jugement de première instance, par. 52). Comme nous l'avons indiqué, la juge du procès a conclu que le rapport concordait avec la preuve prépondérante relative à l'accident et n'avait pas été falsifié et que M. Boulanger n'avait pas demandé ou obtenu le rapport complémentaire dans l'intention de tromper l'assureur (par. 97-99). Dans ces circonstances, il ne ressort pas clairement que l'intention de M. Boulanger était de trahir la confiance du public dont il jouissait.

65 À titre de vérification, on peut se demander si l'intention de M. Boulanger atteint le degré de

culpability traditionally required by the common law for the offence of breach of trust — for example, whether he acted for a dishonest, partial, corrupt or oppressive purpose. Dishonesty, corruption and oppression were clearly not made out. Nor, arguably, was partiality. "Partiality" denotes an "unfair bias in favour of one thing ... compared with another": *The New Oxford Dictionary of English* (1998), at p. 1352. Mr. Boulanger's intention was to have Constable Stephens make a complete report, not to skew it in one direction or another.

66 I conclude that the facts as found raise a reasonable doubt that the *mens rea* necessary for conviction under s. 122 of the *Criminal Code* was established.

67 What is clear is that the *actus reus* was not made out on the facts as found by the trial judge. The majority of the Court of Appeal held that the proper course of conduct in this case would have been for the accused to have his insurer communicate directly with Constable Stephens (para. 70). Nevertheless, the course of action chosen by the accused cannot be said to represent a marked departure from the course of action he should have taken. Rather, as the trial judge put it, Mr. Boulanger's conduct was simply an error in judgment (para. 108). Considering all of the circumstances of this case, I conclude that Mr. Boulanger's actions do no rise to the level of seriousness required to establish the *actus reus* of the offence of breach of trust by a public officer.

4. Conclusion

68 I conclude that the appeal should be allowed, the conviction overturned and an acquittal entered.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Rochefort & Associés, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General's Prosecutor of Quebec, Longueuil.*

culpabilité habituellement requis en common law pour qu'il y ait abus de confiance — par exemple s'il a agi dans un dessein de malhonnêteté, de partialité, de corruption ou d'abus. La malhonnêteté, la corruption et l'abus n'ont pas été clairement prouvés. On peut dire la même chose de la partialité. La partialité s'entend de la « disposition à accorder une préférence injustifiée » : *Trésor de la langue française*, t. 12, 1986, p. 1053. L'intention de M. Boulanger est de faire rédiger un rapport complet par l'agent Stephens, et non de dévier dans un sens ou dans l'autre.

Je conclus que les faits présentés soulèvent un doute raisonnable quant à l'existence de la *mens rea* requise pour prononcer une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 122 du *Code criminel*.

Il ressort clairement des faits dont la juge du procès a été saisie que l'*actus reus* n'a pas été établi. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'accusé aurait dû laisser son assureur communiquer directement avec l'agent Stephens (par. 70). Toutefois, on ne peut dire que la conduite de l'accusé représente un écart marqué par rapport à celle qu'il aurait dû adoptée. Comme l'a indiqué la juge du procès, il s'agit plutôt d'une erreur de jugement de la part de M. Boulanger (par. 108). Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, je conclus que les actions de M. Boulanger n'atteignent pas le degré de gravité requis pour établir l'*actus reus* de l'abus de confiance par un fonctionnaire.

4. Conclusion

Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et de prononcer l'acquittement.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Rochefort & Associés, Montréal.*

*Procureur de l'intimée : Substitut du procureur général du Québec, Longueuil.*

**Shane Tyrone Ferras** *Appellant*

*v.*

**United States of America, Her Majesty The Queen and Irwin Cotler, Minister of Justice** *Respondents*

- and -

**Leroy Latty and Lynval Wright** *Appellants*

*v.*

**United States of America, Minister of Justice and Attorney General of Canada** *Respondents*

INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA *v.* FERRAS; UNITED STATES OF AMERICA *v.* LATTY

**Neutral citation: 2006 SCC 33.**

File Nos.: 30211, 30295.

2005: October 17; 2006: July 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of person — Fundamental justice — Extradition — Committal hearings — Whether provisions of extradition legislation relating to evidence at committal hearing infringe principles of fundamental justice applicable to extradition — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 29(1), 32(1)(a), (b), 33.*

*Extradition — Committal hearings — Evidence — Powers of extradition judge — Whether extradition judge can weigh evidence and refuse to extradite if evidence unreliable or unavailable for trial — Sufficiency*

* Major J. took no part in the judgment.

**Shane Tyrone Ferras** *Appelant*

*c.*

**États-Unis d'Amérique, Sa Majesté la Reine et Irwin Cotler, ministre de la Justice** *Intimés*

- et -

**Leroy Latty et Lynval Wright** *Appelants*

*c.*

**États-Unis d'Amérique, ministre de la Justice et procureur général du Canada** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE *c.* FERRAS; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE *c.* LATTY

**Référence neutre : 2006 CSC 33.**

N^os^ du greffe : 30211, 30295.

2005 : 17 octobre; 2006 : 21 juillet.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Les dispositions législatives en matière d'extradition concernant la preuve produite à l'audience relative à l'incarcération contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale applicables à l'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 29(1), 32(1)a) et b), 33.*

*Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Preuve — Pouvoirs du juge d'extradition — Le juge d'extradition peut-il soupeser la preuve et refuser d'ordonner l'incarcération si la preuve n'est pas fiable ou*

* Le juge Major n'a pas pris part au jugement.

*of evidence for extradition purposes — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 29(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Mobility — Right to remain in Canada — Extradition — Whether provisions of extradition legislation relating to evidence at committal hearing infringe right of Canadian citizens to remain in Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 32(1)(a), 33(3).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Whether surrender of accused to US, where they could receive sentences of 10 years to life without parole if convicted, "shocks conscience" of Canadians — Whether Minister of Justice's refusal to seek assurances for enhanced credit for time served in pre-trial custody offends fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

The US sought the extradition of the accused under the "record of the case" method provided for in ss. 32(1)(*a*) and 33 of the *Extradition Act*. The records of the case submitted at their committal hearings consist of unsworn statements from law enforcement agents summarizing the evidence expected to be presented at each trial. The US certified that the evidence is available for trial and is sufficient to justify prosecution under the law of the US. The accused alleged that ss. 32(1)(*a*) and 33 infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because they allow for the possibility that a person might be extradited on inherently unreliable evidence. In both cases, the extradition judges rejected the constitutional objection and committed the accused for extradition. The Court of Appeal upheld the decisions.

*Held*: The appeals should be dismissed and the accused should be committed to extradition.

The provisions of the *Extradition Act* governing the admission of evidence at a committal hearing are consistent with the guarantee in s. 7 of the *Charter* that no one may be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 does not guarantee a particular type of process for all situations where a person's liberty is affected; it guarantees a fair

*n'est pas disponible pour le procès? — Caractère suffisant de la preuve pour l'extradition — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 29(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation — Droit de rester au Canada — Extradition — Les dispositions législatives en matière d'extradition concernant la preuve produite à l'audience relative à l'incarcération portent-elles atteinte au droit des Canadiens de rester au Canada? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 32(1)a), 33(3).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — L'extradition des accusés vers les États-Unis, où ils sont passibles, s'ils sont reconnus coupables, d'une peine variant entre 10 ans d'emprisonnement et l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle, « choque-t-elle la conscience » des Canadiens? — Le refus du ministre de la Justice de demander des assurances quant à une plus grande réduction de peine compte tenu de la détention avant procès contrevient-il à la justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

Les États-Unis ont demandé l'extradition des accusés selon la méthode dite du « dossier d'extradition » fondée sur l'al. 32(1)*a*) et l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition*. Les dossiers d'extradition présentés lors des audiences relatives à leur incarcération consistent en déclarations non faites sous serment de représentants de l'ordre résumant la preuve qu'il est prévu de produire à chaque procès. Les États-Unis ont certifié que la preuve est disponible pour le procès et qu'elle est suffisante pour justifier la poursuite en vertu du droit des États-Unis. Les accusés ont allégué que l'al. 32(1)*a*) et l'art. 33 contreviennent à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car ils permettent l'extradition sur le fondement d'éléments de preuve intrinsèquement non fiables. Dans les deux cas, les juges d'extradition ont rejeté la contestation constitutionnelle et ont ordonné l'incarcération des accusés en vue de leur extradition. La Cour d'appel a confirmé les décisions.

*Arrêt* : Les pourvois sont rejetés et les accusés doivent être incarcérés en vue de leur extradition.

Les dispositions de la *Loi sur l'extradition* régissant l'admission d'éléments de preuve lors d'une audience relative à l'incarcération respectent la garantie prévue à l'art. 7 de la *Charte*, selon lequel nul ne peut être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. L'article 7 ne garantit pas le recours à un type particulier de procédure pour

process, having regard to the nature of the proceedings. The principles of fundamental justice applicable to an extradition hearing require that the person sought for extradition receive a meaningful judicial determination of whether the case for extradition prescribed in s. 29(1) of the Act has been established — that is, whether there is sufficient evidence to permit a properly instructed jury to convict. This requires a meaningful judicial hearing before an independent, impartial judge and a judicial decision based on an assessment of the evidence and the law. A person cannot be extradited upon demand, suspicion or surmise. Here, the *Extradition Act* offers two protections to the person whose liberty is at risk: first, admissibility provisions aimed at establishing threshold reliability; and second, a requirement that the judge determine the sufficiency of the evidence to establish the legal requirement for extradition. These dual protections, considered together, offer a fair process that conforms to the fundamental principles of justice. [1] [14] [17] [26] [34]

Under s. 29(1), the extradition judge is required to determine what evidence is admissible under the Act, and whether the admissible evidence is sufficient to justify committal. The inquiry into admissibility of the evidence depends on the nature of the evidence. Under the record of the case method, the inquiry is whether the certification requirements of the Act have been met. Under the treaty method, the inquiry is whether the evidence meets the requirements of the relevant extradition treaty. The inquiry into the sufficiency of the evidence involves an evaluation of whether the conduct described by the admissible evidence would justify committal for trial in Canada. While pre-*Charter* jurisprudence held that an extradition judge may not refuse to order extradition where there is some evidence of every element of the parallel Canadian crime, even if the judge believes that the evidence from the foreign state is unreliable or otherwise inadequate, a fair extradition hearing that accords with the *Charter* requires that the extradition judge must be able to decline to commit on evidence that is unavailable for trial or manifestly unreliable. Section 29(1) can be interpreted in such a way that the extradition judge may provide the factual assessment and judicial process necessary to conform to the *Charter*. Section 29(1) requires the extradition judge to assess whether the admissible evidence shows the justice or rightness of committing a person to extradition. The evidence must be demonstrably able to be used by a reasonable, properly instructed

toutes les situations où il est porté atteinte à la liberté d'une personne; il garantit l'équité procédurale eu égard à la nature des procédures. Les principes de justice fondamentale applicables aux audiences d'extradition exigent que l'intéressé fasse l'objet d'une décision judiciaire valable quant à la question de savoir si la preuve nécessaire à son extradition, prévue au par. 29(1) de la Loi, a été établie — c'est-à-dire s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées, puisse conclure à la culpabilité. Pour cela, il faut une audience judiciaire valable devant un juge indépendant et impartial ainsi qu'une décision judiciaire fondée sur une appréciation de la preuve et sur le droit. Nul ne peut être extradé sur le fondement d'un soupçon, demande ou hypothèse. En l'espèce, la *Loi sur l'extradition* offre deux mesures de protection à la personne dont la liberté est en jeu : premièrement, des dispositions relatives à l'admissibilité qui visent à établir le seuil de fiabilité et, deuxièmement, l'exigence que le juge détermine le caractère suffisant de la preuve pour établir l'exigence légale pour l'extradition. Il s'agit de savoir si ces deux protections, considérées conjointement, offrent un processus équitable conforme aux principes fondamentaux de justice. [1] [14] [17] [26] [34]

Selon le par. 29(1), le juge d'extradition doit déterminer quelle preuve est admissible en vertu de la Loi et si la preuve admissible suffit à justifier l'incarcération. L'examen de l'admissibilité de la preuve dépend de la nature de celle-ci. D'après la méthode du dossier d'extradition, il s'agit de savoir si les exigences de certification prévues par la Loi sont respectées. D'après la méthode du traité, il s'agit de déterminer si la preuve satisfait aux exigences du traité d'extradition applicable. L'examen du caractère suffisant de la preuve suppose une appréciation de la question de savoir si les actes décrits dans la preuve admissible justifieraient un renvoi à procès au Canada. La jurisprudence antérieure à la *Charte* a établi que le juge d'extradition ne peut refuser d'ordonner l'extradition s'il existe quelque élément de preuve pour chaque élément du crime canadien équivalent, même s'il estime que la preuve produite par l'État étranger n'est pas fiable ou est autrement insuffisante. Cependant, une audience d'extradition équitable conforme à la *Charte* exige que le juge d'extradition ait la possibilité de refuser d'ordonner l'incarcération si la preuve n'est pas disponible pour le procès ou si elle est manifestement peu digne de foi. On peut interpréter le par. 29(1) de manière à permettre au juge d'extradition d'assurer l'examen des faits et le processus judiciaire nécessaires pour respecter les exigences de la *Charte*. Le paragraphe 29(1) exige que le juge d'extradition évalue si la preuve admissible prouve le bien-fondé de l'incarcération en

jury to reach a verdict of guilty such that a case could go to trial in Canada. Because the requirements for committal of s. 29(1) grant the extradition judge a discretion to refuse to extradite on insufficient evidence, such as where the reliability of evidence is successfully impeached or where it is not shown that the evidence is available for trial, ss. 32(1)(*a*) and (*b*) and 33 of the *Extradition Act* do not violate s. 7 of the *Charter*. [36-46] [49-50]

Due to the principles of comity between Canada and the requesting state, certification under the record of the case method raises a presumption that the evidence is reliable. Pursuant to s. 32(1)(*c*), the person sought for extradition may challenge the sufficiency of the case. An extradition judge must look at the whole of the evidence and, if it fails to disclose a case on which a jury could convict or it is so defective that it would be dangerous or unsafe to convict, the test for committal is not met. Under the treaty method, showing that the evidence actually exists and is available for trial is fundamental to extradition. The judge cannot commit for extradition under s. 29(1) unless a *prima facie* case has been made out that evidence exists upon which the person may be tried. Accordingly, where, as in the companion appeals of *Ortega* and *Fiessel*, the requesting state does not certify or otherwise make out a *prima facie* case that the evidence is available for trial, the case for committal is incomplete and should be dismissed. If the evidence is certified as available, that certification results in a presumption of availability for trial, and the person sought for extradition could challenge the presumption. Lastly, since the extradition judge has the discretion to give no weight to unavailable or unreliable evidence when determining whether committal is justified under s. 29(1), the person sought for extradition need not seek a remedy under s. 24(2) of the *Charter*. However, evidence may be excluded under s. 24(2) for reasons other than the availability and reliability concerns addressed by s. 29(1). [52-60]

The accused were properly committed for extradition. The records submitted by the US against the accused contained sufficient admissible evidence that a reasonable jury, properly instructed, could convict

vue de l'extradition. La preuve doit pouvoir permettre à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de rendre un verdict de culpabilité, de sorte que la cause pourrait faire l'objet d'un procès au Canada. Étant donné que les exigences d'incarcération prévues au par. 29(1) confèrent au juge d'extradition le pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner l'extradition faute de preuve suffisante, par exemple lorsque la fiabilité de la preuve est contestée avec succès ou lorsque rien n'indique que celle-ci est disponible pour le procès, les al. 32(1)*a*) et *b*) et l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition* ne contreviennent pas à l'art. 7 de la *Charte*. [36-46] [49-50]

En raison des principes de courtoisie entre le Canada et l'État requérant, la certification selon la méthode du dossier d'extradition crée la présomption que la preuve est fiable. En vertu de l'al. 32(1)*c*), l'intéressé peut contester le caractère suffisant de la preuve. Le juge d'extradition doit examiner l'ensemble de la preuve et si celle-ci ne permet pas d'établir l'existence d'une preuve au vu de laquelle le jury peut conclure à la culpabilité ou si elle est à ce point viciée qu'il serait dangereux ou imprudent de déclarer l'accusé coupable, le critère applicable en matière d'incarcération n'est pas respecté. Selon la méthode du traité, il est fondamental pour l'extradition de démontrer que la preuve existe véritablement et qu'elle est disponible pour le procès. Le juge ne peut faire incarcérer une personne en vue de son extradition en vertu du par. 29(1) à moins qu'une preuve suffisante à première vue n'ait établi l'existence d'éléments de preuve sur la foi desquels elle peut subir son procès. Par conséquent, lorsque, comme c'est le cas des pourvois connexes *Ortega* et *Fiessel*, l'État requérant ne certifie pas ou n'établit pas autrement qu'une preuve suffisante à première vue est disponible pour le procès, la preuve au soutien de l'extradition est incomplète et devrait être refusée. S'il est certifié que la preuve est disponible, cette certification donne lieu à la présomption de disponibilité pour le procès, et l'intéressé peut contester cette présomption. Enfin, comme le juge d'extradition a le pouvoir discrétionnaire de ne pas tenir compte des éléments de preuve non disponibles ou non fiables lorsqu'il détermine si l'incarcération est justifiée au sens du par. 29(1), l'intéressé n'a pas besoin de demander une réparation fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*. Cependant la preuve peut être écartée en vertu du par. 24(2) pour des raisons autres que celles de la disponibilité et de la fiabilité visées par le par. 29(1). [52-60]

C'est à bon droit que les accusés ont été incarcérés en vue de leur extradition. Les dossiers présentés contre eux par les États-Unis renferment suffisamment d'éléments de preuve admissibles pour qu'un

had the conduct occurred in Canada. The certifications by the US in compliance with s. 33(3) make the records presumptively reliable and no evidence discloses any reason to rebut the presumption of reliability. With respect to the surrender to the US, the possibility that two of the accused would receive sentences of 10 years to life without parole in the US does not shock the conscience of Canadians, nor does the Minister of Justice's refusal to seek assurances concerning enhanced credit for pre-sentence custody. [69-70] [75-79] [87] [90]

Section 6(1) of the *Charter* is not engaged at the committal stage of the extradition process, only at the surrender stage. Since the Minister is not required to base a surrender decision on evidence submitted at the committal hearing, s. 6(1) cannot be infringed by ss. 32(1)(*a*) and 33(3) of the Act. [82-83]

**Cases Cited**

**Modified:** *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; **referred to:** *United Mexican States v. Ortega*, [2006] 2 S.C.R. 120, 2006 SCC 34, rev'g (2005), 253 D.L.R. (4th) 237, 2005 BCCA 270; *United States of America v. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Glucksman v. Henkel*, 221 U.S. 508 (1911); *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42; *Bonham's Case* (1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, 2003 SCC 45; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475; *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54; *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19; *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18; *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *United States of America v. Adam* (2003), 174 C.C.C. (3d) 445.

jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, puisse conclure à la culpabilité si les actes avaient été commis au Canada. La certification par les États-Unis conformément au par. 33(3) crée une présomption de fiabilité des dossiers et rien dans la preuve ne permet de la réfuter. Pour ce qui est de l'extradition vers les États-Unis, la possibilité que deux des accusés reçoivent une peine variant entre 10 ans d'emprisonnement et l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle ne choque pas la conscience des Canadiens, pas plus que le refus du ministre de la Justice de demander des assurances à propos d'une plus grande réduction de peine compte tenu de la période de détention avant le procès. [69-70] [75-79] [87] [90]

Dans le cadre du processus d'extradition, le par. 6(1) de la *Charte* entre en jeu non pas au stade de la décision sur l'incarcération, mais seulement à l'étape de l'extradition. Comme le ministre n'est pas tenu de fonder sa décision concernant l'extradition sur la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération, l'al. 32(1)*a*) et le par. 33(3) de la Loi ne peuvent contrevenir au par. 6(1). [82-83]

**Jurisprudence**

**Arrêt modifié :** *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; **arrêts mentionnés :** *États-Unis du Mexique c. Ortega*, [2006] 2 R.C.S. 120, 2006 CSC 34, inf. (2005), 253 D.L.R. (4th) 237, 2005 BCCA 270; *United States of America c. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Glucksman c. Henkel*, 221 U.S. 508 (1911); *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42; *Bonham's Case* (1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 45; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475; *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *United States of America c. Adam* (2003), 174 C.C.C. (3d) 445.

**Statutes and Regulations Cited**

18 U.S.C. § 3585(b).
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 6, 7, 24.
*Constitution Act, 1982*, s. 52.
*Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 13.
*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, ss. 24(2), 29(1), 32, 33.
*Magna Carta* (1215), clause 39.

**Treaties and Other International Instruments**

*Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, art. 10.
*Second Protocol amending the Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 2003 No. 11.
*Treaty of Extradition between the Government of Canada and the Government of the United Mexican States*, Can. T.S. 1990 No. 35, art. VIII.

**Authors Cited**

Botting, Gary. *Extradition Between Canada and the United States*. Ardsley, N.Y.: Transnational, 2005.
*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "justify".
La Forest, Anne Warner. "The Balance Between Liberty and Comity in the Evidentiary Requirements Applicable to Extradition Proceedings" (2002), 28 *Queen's L.J.* 95.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman and Sharpe JJ.A. and McCombs J. (*ad hoc*)) (2004), 237 D.L.R. (4th) 645, 184 O.A.C. 306, 183 C.C.C. (3d) 119, 117 C.R.R. (2d) 183, [2004] O.J. No. 1089 (QL), affirming an order of committal and an order of surrender. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman and Sharpe JJ.A. and McCombs J. (*ad hoc*)) (2004), 237 D.L.R. (4th) 652, 185 O.A.C. 1, 183 C.C.C. (3d) 126, 116 C.R.R. (2d) 368, [2004] O.J. No. 1076 (QL), affirming an order of committal and an order of surrender. Appeal dismissed.

*Brian H. Greenspan*, for the appellant Ferras.

*Edward L. Greenspan, Q.C.*, and *Vanessa V. Christie*, for the appellants Latty and Wright.

**Lois et règlements cités**

18 U.S.C. § 3585b).
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 6, 7, 24.
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, art. 24(2), 29(1), 32, 33.
*Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 13.
*Magna Carta* (1215), clause 39.

**Traités et autres instruments internationaux**

*Deuxième protocole modifiant le Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 2003 nº 11.
*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 nº 3, art. 10.
*Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis mexicains*, R.T. Can. 1990 nº 35, art. VIII.

**Doctrine citée**

Botting, Gary. *Extradition Between Canada and the United States*. Ardsley, N.Y. : Transnational, 2005.
La Forest, Anne Warner. « The Balance Between Liberty and Comity in the Evidentiary Requirements Applicable to Extradition Proceedings » (2002), 28 *Queen's L.J.* 95.
*Trésor de la langue française*, t. 10. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1983, « justifier ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman et Sharpe et le juge McCombs (*ad hoc*)) (2004), 237 D.L.R. (4th) 645, 184 O.A.C. 306, 183 C.C.C. (3d) 119, 117 C.R.R. (2d) 183, [2004] O.J. No. 1089 (QL), qui a confirmé une ordonnance d'incarcération et une ordonnance d'extradition. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman et Sharpe et le juge McCombs (*ad hoc*)) (2004), 237 D.L.R. (4th) 652, 185 O.A.C. 1, 183 C.C.C. (3d) 126, 116 C.R.R. (2d) 368, [2004] O.J. No. 1076 (QL), qui a confirmé une ordonnance d'incarcération et une ordonnance d'extradition. Pourvoi rejeté.

*Brian H. Greenspan*, pour l'appelant Ferras.

*Edward L. Greenspan, c.r.*, et *Vanessa V. Christie*, pour les appelants Latty et Wright.

*Robert J. Frater* and *Janet Henchey*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

These appeals (the "*Ferras* appeals"), together with the appeals by Ortega, Shull, Shull and Fiessel (*United Mexican States v. Ortega*, [2006] 2 S.C.R. 120, 2006 SCC 34 (the "*Ortega* appeals")), raise the question of whether the provisions of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, for the admission of evidence on a hearing for committal for extradition violate the guarantee in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that no one may be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. I conclude that, properly construed, the provisions of the Act are constitutional and that these appeals should be dismissed.

The appellants in the *Ferras* appeals have been ordered extradited to the United States to face charges relating to either alleged frauds (Ferras) or trafficking in cocaine (Latty and Wright). The extradition proceedings against them were brought by the "record of the case" method under ss. 32(1)(*a*) and 33 of the *Extradition Act*. The appellants in the *Ortega* appeals, by contrast, were ordered extradited for alleged fraud offences under the "treaty" method provided for in s. 32(1)(*b*) of the Act, Ortega to Mexico and the Shulls and Fiessel to the United States.

The appellants in the *Ferras* appeals argue that the record of the case method does not pass constitutional muster because it allows for the possibility that a person might be extradited on inherently unreliable evidence. More specifically, they argue

*Robert J. Frater* et *Janet Henchey*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

Les présents pourvois (les « pourvois *Ferras* »), de même que ceux formés par MM. Ortega, Shull, Shull et Fiessel (*États-Unis du Mexique c. Ortega*, [2006] 2 R.C.S. 120, 2006 CSC 34 (les « pourvois *Ortega* »)), soulèvent la question de savoir si les dispositions de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, concernant l'admission d'éléments de preuve lors d'une audience relative à l'incarcération en vue de l'extradition portent atteinte à la garantie prévue à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, selon lequel nul ne peut être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. Je conclus que, selon l'interprétation qu'il convient de leur donner, les dispositions de la Loi sont constitutionnelles et je suis d'avis de rejeter les présents pourvois. 1

Un arrêté d'extradition vers les États-Unis a été pris contre les appelants aux pourvois *Ferras* afin qu'ils répondent à des accusations de fraude (M. Ferras) ou de trafic de cocaïne (MM. Latty et Wright). Les procédures d'extradition ont été engagées contre eux selon la méthode dite du « dossier d'extradition » fondée sur l'al. 32(1)*a*) et l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition*. Par contre, pour ce qui est des appelants aux pourvois *Ortega*, leur extradition a été ordonnée selon la méthode dite du « traité » fondée sur l'al. 32(1)*b*) de la Loi, vers le Mexique, dans le cas de M. Ortega, et vers les États-Unis, dans celui de MM. Shull, Shull et Fiessel, afin qu'ils répondent à des allégations de fraude. 2

Les appelants aux pourvois *Ferras* soutiennent que la méthode du dossier d'extradition ne résiste pas à l'examen constitutionnel parce qu'elle permet l'extradition sur le fondement d'éléments de preuve intrinsèquement non fiables. Plus particulièrement, 3

that the "safeguards" in s. 33 of the Act are inadequate to ensure threshold reliability of evidence in accordance with the principles of fundamental justice as stipulated by s. 7 of the *Charter.*

4 The appellants in the *Ortega* appeals argue that the treaty method does not pass constitutional muster because it does not contain even the safeguards of the "record of the case" method, in particular a requirement that the requesting state certify that the evidence is available for trial.

5 In the *Ferras* appeals, the extradition judges and the Ontario Court of Appeal ((2004), 237 D.L.R. (4th) 645 and (2004), 237 D.L.R. (4th) 652) rejected constitutional objections to ss. 32(1)(*a*), 32(1)(*c*) and 33 of the *Extradition Act*, relying on previous decisions, most notably *United States of America v. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52 (C.A.). In the *Ortega* appeals, the extradition judge presiding over Ortega's committal hearing accepted his constitutional objection to s. 32(1)(*b*) and Article VIII(1)(b)(iii) of the *Treaty of Extradition between the Government of Canada and the Government of the United Mexican States*, Can. T.S. 1990 No. 35 ((2004), 237 D.L.R. (4th) 281, 2004 BCSC 210). The extradition judge presiding over Fiessel and the Shulls' committal hearings applied the decision in *Ortega* to exclude evidence submitted by the United States ([2004] B.C.J. No. 1434 (QL), 2004 BCSC 908). These decisions were reversed by the British Columbia Court of Appeal, Donald J.A. dissenting ((2005), 253 D.L.R. (4th) 237, 2005 BCCA 270). The appellants in both sets of cases have appealed to this Court, contending that the courts of appeal below erred in rejecting their constitutional challenges to ss. 32(1)(*a*), 32(1)(*b*) and 33.

## 2. Analysis

### 2.1 *The Issue*

6 The *Extradition Act* (Appendix A) provides a two-stage process for extradition of a person

ils affirment que les « mesures de protection » offertes par l'art. 33 de la Loi ne suffisent pas pour établir un seuil de fiabilité de la preuve qui soit conforme aux principes de justice fondamentale, comme le prescrit l'art. 7 de la *Charte.*

Les appelants aux pourvois *Ortega*, quant à eux, soutiennent que la méthode du traité ne résiste pas à l'examen constitutionnel parce qu'elle ne comporte même pas les mesures de protection offertes par la méthode du « dossier d'extradition », notamment l'exigence que l'État requérant certifie la disponibilité des éléments de preuve pour le procès.

Dans les pourvois *Ferras*, les juges d'extradition et la Cour d'appel de l'Ontario ((2004), 237 D.L.R. (4th) 645 et (2004), 237 D.L.R. (4th) 652), ont rejeté les contestations constitutionnelles des al. 32(1)*a*) et *c*) et de l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition*, s'appuyant sur des décisions antérieures, plus particulièrement *United States of America c. Yang* (2001), 56 O.R. (3d) 52 (C.A.). Dans les pourvois *Ortega*, le juge d'extradition qui a présidé l'audience relative à l'incarcération de M. Ortega a accepté sa contestation constitutionnelle de l'al. 32(1)*b*) et du sous-al. VIII(1)b)(iii) du *Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis mexicains*, R.T. Can. 1990 nº 35 ((2004), 237 D.L.R. (4th) 281, 2004 BCSC 210). Le juge d'extradition qui a présidé les audiences relatives à l'incarcération de MM. Fiessel, Shull et Shull a appliqué l'arrêt *Ortega* pour exclure les éléments de preuve présentés par les États-Unis ([2004] B.C.J. nº 1434 (QL), 2004 BCSC 908). Ces décisions ont été infirmées par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Donald étant dissident ((2005), 253 D.L.R. (4th) 237, 2005 BCCA 270). Les appelants aux deux séries de pourvois ont interjeté appel devant la Cour, soutenant que les cours d'appel ont rejeté à tort leurs contestations constitutionnelles des al. 32(1)*a*) et *b*) et de l'art. 33.

## 2. Analyse

### 2.1 *La question en litige*

La *Loi sur l'extradition* (annexe A) établit un processus en deux étapes permettant d'extrader

to face charges in a foreign country. We are not here concerned with extradition to serve a foreign sentence.

At the first stage, an extradition judge must examine the request for extradition and supporting material to determine whether sufficient evidence exists to justify committal for trial in Canada. If the extradition judge finds that this test is met, the case moves to the second stage, where the Minister, in the exercise of his or her discretion, decides whether to order extradition (see *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631). The first stage is judicial, the second executive. These cases concern the first, the judicial, stage of the process.

Section 29(1)(*a*) of the *Extradition Act* provides that a "judge shall order the committal of the person into custody to await surrender if . . . there is evidence admissible under this Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada".

The extradition judge's role and the test for committal have been described in a variety of ways, including a "*prima facie*" case, a "sufficient" case, a "good" case, an "adequate" case, a case providing "reasonable grounds" for extradition, and a case "justifying" extradition. But the basic premise has remained constant. A judge cannot order extradition unless there is evidence of conduct that would justify committal for trial in Canada. In *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, this Court said the test for committal for extradition is the same as that employed by a trial judge in deciding whether to withdraw a case from the jury — "whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty" (p. 1080). If such evidence is shown, the person sought can be extradited to face prosecution elsewhere. If not, the judge must refuse extradition.

une personne afin qu'elle réponde à des accusations portées contre elle dans un pays étranger. Le présent pourvoi ne porte pas sur l'extradition en vue de faire purger à l'intéressé une peine à l'étranger.

7 À la première étape, le juge d'extradition doit examiner la demande d'extradition et les documents à l'appui afin de décider s'il existe suffisamment de preuve pour justifier le renvoi à procès au Canada. S'il estime que ce critère est rempli, l'affaire passe à la seconde étape, où le ministre décide, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, d'ordonner ou non l'extradition (voir *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631). La première étape est de nature judiciaire et la seconde, de nature exécutive. Les présents pourvois portent sur la première étape du processus, celle de nature judiciaire.

8 L'alinéa 29(1)*a*) de la *Loi sur l'extradition* précise que le « juge ordonne [. . .] l'incarcération de l'intéressé jusqu'à sa remise [. . .] si [. . .] la preuve — admissible en vertu de la présente loi — des actes justifierait, s'ils avaient été commis au Canada, son renvoi à procès au Canada ».

9 Pour décrire le rôle du juge d'extradition et le critère applicable en matière d'incarcération, on a fait appel à diverses notions, notamment une preuve « suffisante à première vue », une preuve « suffisante », une « bonne » preuve, une preuve « adéquate », la preuve démontrant l'existence de « motifs raisonnables » pour l'extradition et la preuve « justifiant » l'extradition. Toutefois, le principe fondamental demeure le même. Le juge ne peut ordonner l'extradition que si la preuve des actes justifierait le renvoi à procès au Canada. Dans *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, la Cour a affirmé que le critère applicable en matière d'incarcération en vue de l'extradition est le même que celui qu'utilise un juge de première instance pour décider s'il doit ou non dessaisir le jury d'une affaire « selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable [comprendre « raisonnable »], ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » (p. 1080). Si une telle preuve est établie, l'intéressé peut être extradé pour subir son procès à l'étranger. Dans le cas contraire, le juge doit refuser l'extradition.

10 The appellants acknowledge this fundamental safeguard. However, they argue that it is undermined by the *Extradition Act*'s provisions for the admission of evidence on the record of the case and treaty methods, which in their view may require the extradition judge to order committal for extradition on the basis of unreliable or unavailable material. The appellants in the *Ferras* appeals emphasize the lack of guarantees of reliability in the record of the case method prescribed by s. 32(1)(*a*). The appellants in the *Ortega* appeals focus on the lack of an assurance that the evidence will be available for trial under the treaty method prescribed by s. 32(1)(*b*) of the Act.

11 The argument of the appellants may be summarized as follows. Section 7 of the *Charter* guarantees the "life, liberty and security of the person" of every individual, and the right not to be deprived of them "except in accordance with the principles of fundamental justice". Extradition to face charges in another country constitutes a denial of liberty and security of the person. Therefore a person cannot be extradited except in accordance with the principles of fundamental justice. It is a fundamental principle of justice, they say, that judges must proceed on reliable and available evidence. They say the record of the case and treaty methods of adducing evidence before the extradition judge do not meet this requirement, and therefore violate s. 7 of the *Charter*. This violation, they argue, is not saved by s. 1 of the *Charter* because it is not "demonstrably justified in a free and democratic society".

12 The Crown accepts that extradition constitutes a serious denial of liberty and security of the person. A person is taken from Canada and forcibly removed to another country to stand trial according to that other country's rules. It follows that the principles of fundamental justice must be respected. The Crown takes issue, however, with the assertion that the principles of fundamental justice require

Les appelants reconnaissent cette protection fondamentale. Ils soutiennent toutefois qu'elle est compromise par les dispositions de la *Loi sur l'extradition* relatives à l'admission de la preuve selon la méthode du dossier d'extradition et celle du traité, car celles-ci risquent, selon eux, d'exiger du juge d'extradition qu'il ordonne l'incarcération en vue de l'extradition sur le fondement de documents non fiables ou non disponibles. Les appelants aux pourvois *Ferras* soulignent que la méthode du dossier d'extradition fondée sur l'al. 32(1)*a*) n'offre aucune garantie de fiabilité. Quant aux appelants aux pourvois *Ortega*, ils ont surtout déploré l'absence de garantie que la preuve sera disponible pour le procès selon la méthode du traité fondée sur l'al. 32(1)*b*) de la Loi.

On peut résumer l'argument des appelants de la façon suivante. Selon l'art. 7 de la *Charte*, « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », et il ne peut être porté atteinte à ce droit « qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». L'extradition de l'intéressé pour lui permettre de répondre à des accusations portées contre lui dans un autre pays constitue une atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne. Par conséquent, nul ne peut être extradé, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. C'est un principe de justice fondamentale, disent-ils, que les juges statuent sur le fondement d'une preuve fiable et disponible. Ils affirment que, selon la méthode du dossier d'extradition et celle du traité, les règles de présentation de la preuve devant le juge d'extradition ne satisfont pas à cette exigence et qu'elles violent donc l'art. 7 de la *Charte*. Cette violation, soutiennent les appelants, n'est pas justifiée selon l'article premier de la *Charte*, car sa justification ne peut « se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Le ministère public admet que l'extradition constitue une atteinte grave à la liberté et à la sécurité de la personne. Une personne est emmenée de force du Canada vers un autre pays pour y subir son procès selon les règles de cet autre pays. Il s'ensuit que les principes de justice fondamentale doivent être respectés. Il conteste toutefois l'affirmation selon laquelle les principes de justice fondamentale

that the extradition judge proceed on reliable evidence that is proven to be available for trial. The Crown also suggests that the claims of unreliability and unavailability are overblown and do not reflect the reality of extradition practice.

exigent que le juge d'extradition statue sur le fondement de preuves fiables dont la disponibilité pour le procès est démontrée. Il laisse également entendre que les allégations de non-fiabilité et de non-disponibilité sont exagérées et ne reflètent pas la réalité de la pratique en matière d'extradition.

These arguments, at first glance, suggest that the basic issue that divides the parties is whether it is a principle of fundamental justice that only reliable evidence that is available for trial be placed before the extradition judge. However, the matter is more complex.

13 À première vue, ces arguments tendent à indiquer que la question fondamentale qui oppose les parties est celle de savoir si c'est un principe de justice fondamentale que seule une preuve fiable disponible pour le procès peut être présentée au juge d'extradition. La question est toutefois plus complexe.

Section 7 of the *Charter* does not guarantee a particular type of process for all situations where a person's liberty is affected: *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15, at para. 47. It guarantees a fair process, having regard to the nature of the proceedings at issue. It follows that the evidentiary provisions of the *Extradition Act* cannot be considered in isolation but must be viewed in the context of the provisions for extradition as a whole. It also follows that the rules of evidence applicable to a criminal trial in Canada do not necessarily apply to the extradition process.

14 L'article 7 de la *Charte* ne garantit pas le recours à un type particulier de procédure pour toutes les situations où il est porté atteinte à la liberté d'une personne : *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15, par. 47. Il garantit l'équité procédurale eu égard à la nature des procédures en litige. Il en découle que les dispositions de la *Loi sur l'extradition* relatives à la preuve ne peuvent être examinées isolément. Elles doivent plutôt être considérées dans le contexte de l'ensemble des dispositions relatives à l'extradition. Il en découle également que les règles de preuve applicables à un procès criminel au Canada ne s'appliquent pas nécessairement au processus d'extradition.

Thus, the real issue is whether the provisions of the *Extradition Act*, for the admission of evidence, render the extradition process unfair when considered together with the other provisions of the Act and the nature of extradition proceedings. In other words, do these provisions raise a real risk that a person may be committed for extradition where the evidence does not establish conduct which, had it occurred in Canada, would justify committal for trial: s. 29(1)?

15 Ainsi, la véritable question est celle de savoir si les dispositions de la *Loi sur l'extradition* relatives à l'admission de la preuve ont pour effet de rendre inéquitable le processus d'extradition lorsqu'elles sont évaluées de concert avec les autres dispositions de la Loi et en fonction de la nature des procédures d'extradition. Autrement dit, ces dispositions comportent-elles un risque véritable qu'une personne soit incarcérée en vue de son extradition, lorsque la preuve n'établit pas l'existence d'actes qui, s'ils avaient été commis au Canada, justifieraient le renvoi à procès : par. 29(1)?

### 2.2 *Reliability: a Two-Stage Concern*

### 2.2 *La fiabilité : une question à deux volets*

This inquiry into the justification for committal raises two evidentiary concerns: the admissibility of evidence, and the evaluation of evidence

16 Le présent examen de la question de la justification de l'incarcération comporte deux volets relativement à la preuve : son admissibilité et son

to determine whether it establishes the case for committal. Theoretically, these are discrete steps, although in practice the extradition judge may consider them simultaneously. The theoretical distinction becomes important in this case because the appellants' complaints are grounded in the *admissibility* of evidence, while the answer to their complaints is found in a judge's assessment of the *sufficiency* of evidence to justify committal.

17 In short, the *Extradition Act* offers two protections to the person whose liberty is at risk: first, admissibility provisions aimed at establishing threshold reliability; and second, a requirement that the judge determine the sufficiency of the evidence to establish the legal requirement for extradition. The question is whether these dual protections, considered together, offer a fair process that conforms to the fundamental principles of justice.

18 This brings us to the main inquiry: what constitutes fair process in the extradition context? Or to put it another way, what are the principles of fundamental justice for extradition?

### 2.3 *Fair Judicial Process in the Extradition Context*

19 Extradition law requires that the "basic demands of justice" be observed: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 523. The true principle that emerges from the history of extradition and the test for committal is that a person is not to be extradited without a fair process, having regard to the history, purposes and policies that underlie extradition: see *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 848. Fair process in this context means the requesting state must establish that there are reasonable grounds to conclude that the person sought may have committed the offence. As stated in *Glucksman v. Henkel*, 221 U.S. 508 (1911), at p. 512:

> For while of course a man is not to be sent from the country merely upon demand or surmise, yet if there is

évaluation pour déterminer si elle justifie l'incarcération. Théoriquement, ce sont deux étapes distinctes. Mais en pratique le juge peut les aborder en même temps. La distinction théorique est d'importance en l'espèce, car les prétentions des appelants reposent sur l'*admissibilité* de la preuve, alors que la réponse à leurs prétentions réside dans l'évaluation par le juge du *caractère suffisant* de la preuve pour justifier l'incarcération.

En somme, la *Loi sur l'extradition* offre deux mesures de protection à la personne dont la liberté est en jeu : premièrement, des dispositions relatives à l'admissibilité qui visent à établir le seuil de fiabilité et, deuxièmement, l'exigence que le juge détermine le caractère suffisant de la preuve pour établir l'exigence légale pour l'extradition. Il s'agit de savoir si ces deux protections, considérées conjointement, offrent un processus équitable conforme aux principes fondamentaux de justice.

Cela nous amène à la principale question : qu'est-ce qui constitue un processus équitable dans le contexte de l'extradition? Ou, autrement dit, quels sont les principes de justice fondamentale en matière d'extradition?

### 2.3 *Processus judiciaire équitable dans le contexte d'extradition*

Le droit de l'extradition requiert que les « exigences fondamentales de la justice » soient respectées : *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, p. 523. Le principe véritable qui émerge de l'historique de l'extradition et du critère applicable en matière d'incarcération est que nul ne peut être extradé sans avoir pu bénéficier d'un processus équitable, compte tenu de l'historique, des objets et des politiques qui se rapportent à l'extradition : voir *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 848. Dans ce contexte, un processus équitable signifie que l'État requérant doit établir qu'il existe des motifs raisonnables de conclure que l'intéressé peut avoir commis l'infraction. Comme il est mentionné dans *Glucksman c. Henkel*, 221 U.S. 508 (1911), p. 512 :

> [TRADUCTION] De toute évidence, même si un homme ne doit pas être renvoyé du pays sur le fondement d'une

presented, even in somewhat untechnical form according to our ideas, such reasonable ground to suppose him guilty as to make it proper that he should be tried, good faith to the demanding government requires his surrender.

Here we find the basic requirements of justice in the extradition context. A person cannot be sent from the country on mere demand or surmise. The case for extradition need not be presented in a particular technical form. But it must be shown that there are reasonable grounds to send the person to trial. A *prima facie* case for conviction must be established through a meaningful judicial process. It is an ancient and venerable principle that no person shall lose his or her liberty without due process according to the law, which must involve a meaningful judicial process. The idea is as old as the *Magna Carta* (1215), Clause 39 of which provided: "No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals, or by the law of the land."

It follows that before a person can be extradited, there must be a judicial determination that the requesting state has established a *prima facie* case that the person sought committed the crime alleged and should stand trial for it.

These propositions capture not only the history of extradition, but its dual purposes. The first purpose is to foster efficient extradition where such a case is made out, in accordance with Canada's international obligations. This requires a flexible, non-technical approach. The second purpose is to protect an individual in Canada from deportation in the absence of at least a *prima facie* case that he or she committed the offence alleged, which must also be an offence in Canada: *Schmidt*. The two purposes are complementary. International comity does not require the extradition of a person on

simple demande ou hypothèse, si l'on nous présentait, même d'une façon qui nous paraît quelque peu informelle, des motifs raisonnables de supposer qu'il est coupable, de sorte qu'il s'impose de le traduire en justice, la loyauté envers le gouvernement requérant exige qu'il soit extradé.

Telles sont les exigences fondamentales de la justice dans le contexte de l'extradition. Nul ne peut être renvoyé du pays sur le fondement d'une simple demande ou hypothèse. Il n'est pas nécessaire que la preuve présentée au soutien de l'extradition revête une forme technique particulière. Mais il faut démontrer l'existence de motifs raisonnables pour renvoyer la personne à son procès. Une preuve suffisante à première vue permettant de justifier une déclaration de culpabilité doit être établie dans le cadre d'un processus judiciaire valable. C'est un ancien principe vénérable que nul ne peut être privé de sa liberté sans avoir pu bénéficier de l'application régulière de la loi, qui doit comporter un processus judiciaire valable. Cette idée est aussi vieille que la *Magna Carta* (1215), dont la clause 39 prévoit : [TRADUCTION] « Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelques manières que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays. »

Par conséquent, avant qu'une personne puisse être extradée, il faut une décision judiciaire portant que l'État requérant a établi une preuve suffisante à première vue selon laquelle l'intéressé a commis le crime allégué et devrait subir un procès à cet égard. 20

Ces thèses illustrent non seulement l'historique du processus d'extradition, mais également ses deux objets. Le premier objet consiste à favoriser l'efficacité de l'extradition lorsque cette preuve est établie, conformément aux obligations internationales du Canada. Il faut pour cela une approche souple et non formaliste. Le second objet est de protéger contre l'expulsion toute personne se trouvant au Canada, du moins en l'absence d'une preuve suffisante à première vue établissant qu'elle a commis l'infraction alléguée, laquelle doit également constituer une infraction au Canada : *Schmidt*. 21

demand or surmise. Nor does basic fairness to the person sought for extradition require all the procedural safeguards of a trial, provided the material establishes a case sufficient to put the person on trial.

Les deux objets sont complémentaires. Le principe de la courtoisie internationale n'oblige pas à extrader une personne sur le fondement d'une demande ou hypothèse. Le principe de l'équité fondamentale envers l'intéressé n'exige pas non plus l'application de toutes les garanties procédurales qu'offre la tenue d'un procès, pourvu que la preuve soit suffisante pour ordonner que la personne subisse son procès.

22 The meaningful judicial process just described involves three related requirements: a separate and independent judicial phase; an impartial judge or magistrate; and a fair and meaningful hearing.

Le processus judiciaire valable que je viens de décrire implique trois exigences connexes : une étape judiciaire distincte et indépendante, un juge ou magistrat impartial et une audience équitable et valable.

23 The need for a separate and independent judicial phase recognizes that extradition involves both executive and judicial acts. The judicial aspect of the process provides a check against state excess by protecting the integrity of the proceedings and the interests of the "named person" in relation to the state process (see *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, discussing the need for a separate and independent judicial role in relation to investigative procedures under the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, which permits compelled statements for investigative purposes under judicial supervision). The judicial and ministerial phases prescribed by the *Extradition Act* reflect this requirement. However, as emphasized in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, the judicial phase must be independent both in appearance and in substance. This is also essential for extradition. The judicial phase must not play a supportive or subservient role to the executive. It must provide real protection against extradition in the absence of an adequate case against the person sought.

La nécessité d'une étape judiciaire distincte et indépendante démontre bien que l'extradition comporte l'intervention à la fois de l'exécutif et du judiciaire. Le volet judiciaire du processus sert à refréner les excès de l'État en protégeant l'intégrité des procédures et les droits de la « personne désignée » contre l'action de l'État (voir *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, au sujet de la nécessité du rôle distinct et indépendant que doit jouer le pouvoir judiciaire dans le cadre des procédures d'enquête prévues par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, laquelle permet que des déclarations forcées soient faites sous la supervision d'un juge au cours d'une enquête). Les étapes judiciaire et ministérielle établies par la *Loi sur l'extradition* reflètent cette exigence. Cependant, comme il ressort de *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, l'étape judiciaire doit être indépendante en apparence et en substance. Cette condition est également primordiale en matière d'extradition. L'étape judiciaire ne doit pas jouer un rôle de soutien par rapport à l'étape exécutive ni y être subordonnée. Elle doit offrir une véritable protection contre l'extradition lorsqu'il n'existe aucune preuve valable contre l'intéressé.

24 The need for an independent judicial hearing incorporates the right to have one's case heard by a neutral magistrate — a right first articulated by Sir Edward Coke, one of England's most famous lawyers and judges, in *Bonham's Case* (1610), 8 Co.

La nécessité d'une audience judiciaire indépendante englobe le droit d'être entendu par un juge neutre — droit qui a été énoncé pour la première fois par Sir Edward Coke, un des plus célèbres avocats et juges d'Angleterre, dans l'affaire *Bonham*

Rep. 113b, 77 E.R. 646, at pp. 657-58. Section 7 of the *Charter*, almost four centuries later, incorporates that principle in stipulating the right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. A neutral magistrate is an independent and impartial magistrate (see *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685, *per* Le Dain J.). The essence of impartiality "lies in the requirement of [a] judge to approach [a] case to be adjudicated with an open mind" (see *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, 2003 SCC 45, at para. 58).

An independent judicial phase and an impartial judge are elements of the third and ultimate right — the right to a "hearing". The right to a hearing engages procedural guarantees appropriate to the context: see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. Substantially, it entails, at a minimum, a meaningful judicial assessment of the case on the basis of the evidence and the law. A judge considers the respective rights of the litigants or parties and makes findings of fact on the basis of evidence and applies the law to those findings. Both facts and law must be considered for a true adjudication. Since *Bonham's Case*, the essence of a judicial hearing has been the treatment of facts revealed by the evidence in consideration of the substantive rights of the parties as set down by law. It follows that the extradition judge must judicially consider the facts and the law and be satisfied that they justify committal before ordering extradition. The judge must act as a judge, not a rubber stamp.

I conclude that the principles of fundamental justice applicable to an extradition hearing require that the person sought for extradition must receive a meaningful judicial determination of whether the case for extradition prescribed by s. 29(1) of the *Extradition Act* has been established — that is, whether there is sufficient evidence to permit a properly instructed jury to convict. This requires an independent judicial phase, an independent and impartial judge and a judicial decision based on an assessment of the evidence and the law.

(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646, p. 657-658. Près de quatre siècles plus tard, l'art. 7 de la *Charte* incorpore ce principe en précisant qu'il ne peut être porté atteinte au droit à la liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Un juge neutre est un juge indépendant et impartial (voir *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 685, le juge Le Dain). L'essence de l'impartialité « est l'obligation qu'a le juge d'aborder avec un esprit ouvert l'affaire qu'il doit trancher » (voir *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 45, par. 58).

25 Une étape judiciaire indépendante et un juge impartial sont des éléments du troisième et ultime droit — le droit à une « audience ». Le droit à une audience entraîne l'application des garanties procédurales pertinentes quant au contexte : voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Essentiellement, ce droit impose aux tribunaux au moins l'obligation de procéder à une appréciation valable de l'affaire en fonction de la preuve et du droit. Le juge examine les droits respectifs des parties et, d'après la preuve, tire des conclusions de fait auxquelles il applique le droit. Il doit examiner autant les faits que le droit pour arriver à une conclusion valable. Depuis l'affaire *Bonham*, l'essence d'une audience judiciaire est de traiter les faits révélés par la preuve selon les droits substantiels que la loi confère aux parties. Le juge d'extradition doit donc examiner les faits et le droit et être convaincu qu'ils justifient l'incarcération avant d'ordonner l'extradition. Il doit agir en tant que juge et ne pas se contenter d'entériner d'office.

26 Je conclus que les principes de justice fondamentale applicables à une audience d'extradition exigent que l'intéressé fasse l'objet d'une décision judiciaire valable quant à la question de savoir si la preuve nécessaire à son extradition, prévue au par. 29(1) de la *Loi sur l'extradition*, a été établie — c'est-à-dire s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées, puisse conclure à la culpabilité. Pour cela, il faut une étape judiciaire indépendante, un juge indépendant et impartial et une décision judiciaire fondée sur une appréciation de la preuve et sur le droit.

### 2.4 *Do the Provisions of the Extradition Act Comply With the Principles of Fundamental Justice?*

27 The question is whether s. 32(1)(*a*) and (*b*) and s. 33 of the *Extradition Act*, which permit the extradition judge to act on the record of the case or evidence adduced pursuant to a treaty, violate the appellants' constitutional right to a fair judicial hearing when considered together with the judge's duty to determine the case for extradition under s. 29(1).

28 The Act provides that evidence is admissible if it is either properly certified pursuant to s. 33(3) in the case of proceedings on the record of the case or in accordance with the treaty in proceedings under the treaty method of submitting evidence. The evidence may be hearsay, and under the treaties at issue in the *Ortega* appeals, the evidence need not include certification that it is available for trial.

29 The Act recognizes the requirement that evidence put before the extradition judge must possess indicia of threshold reliability. The former Act required either that the evidentiary provisions of the relevant extradition treaty be followed or, in the absence of provisions in a treaty, that the requesting country attest to the reliability and availability of its evidence by affidavits based on first-hand knowledge. The current Act grounds threshold reliability in conformity to treaty, or alternatively, certification by the requesting state that the evidence either justifies prosecution in the requesting state or was gathered according to the law of that state: s. 33(3)(*a*).

30 "Certification" means the requesting state provides its good word that the evidence meets the requirements set out in s. 33(3). The Act requires that certifications under the record of the case method be made by "a judicial or prosecuting authority of the extradition partner" (s. 33(3)(*a*)).

### 2.4 *Les dispositions de la Loi sur l'extradition respectent-elles les principes de justice fondamentale?*

Il s'agit de déterminer si les al. 32(1)*a*) et *b*) et l'art. 33 de la *Loi sur l'extradition*, qui permettent au juge d'agir en fonction du dossier d'extradition ou des éléments de preuve présentés en conformité avec un traité, portent atteinte au droit constitutionnel des appelants à une audience judiciaire équitable, lorsqu'ils sont considérés conjointement avec l'obligation du juge de déterminer si la preuve est suffisante pour justifier l'extradition en vertu du par. 29(1).

La Loi prévoit que les éléments de preuve sont admissibles s'ils sont dûment certifiés conformément au par. 33(3), dans le cas d'une procédure fondée sur le dossier d'extradition, ou s'ils sont présentés en conformité avec un traité, dans le cas d'une procédure fondée sur un traité. Il peut s'agir de ouï-dire, et selon les traités en litige dans les pourvois *Ortega*, il n'est pas nécessaire de certifier que les éléments de preuve sont disponibles pour le procès.

La Loi reconnaît l'exigence selon laquelle la preuve présentée au juge d'extradition doit posséder des indices quant au seuil de fiabilité. Selon l'ancienne loi, les dispositions relatives à la preuve du traité d'extradition pertinent doivent être respectées ou, en l'absence de telles dispositions dans le traité, le pays requérant doit attester, par affidavits, la fiabilité et la disponibilité de sa preuve d'après la connaissance directe qu'il a des faits. Selon la loi actuelle, la preuve respecte le seuil de fiabilité si elle est conforme à un traité ou s'il y a la certification par l'État requérant que la preuve justifie la poursuite dans l'État requérant ou bien qu'elle a été recueillie conformément au droit de cet État : al. 33(3)*a*).

La « certification » signifie que l'État requérant donne sa parole que la preuve satisfait aux exigences du par. 33(3). La Loi exige que la certification selon la méthode du dossier d'extradition soit faite par « une autorité judiciaire ou un poursuivant du partenaire » (al. 33(3)*a*)). Selon la méthode

Under the treaty method of seeking extradition, admissibility of evidence is subject to extradition agreements, which also often provide indicia of reliability through some form of certification. The treaties here at issue do in fact provide for the admission of evidence pursuant to a certificate (see Appendix B).

The requesting state's certificate is intended to provide a threshold indicator of reliability by reference to the requesting state's standards. If the requesting state permits prosecution on evidence that would be considered unreliable in Canada, or if it does not but nevertheless permits gathering of unreliable evidence, the evidence is admissible in Canada on the extradition hearing. This deferral to the processes and rules of the requesting state is said to be justified by the principle of comity and the ability of Canada to determine who it will accept as extradition partners.

While certification may provide a general indication of reliability, given Canada's reliance on the good faith and diligence of its extradition partners, it only indicates that the rules in the requesting state have been complied with, and does not preclude the possibility of error or falsification. Moreover, in the case of extradition under the treaties at issue in the *Ortega* appeals, there is no requirement even to certify the availability of the evidence for trial.

The absence of particular indicia of reliability or availability of evidence in itself does not violate the principles of fundamental justice applicable to extradition hearings. No particular form or quality of evidence is required for extradition, which has historically proceeded flexibly and in a spirit of respect and comity for extradition partners. It is thus difficult to contend that the provisions of the Act for the admissibility of evidence, in and of themselves, violate the fundamental norms of justice applicable to extradition.

What fundamental justice does require is that the person sought for extradition be accorded an independent and impartial judicial determination on the facts and evidence on the ultimate question of

du traité, l'admissibilité de la preuve est assujettie aux accords d'extradition, dans lesquels les indices de fiabilité prennent également souvent la forme d'une certification. Les traités contestés en l'espèce permettent effectivement l'admission d'éléments de preuve sur le fondement d'un certificat (voir annexe B).

31 Le certificat de l'État requérant est censé servir d'indicateur du seuil de fiabilité en fonction des normes de cet État. Si l'État requérant permet qu'une poursuite soit intentée sur le fondement d'une preuve qui serait jugée non fiable au Canada, ou s'il ne le permet pas, mais permet néanmoins de recueillir des éléments de preuve non fiables, ceux-ci sont admissibles au Canada lors de l'audience d'extradition. Ce respect à l'égard des règles et procédures de l'État requérant est, dit-on, justifié par le principe de courtoisie et par la capacité du Canada de choisir ses partenaires en matière d'extradition.

32 Il est vrai que la certification peut donner une indication générale de la fiabilité, étant donné que le Canada se fie à la bonne foi et à la diligence de ses partenaires, mais elle ne fait qu'attester le respect des règles de l'État requérant et n'écarte pas la possibilité d'une erreur ou d'une falsification. En outre, dans le cas d'une extradition fondée sur les traités en litige dans les pourvois *Ortega*, il n'est même pas nécessaire de certifier la disponibilité de la preuve pour le procès.

33 L'absence d'indices particuliers de fiabilité ou de disponibilité de la preuve ne viole pas les principes de justice fondamentale applicables aux audiences d'extradition. Aucune forme ou qualité particulière de preuve n'est exigée pour l'extradition, qui, de tout temps, se caractérise par sa souplesse et se déroule dans un esprit de respect et de courtoisie envers les partenaires. Il est donc difficile de prétendre que les dispositions de la Loi relatives à l'admissibilité de la preuve, en soi, violent les normes fondamentales de justice applicables à l'extradition.

34 En fait, la justice fondamentale exige que l'intéressé bénéficie d'une décision judiciaire indépendante et impartiale, fondée sur les faits et la preuve, quant à l'ultime question de savoir si la preuve est

whether there is sufficient evidence to establish the case for extradition. This basic requirement must always be respected; a person cannot be extradited upon demand, suspicion or surmise: *Glucksman*. If the combined provisions of the Act reduce the judicial function to "rubber stamping" the submission of the foreign state and forwarding it to the Minister for committal, then s. 7 is violated.

35 The *Extradition Act* states:

> **29.** (1) A judge shall order the committal of the person into custody to await surrender if
>
> (*a*) in the case of a person sought for prosecution, there is evidence admissible under this Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed and the judge is satisfied that the person is the person sought by the extradition partner;

36 As noted above, this requires the judge to determine two matters: (1) what evidence is admissible under the Act; (2) whether the admissible evidence is sufficient to justify committal.

37 The inquiry into admissibility of the evidence depends on the nature of the evidence. In the *Ferras* appeals, the question is whether the "record of the case" meets the certification requirements of s. 33. If so, it is admissible. In the *Ortega* appeals, the inquiry is whether the evidence meets the requirements of the treaties. Again, if so, it is admissible. The Act is silent on whether the judge has a residual discretion to exclude evidence that is unreliable or dangerous.

38 The inquiry into sufficiency of the evidence to commit for extradition involves an evaluation of whether the conduct described by the admissible evidence would justify committal for trial in Canada: s. 29(1). Evidence that would justify committal in Canada requires at least some evidence on every element of the parallel Canadian crime — the double criminality requirement. The judge's inquiry is focused on "conduct" — whether the acts

suffisante pour justifier l'extradition. Cette exigence de base doit toujours être respectée; nul ne peut être extradé sur le fondement d'un soupçon, demande ou hypothèse : *Glucksman*. Si, selon les dispositions de la Loi considérées conjointement, la fonction judiciaire se limite à « entériner d'office » la demande de l'État étranger et à la transmettre au ministre pour qu'il ordonne l'incarcération, il y a violation de l'art. 7.

La *Loi sur l'extradition* prévoit :

> **29.** (1) Le juge ordonne dans les cas suivants l'incarcération de l'intéressé jusqu'à sa remise :
>
> *a*) si la personne est recherchée pour subir son procès, la preuve — admissible en vertu de la présente loi — des actes justifierait, s'ils avaient été commis au Canada, son renvoi à procès au Canada relativement à l'infraction mentionnée dans l'arrêté introductif d'instance et le juge est convaincu que la personne qui comparaît est celle qui est recherchée par le partenaire;

Comme nous l'avons mentionné, cette disposition oblige le juge à trancher deux questions : (1) Quelle est la preuve admissible en vertu de la Loi? (2) La preuve admissible suffit-elle à justifier l'incarcération?

L'examen de l'admissibilité de la preuve dépend de la nature de celle-ci. Dans les pourvois *Ferras*, la question est de savoir si le « dossier d'extradition » respecte les exigences de certification prévues à l'art. 33. Dans l'affirmative, il est admissible. Dans les pourvois *Ortega*, il s'agit de déterminer si la preuve respecte les exigences des traités. Là encore, si c'est le cas, elle est admissible. La Loi ne précise pas si le juge dispose du pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter tout élément de preuve non fiable ou dangereux.

L'examen du caractère suffisant de la preuve pour justifier l'incarcération en vue de l'extradition suppose une appréciation de la question de savoir si les actes décrits dans la preuve admissible justifieraient un renvoi à procès au Canada : par. 29(1). Pour qu'un renvoi à procès soit justifié au Canada, il faut au moins quelque élément de preuve pour chaque élément du crime canadien équivalent — l'exigence de double incrimination. L'examen du

disclosed in the admissible evidence are criminal in Canada (see *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475, at p. 526).

On current jurisprudence, both inquiries appear to leave little or no room for the judge to evaluate the evidence from the foreign state and decline to extradite if the judge finds it unreliable or otherwise inadequate. This was the view taken by the majority of this Court in *Shephard*. At issue was whether an extradition judge could refuse to order committal for extradition where there was some evidence on every element of the offence, but the judge was nevertheless of the view that the evidence was so weak that reasonable grounds for extradition had not been made out and that it would be dangerous to commit for extradition. Ritchie J., for a five to four majority, stated that whether evidence is "manifestly unreliable" is not the test for removing evidence from a jury (p. 1087). Rejecting the test of the extradition judge and the dissenting minority, the majority in *Shephard* held that an extradition judge has no discretion to reject evidence on the ground that it is so dubious as to be dangerous and must commit if there is any evidence on all the necessary elements of the offence. *Shephard* was decided before the *Charter*. It has never been overruled or altered, except to permit a judge to engage in limited weighing of circumstantial evidence to ensure that inferences from the evidence are reasonably supportable to establish some evidence on all the required elements of the offence (see *R. v. Arcuri*, [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54).

On this view of the law, the combined effect of the relevant provisions (ss. 29, 32 and 33 of the Act) may be to deprive the person sought of the independent hearing and evaluation required by the principles of fundamental justice applicable to extradition. If the extradition judge possesses neither the ability to declare unreliable evidence

juge est axé sur les « actes » — les actes révélés par la preuve admissible sont-ils criminels au Canada (voir *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475, p. 526)?

39 Selon la jurisprudence actuelle, il semble que, dans le cadre de ces deux examens, le juge ne peut guère, voire pas du tout, évaluer la preuve soumise par l'État étranger et refuser l'extradition s'il estime qu'elle n'est pas fiable ou qu'elle est autrement insuffisante. C'est l'opinion adoptée par la Cour à la majorité dans *Shephard*. Le litige portait sur la question de savoir si le juge d'extradition pouvait refuser d'ordonner une incarcération en vue de l'extradition lorsqu'il existait des éléments de preuve pour chaque élément de l'infraction, mais que le juge estimait néanmoins que la preuve était si faible que l'existence de motifs raisonnables justifiant l'extradition n'a pas été établie et qu'il serait dangereux de prononcer cette ordonnance. Le juge Ritchie, au nom d'une majorité de cinq juges contre quatre, a affirmé que la question de savoir si la preuve est « manifestement peu digne de foi » n'est pas le critère applicable pour soustraire des éléments de preuve à l'appréciation du jury (p. 1087). Rejetant le critère appliqué par le juge d'extradition et la minorité dissidente, la majorité dans *Shephard* a conclu que le juge d'extradition n'a pas le pouvoir discrétionnaire de rejeter des éléments de preuve au motif qu'ils sont si douteux qu'ils en sont dangereux, et qu'il doit ordonner l'incarcération si tous les éléments nécessaires de l'infraction sont étayés par la preuve. L'arrêt *Shephard* a été rendu avant l'adoption de la *Charte*. Il n'a jamais été infirmé ou modifié, sauf pour permettre au juge de procéder à une évaluation limitée de la preuve circonstancielle afin de s'assurer que les inférences tirées de cette preuve peuvent raisonnablement étayer l'existence d'une preuve à l'égard de tous les éléments nécessaires de l'infraction (voir *R. c. Arcuri*, [2001] 2 R.C.S. 828, 2001 CSC 54).

40 Selon cette interprétation du droit, l'effet combiné des dispositions pertinentes (art. 29, 32 et 33 de la Loi) pourrait avoir pour conséquence de priver l'intéressé de l'audience et de l'évaluation indépendantes requises par les principes de justice fondamentale applicables à l'extradition. Si le juge d'extradition n'a ni la possibilité de déclarer

inadmissible nor to weigh and consider the sufficiency of the evidence, committal for extradition could occur in circumstances where committal for trial in Canada would not be justified. I take as axiomatic that a person could not be committed for trial for an offence in Canada if the evidence is so manifestly unreliable that it would be unsafe to rest a verdict upon it. It follows that if a judge on an extradition hearing concludes that the evidence is manifestly unreliable, the judge should not order extradition under s. 29(1). Yet, under the current state of the law in *Shephard*, it appears that the judge is denied this possibility. Similarly, I take it as axiomatic that a person could not be committed to trial for an offence in Canada if the evidence put against the person is not available for trial. As Donald J.A., dissenting in *Ortega* stated, at para. 51:

> If evidence is not available for trial it should not be used as a basis for committal. The concern goes well beyond modalities and rules of evidence, it goes to the heart of the question for the judge: whether there is enough evidence to put the requested person on trial.

Yet on the majority view in *Shephard*, committal may be ordered in the absence of certification that the evidence is available for trial. This raises particular concerns in an extradition context because the committal becomes the final judicial determination that sends the subject out of the country.

41 This raises the possibility that, notwithstanding the efforts of Parliament and the Executive to provide guarantees of reliability in the *Extradition Act* and the treaties Canada enters into with other states, cases may arise where a judge would have no choice but to commit a person for extradition notwithstanding the judge's conclusion that it is dangerous or unreasonable to commit on the evidence adduced. Indeed, *Shephard* was just such a case. The combination of the ruling in *Shephard* that the judge possesses no residual discretion to decline to commit on dubious, yet admissible, evidence and the evidentiary provisions of the 1999 *Extradition Act*, which effectively removed much

inadmissible la preuve non fiable ni celle de soupeser ou d'examiner le caractère suffisant de la preuve, l'incarcération en vue de l'extradition est possible dans les cas où le renvoi à procès au Canada ne serait pas justifié. Il est évident qu'au Canada nul ne peut être renvoyé à procès pour une infraction si la preuve est si manifestement peu digne de foi qu'il serait imprudent d'y fonder un verdict. Par conséquent, si le juge qui préside l'audience d'extradition conclut que la preuve est manifestement peu digne de foi, en vertu du par. 29(1), il ne devrait pas ordonner l'extradition. Pourtant, selon l'état actuel du droit énoncé dans *Shephard*, il semble qu'il n'ait pas cette possibilité. De même, il est évident qu'au Canada nul ne peut être renvoyé à procès pour une infraction si la preuve produite contre elle n'est pas disponible pour le procès. Comme l'a énoncé le juge Donald au par. 51 de sa dissidence dans *Ortega* :

> [TRADUCTION] Si l'élément de preuve n'est pas disponible pour le procès, il ne devrait pas servir à justifier l'incarcération. Le problème dépasse de loin les modalités et les règles de preuve; il va au cœur de la question dont le juge est saisi : la preuve est-elle suffisante pour renvoyer à procès la personne visée par la demande.

Pourtant, selon l'opinion majoritaire dans *Shephard*, l'incarcération peut être ordonnée en l'absence de certification que la preuve est disponible pour le procès. Cela est particulièrement préoccupant dans le contexte de l'extradition, car l'ordonnance d'incarcération devient la décision judiciaire finale qui renvoie l'intéressé du pays.

Il se pourrait donc que, dans certains cas, malgré les efforts déployés par le Parlement et le pouvoir exécutif pour que la *Loi sur l'extradition* et les traités entre le Canada et d'autres États offrent des garanties de fiabilité, le juge n'ait d'autre choix que d'ordonner l'incarcération en vue de l'extradition même s'il conclut que cette décision est dangereuse ou déraisonnable d'après les éléments de preuve présentés. En fait, *Shephard* faisait justement partie de ces cas. L'application combinée de l'arrêt *Shephard*, selon lequel le juge n'a aucun pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'ordonner l'incarcération en raison du caractère douteux de la preuve, qui est néanmoins admissible,

of an extradition judge's former discretion to not admit evidence, have led commentators to state that extradition judges have nothing left to do: see A. W. La Forest, "The Balance Between Liberty and Comity in the Evidentiary Requirements Applicable to Extradition Proceedings" (2002), 28 *Queen's L.J.* 95, at p. 172; and G. Botting, *Extradition Between Canada and the United States* (2005), at p. 8. The judge becomes a rubber stamp. As we have seen, this violates the principles of fundamental justice applicable to extradition hearings and hence violates s. 7 of the *Charter*. For a person sought to receive a fair extradition hearing, the extradition judge must be able to evaluate the evidence, including its reliability, to determine whether the evidence establishes a sufficient case to commit.

et des dispositions en matière de preuve contenues dans la *Loi sur l'extradition* de 1999, qui a effectivement retiré au juge une part importante de son pouvoir discrétionnaire de ne pas admettre des éléments de preuve, a incité certains commentateurs à déclarer que les juges d'extradition n'ont plus rien à faire : voir A. W. La Forest, « The Balance Between Liberty and Comity in the Evidentiary Requirements Applicable to Extradition Proceedings » (2002), 28 *Queen's L.J.* 95, p. 172; et G. Botting, *Extradition Between Canada and the United States* (2005), p. 8. Le juge ne fait qu'entériner d'office la demande. Comme nous l'avons vu, cela viole les principes de justice fondamentale applicables aux audiences d'extradition et, par conséquent, l'art. 7 de la *Charte*. Pour que l'intéressé bénéficie d'une audience d'extradition équitable, le juge d'extradition doit être en mesure d'évaluer la preuve, y compris sa fiabilité, afin de déterminer si elle est suffisante pour justifier l'incarcération.

This Court has repeatedly confirmed that extradition hearings are subject to the *Charter* and that an extradition judge — unlike a preliminary inquiry judge — has jurisdiction to apply the *Charter* and to grant *Charter* remedies relevant to the committal stage of extradition (see *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19; *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18, and *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21). So, the next question is whether the provisions of the *Extradition Act* allow an interpretation that avoids an unconstitutional result, in so far as this is possible. If s. 29(1) can be interpreted in a way that allows the extradition judge to weigh the evidence and refuse to extradite if the case as a whole is insufficient, then that interpretation should be adopted. If it cannot, then the Act is inconsistent with the *Charter* and is void to the extent of that inconsistency under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

42 La Cour a confirmé à maintes reprises que les audiences d'extradition sont assujetties à la *Charte* et que le juge d'extradition — contrairement au juge présidant l'enquête préliminaire — a compétence pour appliquer la *Charte* et pour accorder les réparations appropriées fondées sur celle-ci à l'étape du processus d'extradition concernant la décision sur l'incarcération (voir *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18, et *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21). Il faut donc ensuite se demander si les dispositions de la *Loi sur l'extradition* peuvent être interprétées de façon à éviter des résultats inconstitutionnels dans la mesure du possible. Si l'on peut interpréter le par. 29(1) de telle sorte que le juge d'extradition est autorisé à évaluer la preuve et à refuser l'extradition si dans l'ensemble la preuve est insuffisante, c'est cette interprétation qu'il faudrait retenir. Dans le cas contraire, les dispositions de la Loi qui sont incompatibles avec la *Charte* sont inopérantes en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

As discussed above, admissible evidence alone cannot be sufficient to justify committal in the

43 Comme nous l'avons vu, une preuve admissible ne peut, à elle seule, justifier l'incarcération dans le

extradition context. Admissibility is only one part of determining whether evidence exists upon which a reasonable jury, properly instructed, could return a verdict of guilty. Justifying a committal depends on a combination of admissibility, double criminality, basic fairness and constitutional guarantees that, together, inform an extradition judge about whether to order committal. Most fundamentally, it depends on a judicial process conducted by a judge who has the discretion to refuse to commit the subject for extradition on insufficient evidence.

contexte de l'extradition. L'admissibilité ne constitue qu'un volet de la détermination de l'existence d'éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait rendre un verdict de culpabilité. La justification de l'incarcération dépend d'une combinaison de facteurs, à savoir l'admissibilité, la double incrimination, l'équité fondamentale et les garanties constitutionnelles, qui, ensemble, éclairent le juge d'extradition dans sa décision d'ordonner ou non l'incarcération. Elle dépend essentiellement du processus judiciaire dirigé par un juge qui dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser de faire incarcérer l'intéressé en vue de son extradition faute de preuve suffisante.

44 In my view, the provisions of the 1999 Act can be read to accommodate these requirements — requirements inherent in the right to a hearing by a neutral magistrate. Section 29(1) of the Act requires the extradition judge to determine whether evidence would "justify committal" for trial. This may be read as permitting the extradition judge to provide the factual assessment and judicial process necessary to conform to the *Charter*.

À mon avis, il est possible d'interpréter les dispositions de la loi de 1999 d'une manière qui permette de satisfaire à ces exigences — lesquelles sont inhérentes au droit à une audience devant un juge neutre. Selon le par. 29(1) de la Loi, le juge d'extradition doit déterminer si la preuve permet de « justifie[r] [. . .] [le] renvoi à procès ». On peut interpréter cette disposition de manière à permettre au juge d'extradition d'assurer l'examen des faits et le processus judiciaire nécessaires pour respecter les exigences de la *Charte*.

45 To "justify" something means to show the justice or rightness of that thing: *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995), at p. 737. In criminal or tort law, a "justification" describes "actions we consider rightful, not wrongful" because they were taken in circumstances that reveal their rightness, for example, "[t]he police officer who shoots the hostage-taker, the innocent object of an assault who use[d] force to defend himself against his assailant, the Good Samaritan who commandeers a car and breaks the speed laws to rush an accident victim to the hospital . . ." (*Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 246).

« Justifier » une chose signifie en prouver le bien-fondé : voir *Le Trésor de la langue française*, t. 10, 1983, « *justifier* ». En droit pénal ou en droit de la responsabilité délictuelle, une « justification » décrit les « actes [que nous considérons comme] bons et non comme mauvais », parce qu'ils sont interprétés dans un contexte qui en fait ressortir le bien-fondé, par exemple « [l]'agent de police qui abat celui qui retient des otages, la victime innocente d'une agression qui recourt à la force pour se défendre contre son agresseur, le bon samaritain qui réquisitionne une voiture et enfreint la limite de vitesse pour amener au plus tôt la victime d'un accident à l'hôpital . . . » (*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 246).

46 Section 29(1)'s direction to an extradition judge to determine whether there is admissible evidence that would "justify committal" requires a judge to assess whether admissible evidence

Au paragraphe 29(1), la directive imposant au juge d'extradition de déterminer s'il existe une preuve admissible qui « justifierait [. . .] le renvoi à procès » l'oblige à évaluer si la preuve admissible

*shows the justice or rightness* in committing a person for extradition. It is not enough for evidence to merely exist on each element of the crime. The evidence must be demonstrably able to be used by a reasonable, properly instructed jury to reach a verdict of guilty. If the evidence is incapable of demonstrating this sufficiency for committal, then it cannot "justify committal". The evidence need not convince an extradition judge that a person sought is guilty of the alleged crimes. That assessment remains for the trial court in the foreign state. However, it must establish a case that *could go to trial* in Canada. This may require the extradition judge to engage in limited weighing of the evidence to determine, not ultimate guilt, but sufficiency of evidence for committal to trial.

Section 29(1) of the *Extradition Act*, as discussed, requires the extradition judge to be satisfied that the evidence would justify committal for trial in Canada, had the offence occurred here. Canadian courts in recent decades have adopted the practice of leaving a case or defence to the jury where there is any evidence to support it, and have discouraged trial judges from weighing the evidence and refusing to put a matter to the jury on the basis that the evidence is not sufficiently reliable or persuasive: see *Arcuri*, at para. 30; and *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at pp. 454-55. This may explain the conclusion in *Shephard* that the extradition judge has no discretion to refuse to extradite if there is any evidence, however scant or suspect, supporting each of the elements of the offence alleged. This narrow approach to judicial discretion should not be applied in extradition matters, in my opinion. The decision to remove a trial judge's discretion reflects confidence that, given the strict rules of admissibility of evidence on criminal trials, a properly instructed jury is capable of performing the task of assessing the reliability of the evidence and weighing its sufficiency without the assistance of the judge. The accused is not denied the protection of the trier of fact reviewing and weighing the evidence. The effect of applying this test in extradition

*prouve le bien-fondé* de l'incarcération en vue de l'extradition. Il ne suffit pas qu'un élément de preuve existe simplement à l'égard de chaque élément du crime. La preuve doit pouvoir permettre à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de rendre un verdict de culpabilité. Si la preuve ne permet pas de démontrer le caractère suffisant pour justifier l'incarcération, elle ne saurait alors « justifier » cette dernière. Le juge d'extradition n'a pas besoin d'être convaincu par la preuve que l'intéressé est coupable des crimes allégués. Cette appréciation incombe au tribunal de première instance dans le pays étranger. Cependant, il doit être démontré que la cause *pourrait faire l'objet d'un procès* au Canada. Le juge d'extradition pourrait donc être tenu de procéder à une évaluation limitée des éléments de preuve pour statuer, non pas sur la culpabilité ultime, mais sur le caractère suffisant des éléments de preuve pour justifier le renvoi à procès.

47 Comme nous l'avons vu, le par. 29(1) de la *Loi sur l'extradition* exige que le juge d'extradition soit convaincu que les éléments de preuve justifieraient le renvoi à procès au Canada, si l'infraction y avait été commise. Les tribunaux canadiens ont adopté, au cours des dernières décennies, la pratique qui consiste à soumettre l'accusation ou le moyen de défense à l'appréciation du jury lorsqu'un élément de preuve permet de les étayer et ont dissuadé les juges de première instance d'évaluer la preuve et de soustraire une question à l'appréciation du jury du fait que la preuve n'est pas suffisamment fiable ou convaincante : voir *Arcuri*, par. 30, et *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, p. 454-455. Cela peut expliquer la conclusion dans *Shephard*, selon laquelle le juge d'extradition n'a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser l'extradition s'il existe une preuve, même faible ou douteuse, à l'appui de chacun des éléments de l'infraction alléguée. À mon avis, cette façon stricte d'aborder le pouvoir judiciaire discrétionnaire ne devrait pas s'appliquer en matière d'extradition. La décision de retirer à un juge de première instance son pouvoir discrétionnaire reflète la certitude que, étant donné les règles strictes d'admissibilité de la preuve dans les procès criminels, le jury qui a reçu des directives appropriées est capable de s'acquitter de la tâche qui lui incombe

proceedings, by contrast, is to deprive the subject of any review of the reliability or sufficiency of the evidence. Put another way, the limited judicial discretion to keep evidence from a Canadian jury does not have the same negative constitutional implications as the removal of an extradition judge's discretion to decline to commit for extradition. In the latter case, removal of the discretion may deprive the subject of his or her constitutional right to a meaningful judicial determination *before* the subject is sent out of the country and loses his or her liberty.

d'évaluer la fiabilité de la preuve et de soupeser son caractère suffisant sans l'aide du juge. L'accusé n'est pas privé de la protection que procurent l'examen et l'appréciation de la preuve par le juge des faits. Par contre, l'application de ce critère dans des instances d'extradition a pour effet de priver l'intéressé de tout examen de la fiabilité ou du caractère suffisant de la preuve. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire limité qu'ont les juges de soustraire à l'appréciation d'un jury canadien un élément de preuve n'a pas les mêmes conséquences négatives sur le plan constitutionnel que la décision de lui retirer le pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner l'incarcération en vue de l'extradition. Dans ce dernier cas, le retrait du pouvoir discrétionnaire peut priver l'intéressé de son droit constitutionnel à une décision judiciaire valable *avant* qu'il perde sa liberté et soit renvoyé du pays.

48 It is important as well to note the differences between extradition hearings and domestic preliminary inquiries. Both are pre-trial screening devices and both use the same test of sufficiency of evidence for committal: whether evidence exists upon which a reasonable jury, properly instructed, could return a verdict of guilty: *Shephard*. Previously, the *Extradition Act* cemented the analogy between the two proceedings by directing that an extradition judge "hear the case, in the same manner, as nearly as may be, as if the fugitive was brought before a justice of the peace, charged with an indictable offence committed in Canada": *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, s. 13. The new Act, however, does not maintain this close parallel in proceedings. Section 24(2) of the Act states: "For the purposes of the hearing, the judge has, subject to this Act, the powers of a justice under Part XVIII of the *Criminal Code*, with any modifications that the circumstances require." This grants the extradition judge the same powers as a preliminary inquiry judge, but requires the judge to exercise those powers in a manner appropriate to the extradition context. The judge no longer follows "as nearly as may be" the procedure of a preliminary inquiry. A second difference comes from the different rules for admitting evidence. Evidence is admitted on a preliminary inquiry according to domestic rules of evidence, with all the inherent guarantees of threshold

Il importe également de noter les différences entre les audiences d'extradition et les enquêtes préliminaires qui se déroulent au Canada. Dans les deux cas, il s'agit d'une étape préalable au procès servant de filtre et on utilise le même critère du caractère suffisant de la preuve pour le renvoi à procès : existe-t-il des éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait rendre un verdict de culpabilité : *Shephard*. Dans sa version antérieure, la *Loi sur l'extradition* cimentait l'analogie entre les deux procédures en précisant que l'audience devant le juge d'extradition devait « se déroule[r], dans la mesure du possible [. . .] comme [si le fugitif] comparaissait devant un juge de paix pour un acte criminel commis au Canada » : *Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, art. 13. Toutefois, la nouvelle Loi ne maintient pas ce parallèle étroit entre les procédures. Le paragraphe 24(2) de la Loi stipule : « [Le juge, pour procéder à l'audition de la demande est] investi, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, des mêmes pouvoirs qu'un juge de paix en application de la partie XVIII du *Code criminel*, compte tenu des adaptations nécessaires. » Cette disposition confère au juge d'extradition les mêmes pouvoirs que ceux dont est investi le juge présidant l'enquête préliminaire, mais elle exige qu'il les exerce d'une manière qui convienne

reliability that those rules entail. In contrast, evidence adduced on extradition may lack the threshold guarantees of reliability afforded by Canadian rules of evidence. A third difference comes from the ability of extradition judges to grant *Charter* remedies. These differences make it inappropriate to equate the task of the extradition judge with the task of a judge on a preliminary inquiry.

dans le contexte de l'extradition. Le juge ne se conforme plus « dans la mesure du possible » à la procédure d'une enquête préliminaire. La deuxième différence réside dans les règles d'admission de la preuve. À l'enquête préliminaire, l'admission de la preuve se fait selon les règles de preuve applicables au Canada, avec tout ce qu'elles comportent de garanties inhérentes quant au seuil de fiabilité. Par contre, la preuve présentée dans une instance d'extradition peut être dépourvue de ces garanties. La troisième différence tient au pouvoir des juges d'extradition d'accorder des réparations fondées sur la *Charte*. Étant donné ces différences, il n'est pas approprié d'assimiler la tâche du juge d'extradition à celle du juge présidant l'enquête préliminaire.

I conclude that to deny an extradition judge's discretion to refuse committal for reasons of insufficient evidence would violate a person's right to a judicial hearing by an independent and impartial magistrate — a right implicit in s. 7 of the *Charter* where liberty is at stake. It would deprive the judge of the power to conduct an independent and impartial judicial review of the facts in relation to the law, destroy the judicial nature of the hearing, and turn the extradition judge into an administrative arm of the executive. The process of assessing whether all the boxes are ticked and then ordering committal is not an adjudication, but merely a formal validation. In so far as the majority view in the pre-*Charter* case of *Shephard* suggests a contrary view, it should be modified to conform to the requirements of the *Charter*.

49 Je conclus que priver le juge d'extradition du pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner l'incarcération faute de preuve suffisante viole le droit de l'intéressé d'être jugé par un juge indépendant et impartial — droit implicitement prévu à l'art. 7 de la *Charte*, lorsqu'il est question de liberté. Cela priverait le juge du pouvoir de procéder à un examen indépendant et impartial des faits en fonction du droit, compromettrait la nature judiciaire de l'audience et ferait du juge d'extradition un représentant administratif du pouvoir exécutif. La procédure qui consiste à examiner si toutes les cases sont cochées pour ensuite ordonner l'incarcération constitue non pas une décision, mais une simple confirmation officielle. Dans la mesure où la décision de la majorité dans la cause *Shephard* antérieure à la *Charte* tend à indiquer une position contraire, elle devrait être modifiée de manière à respecter les exigences de la *Charte*.

I conclude that s. 32(1)(*a*) and (*b*) and s. 33 of the 1999 Act do not violate the right of a person sought under s. 7 of the *Charter*, because the requirements for committal of s. 29(1), properly construed, grant the extradition judge discretion to refuse to extradite on insufficient evidence such as where the reliability of the evidence certified is successfully impeached or where there is no evidence, by certification or otherwise, that the evidence is available for trial.

50 Je conclus que les al. 32(1)*a*) et *b*) et l'art. 33 de la loi de 1999 ne violent pas le droit garanti à l'intéressé par l'art. 7 de la *Charte*, parce que, selon l'interprétation qu'il convient de leur donner, les exigences relatives à l'incarcération prévues au par. 29(1) confèrent au juge d'extradition le pouvoir discrétionnaire de refuser d'ordonner l'extradition faute de preuve suffisante, par exemple lorsque la fiabilité de la preuve certifiée est contestée avec succès ou lorsque rien n'indique, par certification ou autrement, que la preuve est disponible pour le procès.

### 2.5 *Evaluating the Sufficiency of Evidence — Procedural Issues*

51 Having described the proper role of the extradition judge under s. 29(1) of the *Extradition Act*, I turn to the more concrete procedural question of how the judge should discharge this role where the case for extradition consists of a record or summary certified by the requesting state. Specifically, I use the examples from the cases at bar: how and when do concerns about reliability or availability of evidence render evidence insufficient for the purposes of committal?

52 Certification of evidence as set out in s. 33(3)(*a*) raises a presumption that the evidence in a record of the case is reliable. This follows from the principles of comity between Canada and the requesting state. Certification, as discussed above, is the indicium of reliability that Parliament has prescribed for evidence in these circumstances. Unless challenged, certification establishes reliability.

53 The person sought for extradition may challenge the sufficiency of the case including the reliability of certified evidence. Section 32(1)(*c*) of the Act permits the person sought to submit evidence "if the judge considers it reliable". This does not require an actual determination that the evidence presented by the person sought is in fact reliable. The issue is threshold reliability. In other words, the question is whether the evidence tendered possesses sufficient indicia of reliability to make it worth consideration by the judge at the hearing. Once it is admitted, its reliability for the purposes of extradition is determined in light of all the evidence presented at the hearing. When viewed in this way, s. 32(1)(*c*) in effect presents no greater evidentiary hurdle to the person sought than s. 32(1)(*a*) or (*b*) presents to the requesting state.

54 Challenging the justification for committal may involve adducing evidence or making arguments on whether the evidence could be believed by a reasonable jury. Where such evidence is adduced

### 2.5 *Évaluation du caractère suffisant de la preuve — Questions procédurales*

Après avoir décrit le rôle que doit jouer le juge d'extradition en vertu du par. 29(1) de la *Loi sur l'extradition*, j'aborde maintenant la question procédurale plus concrète de la façon dont il devrait s'acquitter de cette tâche lorsque la preuve produite au soutien de l'extradition consiste en un dossier ou résumé certifié par l'État requérant. Plus particulièrement, j'utilise les exemples des présentes affaires : comment et quand des préoccupations quant à la fiabilité ou la disponibilité des éléments de preuve ont-elles pour effet de les rendre insuffisants pour l'incarcération?

La certification de la preuve prévue à l'al. 33(3)*a*) crée une présomption de fiabilité à l'égard des éléments de preuve contenus dans le dossier d'extradition. Cette présomption découle des principes de courtoisie entre le Canada et l'État requérant. Comme nous l'avons déjà expliqué, la certification est l'indice de fiabilité de la preuve prescrit par le législateur dans ces circonstances. À moins d'être contestée, la certification établit un seuil de fiabilité.

Il est loisible à l'intéressé de contester le caractère suffisant de la preuve, y compris la fiabilité des éléments de preuve certifiés. L'alinéa 32(1)*c*) de la Loi l'autorise à présenter des éléments de preuve « que le juge estime dignes de foi ». Pour cela, il n'est pas nécessaire de conclure que la preuve présentée par l'intéressé est effectivement digne de foi. En l'espèce, le litige porte sur le seuil de fiabilité. Autrement dit, il s'agit de déterminer si l'élément de preuve produit présente suffisamment d'indices de fiabilité pour mériter d'être pris en considération par le juge à l'audience. Une fois admis, sa fiabilité pour l'extradition est déterminée d'après l'ensemble de la preuve présentée à l'audience. Considéré sous cet angle, l'al. 32(1)*c*) ne présente en fait pas plus de difficultés de preuve pour l'intéressé que n'en présentent les al. 32(1)*a*) ou *b*) pour l'État requérant.

La contestation de la justification d'une incarcération peut impliquer la production d'éléments de preuve ou la présentation d'arguments quant à la question de savoir si un jury raisonnable

or such arguments are raised, an extradition judge may engage in a limited weighing of evidence to determine whether there is a plausible case. The ultimate assessment of reliability is still left for the trial where guilt and innocence are at issue. However, the extradition judge looks at the whole of the evidence presented at the extradition hearing and determines whether it discloses a case on which a jury could convict. If the evidence is so defective or appears so unreliable that the judge concludes it would be dangerous or unsafe to convict, then the case should not go to a jury and is therefore not sufficient to meet the test for committal.

pourrait accepter les éléments de preuve. Lorsque de tels éléments de preuve sont produits ou que de tels arguments sont soulevés, le juge d'extradition peut procéder à une évaluation limitée de la preuve pour déterminer s'il existe des motifs plausibles. L'évaluation ultime de la fiabilité continuera à se faire au procès, là où il s'agit de trancher entre l'innocence et la culpabilité. Cependant, le juge d'extradition examine l'ensemble de la preuve présentée à l'audience d'extradition et détermine si elle établit l'existence d'une preuve permettant au jury de conclure à la culpabilité. Si la preuve est à ce point viciée ou semble si peu digne de foi qu'il conclut qu'il serait dangereux ou imprudent de déclarer l'accusé coupable, elle ne devrait pas être soumise à l'appréciation du jury et ne présente donc pas le caractère suffisant nécessaire pour satisfaire au critère applicable en matière d'incarcération.

The absence of certification that evidence is available for trial, raised in the *Ortega* appeals, presents a different issue. Here the complaint is not that certification may in some cases be an insufficient indication of reliability to permit extradition, but that there is no evidence at all. A showing that the evidence actually exists and is available for trial is fundamental to extradition. The whole purpose of the extradition is to send the person sought to the requesting country for trial. To send the person there to languish in prison without trial is antithetical to the principles upon which extradition and the comity that supports it are based. It follows that the extradition judge cannot properly commit a person for extradition under s. 29(1) unless a *prima facie* case has been made out that evidence exists upon which the person may be tried. Some treaties may not require that availability of evidence be certified. But that does not change the requirements of s. 29(1) of the Act that the extradition judge be satisfied that committal for extradition is justified. 55

L'absence d'une certification que la preuve est disponible pour le procès, soulevée dans les pourvois *Ortega*, pose un problème différent. En l'espèce, on ne se plaint pas de ce que la certification puisse parfois constituer un indice de fiabilité insuffisant pour autoriser l'extradition, mais de ce qu'il n'existe absolument aucune preuve. Il est fondamental pour l'extradition de démontrer que la preuve existe véritablement et qu'elle est disponible pour le procès. L'objectif même de l'extradition est de renvoyer l'intéressé dans le pays requérant pour qu'il y subisse son procès. Le renvoyer dans ce pays pour qu'il languisse en prison sans procès est l'antithèse des principes sur lesquels reposent l'extradition et la courtoisie qui y est sous-jacente. Par conséquent, le juge d'extradition ne peut à bon droit faire incarcérer une personne en vue de son extradition en vertu du par. 29(1) à moins qu'une preuve suffisante à première vue n'ait établi l'existence d'éléments de preuve sur la foi desquels elle peut subir son procès. Il se peut que certains traités n'exigent pas que la disponibilité de la preuve soit certifiée. Mais cela ne modifie pas les exigences du par. 29(1) de la Loi selon lesquelles le juge d'extradition doit être convaincu du bien-fondé de l'incarcération en vue de l'extradition.

The Crown in the *Ortega* appeals contends that availability of evidence should be presumed to 56

Dans les pourvois *Ortega*, le ministère public prétend qu'il faudrait présumer de la disponibilité

reflect comity and the fact that Canada, through negotiating a treaty, has already considered whether a treaty partner is likely to give a person sought a fair trial. However, the concern of the extradition judge is to provide a fair extradition hearing in Canada: *Cobb* and *Kwok*. If availability of evidence for trial is a crucial factor in determining whether the test for committal is established (and indeed, on my interpretation of s. 29(1), it is), neither the executive's appraisal of a country's trial practices nor a presumption of the requesting state's good faith are sufficient to meet the sought person's right to an assessment by a neutral magistrate prior to extradition.

57 The record of the case provisions, as well as modern treaties such as the *Second Protocol amending the Treaty on Extradition between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, Can. T.S. 2003 No. 11, signed on January 12, 2001, recognize the basic requirement of "available" evidence. They do so by requiring the requesting state to certify the availability of evidence. Even where a treaty does not expressly require the availability of evidence to be certified, it remains a fundamental element to be established to meet the test for committal. Where the requesting state does not certify or otherwise make out a *prima facie* case that the evidence exists and is available for trial, the case for committal is incomplete and should be dismissed.

58 This is not an onerous burden. Indeed, where actual first-hand evidence (e.g., documentary evidence or first-hand affidavits) is put before an extradition judge, the evidence's existence is self-evident and its availability for trial will be presumed. Similarly, where evidence is certified as available by a requesting state, that certification results in a presumption of availability for trial. However, cases might arise where a person sought could cogently challenge the presumption of availability of evidence for trial. For example, where a person sought can show that a requesting state relies on evidence of a witness who, prior to the extradition

de la preuve en signe de courtoisie et présumer que, lors de la négociation du traité, le Canada a déjà déterminé si le partenaire est susceptible d'assurer un procès équitable à l'intéressé. Cependant, la préoccupation du juge d'extradition est d'assurer une audience d'extradition équitable au Canada : *Cobb* et *Kwok*. Si la disponibilité de la preuve pour le procès est un facteur crucial dont il faut prendre en compte pour déterminer si le critère applicable en matière de renvoi à procès est rempli (et, selon mon interprétation du par. 29(1), il l'est effectivement), ni l'évaluation des pratiques judiciaires d'un pays par le pouvoir exécutif, ni la présomption que l'État requérant est de bonne foi ne suffisent pour respecter le droit de l'intéressé à une évaluation par un juge neutre avant l'extradition.

Les dispositions relatives au dossier d'extradition ainsi que les traités modernes tel le *Deuxième protocole modifiant le Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 2003 nº 11, signé le 12 janvier 2001, reconnaissent l'exigence fondamentale de la preuve « disponible ». En effet, ils exigent que l'État requérant certifie la disponibilité de la preuve. Même si un traité ne l'exige pas expressément, il reste qu'il s'agit d'un élément fondamental à établir pour remplir le critère applicable en matière d'incarcération. Lorsque l'État requérant ne certifie pas ou n'établit pas autrement qu'une preuve suffisante à première vue existe et qu'elle est disponible pour le procès, la preuve au soutien de l'extradition est incomplète et devrait être refusée.

Il ne s'agit pas d'un lourd fardeau. En effet, lorsqu'une preuve originale (p. ex. une preuve documentaire ou des affidavits) est présentée au juge d'extradition, son existence va de soi et sa disponibilité pour le procès sera présumée. De même, lorsque l'État requérant certifie que la preuve est disponible, cette certification donne lieu à la présomption que la preuve est disponible pour le procès. Toutefois, il arrive que l'intéressé conteste à bon droit la présomption de disponibilité de la preuve pour le procès. Par exemple, lorsque l'intéressé peut démontrer que l'État requérant se fonde sur le témoignage d'une personne qui, avant

hearing, retracted his or her statement, the availability of that evidence for trial may be brought into doubt. Another example is where a state makes only a bare assertion that evidence exists without providing any description whatsoever of its content or form. In such a case, the availability of the evidence may be in doubt. Furthermore, an extradition judge does not make a prediction about the future state of the evidence. He or she makes a common sense determination about whether the evidence exists and is available for trial — *at the time of the extradition hearing* — based on the evidence itself, any circumstantial guarantees of availability (such as certification) and any evidence tendered to dispute the presumption of availability for trial.

A further procedural question is whether a person challenging the actual reliability or availability of evidence adduced at a committal hearing must seek a remedy under s. 24 of the *Charter*. In my view, this is not necessary. Section 29(1) of the Act, properly construed, conforms to both *Charter* values and the comity, reciprocity and respect for differences that underlie extradition. Therefore, no constitutional conflicts arise from the exercise of an extradition judge's discretion to order committal. Simply put, the extradition judge has the discretion to give no weight to unavailable or unreliable evidence when determining whether committal is justified under s. 29(1). Thus, the person sought does not need to seek a constitutional remedy.

Nevertheless, s. 24(2) of the *Charter* remains an avenue through which evidence may be excluded from consideration at an extradition hearing for reasons of fairness other than the availability and reliability concerns addressed in these cases. For example, in *Cobb*, where an American prosecutor had made public comments subjecting the persons sought to threats and intimidation, the persons sought could not have a fair extradition hearing in light of the possibility that they were intimidated

l'audience d'extradition, a rétracté sa déclaration, il peut susciter un doute quant à la disponibilité de cet élément de preuve pour le procès. Un autre exemple serait celui où un État se contente d'affirmer que la preuve existe sans en décrire du tout le contenu ou la forme. Dans un tel cas, la disponibilité de la preuve peut être douteuse. En outre, le juge d'extradition ne fait pas de prédiction quant à l'état futur de la preuve. Il détermine selon le bon sens si la preuve existe et est disponible pour le procès — *au moment de l'audience d'extradition* — en se fondant sur la preuve elle-même, sur toutes les garanties circonstancielles de disponibilité (telle une certification) et sur tous les éléments de preuve produits pour contester la présomption de disponibilité pour le procès.

59 Un autre aspect procédural consiste à déterminer si la personne qui conteste la fiabilité ou la disponibilité véritables d'un élément de preuve produit à l'audience relative à l'incarcération doit solliciter une réparation fondée sur l'art. 24 de la *Charte*. À mon avis, cela n'est pas nécessaire. Le paragraphe 29(1) de la Loi, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, respecte les valeurs exprimées dans la *Charte* et les principes de courtoisie, de réciprocité et de respect des différences sur lesquels repose l'extradition. Par conséquent, l'exercice par le juge d'extradition de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'incarcération ne donne lieu à aucun conflit constitutionnel. Autrement dit, le juge d'extradition a le pouvoir discrétionnaire de ne pas tenir compte des éléments de preuve non disponibles ou non fiables lorsqu'il détermine si l'incarcération est justifiée au sens du par. 29(1). L'intéressé n'a donc pas besoin de demander une réparation constitutionnelle.

60 Néanmoins, le par. 24(2) de la *Charte* demeure un moyen permettant d'exclure un élément de preuve lors d'une audience d'extradition pour des raisons d'équité autres que celles de la disponibilité et de la fiabilité dont il est question dans les présents pourvois. Par exemple, dans l'affaire *Cobb*, où un procureur américain avait fait des commentaires publics qui constituaient des menaces et de l'intimidation à l'endroit des intéressés, ceux-ci ne pouvaient bénéficier d'une

and encouraged by the U.S. prosecutor's actions to not pursue their legal rights as vigorously as they were entitled to. An extradition judge may also exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter* if, for example, it was gathered by the foreign authorities in such an abusive manner that its admission to the committal hearing would be unfair under s. 7 of the *Charter* (see discussion in *Shulman*, at para. 56).

audience d'extradition équitable compte tenu de la possibilité que les actes du procureur américain les aient intimidés et encouragés à ne pas défendre leurs droits aussi vigoureusement qu'ils en avaient le droit. Le juge d'extradition peut également exclure des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* si, par exemple, ils ont été recueillis de manière si abusive par des autorités étrangères que leur admission lors de l'audience relative à l'incarcération serait inéquitable selon l'art. 7 de la *Charte* (voir l'analyse dans *Shulman*, par. 56).

3. Application to the Cases at Bar

3. Application aux présents pourvois

3.1 *Ferras v. United States of America*

3.1 *Ferras c. États-Unis d'Amérique*

61 The United States seeks the appellant Ferras for extradition on charges of conspiracy to commit securities fraud, securities fraud, and money laundering. The extradition judge received evidence in three parts: a record of the case and two supplemental records (collectively the "records"). Each of these documents bore a certification, sworn before a notary public by Assistant United States Attorney Tanya Y. Hill, that "the evidence summarized [or contained] in the attached Record of the Case is available for trial and is sufficient under the law of the United States to justify prosecution" (A.R., at pp. 601, 620 and 630).

Les États-Unis demandent l'extradition de l'appelant Ferras pour qu'il réponde à des accusations de complot de fraude en matière de valeurs mobilières, fraude en matière de valeurs mobilières et de blanchiment d'argent. Le juge d'extradition a reçu les éléments de preuve en trois volets : le dossier d'extradition et deux dossiers supplémentaires (collectivement appelés les « dossiers »). Chacun de ces documents portait la certification, faite sous serment devant notaire par la substitut du procureur général des États-Unis Tanya Y. Hill, que [TRADUCTION] « les éléments de preuve résumés dans le dossier ci-joint ou contenus dans celui-ci sont disponibles pour le procès et sont suffisants pour justifier la poursuite en vertu du droit des États-Unis » (D.A., p. 601, 620 et 630).

62 The record of the case and the first supplement were prepared by IRS Special Agent Joseph Jordan. The second supplement was prepared by FBI Special Agent Vincent Girardi. The records were written in affidavit format — in the first person and based on the knowledge of these investigating officers. They were signed by the officers, but not sworn. The records describe the evidence expected to be led at the trial of Mr. Ferras, including that of various witnesses who were either interviewed personally by these officers or whose interview summaries were reviewed by the officers before preparing the records. The records also describe documentary evidence reviewed by the officers and available to the prosecution.

Le dossier d'extradition et le premier supplément ont été préparés par Joseph Jordan, agent spécial de l'IRS, et le deuxième supplément, par Vincent Girardi, agent spécial du FBI. Les dossiers ont été rédigés sous forme d'affidavits — à la première personne et d'après ce que savaient ces enquêteurs. Ils sont signés par les agents, mais n'ont pas été faits sous serment. Ils décrivent la preuve qu'il est prévu de produire au procès de M. Ferras, notamment les témoignages de diverses personnes que ces agents ont personnellement interviewées ou dont ils ont examiné les résumés d'interview avant de préparer les dossiers. Ceux-ci décrivent également la preuve documentaire qu'ils ont examinée et qui est disponible pour la poursuite.

According to the records, Mr. Ferras' former co-workers and customers from the brokerage firm HGI will testify that Mr. Ferras engaged in fraudulent "boiler room" sales practices in order to sell HGI house stocks to customers, that he trained other brokers to use these fraudulent tactics (which were company policy), and that he reaped financial benefits of over $800,000 from these fraudulent sales through commissions and profit from his 2 percent ownership of HGI. Documentary evidence including trading reports, payroll documents and banking records will, according to the records, corroborate the testimony of the witnesses.

Selon les dossiers, les anciens collègues et clients de M. Ferras de la maison de courtage HGI témoigneront que ce dernier se livrait à des pratiques frauduleuses de vente « sous pression » pour vendre aux clients les actions que cherchait à promouvoir HGI, qu'il a formé d'autres courtiers pour qu'ils utilisent ces tactiques frauduleuses, ce qui était la politique de la société, et qu'il a tiré un avantage financier de plus de 800 000 $ de ces ventes frauduleuses, sous forme de commissions et de profit découlant de sa participation de 2 pour 100 dans HGI. D'après les dossiers, la preuve documentaire, dont des rapports de transactions, des documents de paie et des relevés bancaires, corroborera la déposition de ces témoins. 63

In the extradition hearing, Mr. Ferras conceded that, if admissible, sufficient evidence existed to commit him for extradition. I understand this concession to mean that there are no issues of double criminality or identity of the person sought. However, as described above, Mr. Ferras challenged the admissibility of the records on reliability grounds. Since his concession on sufficiency of the case was likely predicated on the erroneous assumption that his concerns were ones of threshold reliability for the admission of evidence, it would seem unfair to hold Mr. Ferras to that concession.

À l'audience d'extradition, M. Ferras a concédé que, s'ils étaient admissibles, les éléments de preuve étaient suffisants pour justifier son incarcération en vue de son extradition. Je comprends de cette concession qu'il n'y a pas de litige quant aux questions de double incrimination ou d'identité de l'intéressé. Par contre, comme nous l'avons déjà mentionné, M. Ferras a contesté l'admissibilité des dossiers pour des motifs de fiabilité. Comme sa concession concernant le caractère suffisant de la preuve découle vraisemblablement du fait qu'il a supposé à tort que la question portait sur le seuil de fiabilité auquel doit satisfaire la preuve pour être admise, il semblerait injuste de l'astreindre à cette concession. 64

Accordingly, we must ask whether the records disclose sufficient evidence upon which a reasonable jury, properly instructed, could convict. As discussed, to answer this question in the affirmative, the extradition judge must consider whether the evidence tendered possesses sufficient indicia of reliability to justify committal. To put it negatively, the judge should not commit if, viewing the evidence as a whole, it would be dangerous or unsafe to do so.

Il faut donc se demander si les dossiers contiennent suffisamment d'éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Comme nous l'avons vu, pour répondre à cette question par l'affirmative, le juge d'extradition doit considérer si les éléments de preuve produits renferment suffisamment d'indices de fiabilité pour justifier le renvoi à procès. À la forme négative, le juge ne devrait pas ordonner l'incarcération si, d'après l'ensemble de la preuve, il serait dangereux ou imprudent de le faire. 65

Certification by the United States, an extradition partner of Canada, makes the records presumptively reliable. The Court has been presented with

La certification par les États-Unis, un partenaire du Canada, crée une présomption de fiabilité des dossiers. Un partenaire a attesté à l'intention de 66

the good word of an extradition partner that the evidence meets the standards necessary for trial in the United States. Canada has already evaluated the likelihood that prosecution in the United States would proceed on reliable evidence. Unless rebutted, this presumption of reliability will stand and the case will be deemed sufficient to commit for extradition.

67 The appellant Ferras attempts to rebut the presumption of reliability by pointing out that the evidence given in the records is mostly hearsay and that some of the hearsay is about the expected testimony of co-conspirators, one of whom has been convicted of perjury.

68 Would this evidence justify committal to trial in Canada if the conduct described had occurred here? The records themselves provide only secondary evidence of the evidence available for trial. However, the issue is not whether the information in the record is actually true. The extradition judge does not determine the guilt or innocence of the person sought. The only issue is whether evidence exists upon which a reasonable jury, properly instructed, could convict.

69 The evidence adduced in *Ferras* supports the conclusion that the United States has sufficient evidence to justify committal. To begin with, the records are presumptively reliable due to the requesting state's certification in compliance with s. 33(3) of the Act. There is no evidence to suggest that the investigating officers were incompetent to prepare the records. On the contrary, they had the ability to observe, record and communicate the evidence that the United States has collected against Mr. Ferras. The records were submitted under the seal of the United States and signed by the investigating officers. The records assert that witnesses will testify under oath and that actual documents will be shown to the trier of fact. Although some of the witnesses are alleged co-conspirators, many are not. Some are Mr. Ferras' former clients; one is an attorney with the Securities and Exchange Commission; and one is an investigator from the

la Cour que la preuve satisfait aux critères requis pour justifier la tenue d'un procès aux États-Unis. Le Canada a déjà évalué la probabilité que la poursuite aux États-Unis procède sur la base d'éléments de preuve fiables. À moins d'être réfutée, cette présomption de fiabilité subsiste et la preuve sera jugée suffisante pour justifier l'incarcération en vue de l'extradition.

L'appelant Ferras tente de réfuter la présomption de fiabilité en soulignant que la preuve qui figure dans les dossiers consiste pour l'essentiel en ouï-dire et que ce dernier porte en partie sur le témoignage que devraient apporter des coauteurs du complot, dont l'un a été déclaré coupable de parjure.

Cette preuve justifierait-elle au Canada le renvoi à procès si les actes décrits y avaient été commis? Les dossiers eux-mêmes ne donnent que des éléments de preuve secondaires de la preuve disponible pour le procès. Il ne s'agit pas toutefois de savoir si l'information au dossier est bel et bien véridique. Le juge d'extradition ne statue pas sur la culpabilité ou l'innocence de l'intéressé. La seule question à trancher est celle de savoir s'il existe des éléments de preuve au vu desquels un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité.

La preuve produite dans *Ferras* appuie la conclusion que les États-Unis disposent de suffisamment de preuve pour justifier l'incarcération. Tout d'abord, en raison de la certification fournie par l'État requérant conformément au par. 33(3) de la Loi, il existe la présomption que les dossiers sont fiables. Rien dans la preuve n'indique que les enquêteurs n'étaient pas compétents pour préparer les dossiers. Au contraire, ils ont eu la possibilité d'examiner, de consigner et de communiquer les éléments de preuve que les États-Unis avaient recueillis contre M. Ferras. Les dossiers produits portent le sceau des États-Unis et ils ont été signés par les enquêteurs. Selon les dossiers, les témoins attesteront sous serment et les documents originaux seront portés à la connaissance du juge des faits. Même s'il est allégué que certains témoins sont des coauteurs du complot, beaucoup d'entre eux ne le sont pas. Certains sont des anciens clients de

National Association of Securities Dealers. There is nothing in evidence to impugn the reliability of these witnesses nor the documentary evidence described in the records.

M. Ferras. Il y avait aussi une avocate qui travaillait pour la Securities and Exchange Commission et un enquêteur, de la National Association of Securities Dealers. Rien dans la preuve ne permet de contester la fiabilité de ces témoins ou de la preuve documentaire décrite dans les dossiers.

Mr. Ferras had the opportunity to present evidence to the extradition judge. He chose not to do so. As it stands, the record does not disclose any reason to rebut the presumption of reliability of the evidence to meet the test of committal. Instead, the evidence seems to support the presumption that the evidence presented at trial will indeed exhibit the level of reliability expected of evidence put to a jury in Canada. This is not a case where, on the record, it would be unsafe to commit the person sought for extradition. 70

M. Ferras a eu l'occasion de présenter des éléments de preuve au juge d'extradition. Il a choisi de ne pas le faire. Dans l'état actuel des choses, le dossier ne donne aucune raison de réfuter la présomption de fiabilité de la preuve soumise pour satisfaire au critère applicable en matière d'incarcération. Au contraire, la preuve semble appuyer la présomption que la preuve produite au procès aura effectivement le degré de fiabilité qu'on attend d'une preuve soumise à l'appréciation du jury au Canada. Il ne s'agit pas d'un cas où, d'après le dossier, il serait imprudent de faire incarcérer l'intéressé.

Accordingly, I would dismiss this appeal. 71

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

### 3.2 *Latty and Wright v. United States of America*

### 3.2 *Latty et Wright c. États-Unis d'Amérique*

The United States seeks the appellants Latty and Wright for extradition on charges of conspiracy to traffic in cocaine and conspiracy to possess for the purposes of trafficking in cocaine. The records of the case were certified by Assistant United States Attorney Kevin P. Dooley that "the evidence summarized or contained in the attached documents is available for trial and is sufficient under the laws of the United States to justify prosecution" (A.R., at pp. 153 and 228). Unlike in *Ferras*, the certifications were not sworn statements, though they were signed by Mr. Dooley. 72

Les États-Unis demandent l'extradition des appelants Latty et Wright pour qu'ils répondent à des accusations de complot en vue de faire le trafic de la cocaïne et de complot pour possession de la cocaïne en vue d'en faire le trafic. Les dossiers d'extradition ont été certifiés par le substitut du procureur général des États-Unis Kevin P. Dooley, selon lequel, [TRADUCTION] « les éléments de preuve résumés dans le dossier ci-joint ou contenus dans celui-ci sont disponibles pour le procès et sont suffisants pour justifier la poursuite en vertu du droit des États-Unis » (D.A., p. 153 et 228). Contrairement à *Ferras*, les certifications, bien que signées par M. Dooley, ne sont pas des déclarations sous serment.

The records were prepared by Lawrence R. Marsili, an investigator with the New York State Police. As in *Ferras*, the records were in affidavit format and signed by the investigator, but not sworn. The records describe the evidence expected to be led at the trial of the appellants — both witness testimony and documents. 73

Les dossiers ont été préparés par Lawrence R. Marsili, un enquêteur de la police de l'État de New York. Comme dans *Ferras*, les dossiers se présentaient sous la forme d'affidavits et ils étaient signés par l'enquêteur, mais n'ont pas été faits sous serment. Les dossiers décrivent la preuve qu'il est prévu de produire au procès des appelants — tant les témoignages que les documents.

74 According to the records, Latty and Wright, who were known respectively by their aliases "Scabby" and "Frankie", coordinated a cocaine smuggling operation which involved transporting cocaine from the United States to England with the assistance of American Airlines' flight attendants who flew between New York and London. Witnesses include several co-conspirators including the flight attendants (Henry and Gary), and persons involved in the pick-up and delivery of cocaine. Witnesses also include police officers from the United States, Canada and England. Documentary evidence includes credit bureau papers and incorporation papers linking both appellants to a Toronto-based company called Universal Sports Wear, the telephone number for which members of the drug ring would call to reach "Scabby" and "Frankie" to make plans for moving cocaine. Other documentary evidence includes phone records, telephone subscriber information and vehicle registration information. The records contain detailed descriptions of police surveillance of the appellants' meeting with Henry at the Toronto airport and detailed records of phone conversations between Henry and the appellants. As well, the records describe the evidence of several witnesses identifying the appellants by both voice and photo as Scabby and Frankie, the coordinators of the smuggling operation.

Selon les dossiers, MM. Latty et Wright également connus sous les surnoms de « Scabby » et « Frankie », coordonnaient une opération de contrebande de cocaïne qui impliquait le transport de cocaïne des États-Unis vers l'Angleterre avec l'aide d'agents de bord d'American Airlines qui assuraient le trajet entre New York et Londres. Au nombre des témoins figurent plusieurs coauteurs du complot, dont les agents de bord (Henry et Gary) et des personnes impliquées dans la livraison et le ramassage de la cocaïne, ainsi que des policiers des États-Unis, du Canada et de l'Angleterre. La preuve documentaire comprend des documents du bureau de crédit et des documents d'incorporation qui lient les deux appelants à une société établie à Toronto, Universal Sports Wear, le numéro de téléphone que devaient composer les membres du réseau de trafiquants pour joindre « Scabby » et « Frankie » pour planifier le transport de la cocaïne. Il y avait aussi des relevés de téléphone, des renseignements sur les abonnés au téléphone et sur l'immatriculation de véhicules. Les dossiers contiennent des descriptions détaillées de la surveillance policière de la rencontre des appelants avec Henry à l'aéroport de Toronto ainsi que des rapports détaillés des conversations téléphoniques entre Henry et les appelants. Ils décrivent aussi la déposition de plusieurs témoins qui identifient les appelants comme « Scabby » et « Frankie », les coordonnateurs de l'opération de contrebande, tant par la voix que par des photos.

75 At the extradition hearing, the appellants conceded that the records of the case provided sufficient evidence to warrant their committal. They challenged the admissibility of the evidence on constitutional grounds. Their concerns about threshold reliability of the evidence for admission to the extradition hearing cannot succeed. The more pertinent question — whether the evidence possesses sufficient indicia of reliability to justify committal — must be answered positively.

À l'audience d'extradition, les appelants ont admis que les dossiers d'extradition comportaient suffisamment d'éléments de preuve pour justifier leur incarcération. Ils ont contesté l'admissibilité de la preuve en invoquant des motifs constitutionnels. Il n'est pas possible de faire droit à leurs arguments relatifs au seuil de fiabilité auquel doit satisfaire la preuve pour être admise à l'audience d'extradition. Il faut répondre par l'affirmative à la question plus pertinente de savoir si la preuve offre suffisamment d'indices de fiabilité pour justifier l'incarcération.

76 Again, the United States' certifications raise a presumption of reliability. The appellants raise concerns about the use of hearsay evidence and the

Encore une fois, les certifications des États-Unis créent une présomption de fiabilité. Les appelants soulèvent des questions relatives à

fact that the certifications of the records were not "sworn". However, these concerns do not suffice to rebut the presumption of reliability.

As in *Ferras*, the use of hearsay evidence does not detract from the reliability of the evidence to meet the test for committal. The extradition judge must be satisfied that there is evidence upon which a reasonable jury could convict. The records adequately demonstrate that the United States does indeed have sufficient evidence to put the case before a jury. The records were prepared by an investigator who had intimate knowledge — through his participation in the case — of the evidence available. The investigator signed the records, which were certified by the Assistant District Attorney and then authenticated by the Secretary of State. There is nothing in evidence to impugn the competence of the investigator who prepared the record, nor the reliability of the witnesses expected to testify at trial, nor the reliability of the documentary evidence described in the records.

Unlike the certifications of the records in *Ferras*, the certifications here were not sworn by the Assistant United States District Attorney, merely signed by him. However, the certifications do conform to the requirements of s. 33(3) of the Act. The American official cannot be faulted for not providing a sworn certification when the Act does not require one.

In the absence of any evidence submitted by the appellants Latty and Wright, the record of the case supports the presumption that the evidence presented at trial will exhibit the level of reliability expected of evidence put to a jury in Canada. Nothing in the record indicates that it would be unsafe to commit the appellants for extradition on this evidence.

Accordingly, I would dismiss these appeals.

l'utilisation de preuve par ouï-dire et au fait que les certifications figurant au dossier n'ont pas été faites « sous serment ». Cependant, ces préoccupations ne suffisent pas pour réfuter la présomption de fiabilité.

77 Comme dans *Ferras*, l'utilisation de preuve par ouï-dire ne porte pas atteinte à la fiabilité de la preuve nécessaire pour satisfaire au critère applicable en matière d'incarcération. Le juge d'extradition doit être convaincu qu'il existe une preuve au vu de laquelle un jury raisonnable pourrait conclure à la culpabilité. Les dossiers établissent de manière satisfaisante que les États-Unis disposent effectivement de suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury entende la cause. Ils ont été préparés par un enquêteur qui avait une connaissance approfondie de la preuve disponible, grâce à sa participation dans l'affaire. L'enquêteur a signé les dossiers, qui ont été certifiés par le procureur de district adjoint, puis authentifiés par le secrétaire d'État. Rien dans la preuve ne permet de contester la compétence de l'enquêteur qui a préparé le dossier, la fiabilité des témoins qui doivent déposer au procès ou celle de la preuve documentaire décrite dans les dossiers.

78 Contrairement aux certifications des dossiers dans *Ferras*, celles qui nous occupent ici n'ont pas été faites sous serment par le procureur de district adjoint des États-Unis, qui les a simplement signés. Mais elles sont conformes aux exigences du par. 33(3) de la Loi. On ne peut reprocher au responsable américain de ne pas avoir fourni une certification faite sous serment lorsque la Loi ne l'exige pas.

79 En l'absence d'éléments de preuve de la part des appelants Latty et Wright, le dossier d'extradition appuie la présomption que la preuve qui sera présentée au procès aura le degré de fiabilité qu'on attend de celle présentée à un jury au Canada. Rien dans le dossier n'indique qu'il serait imprudent de faire incarcérer les appelants en vue de leur extradition en se fondant sur cette preuve.

80 En conséquence, je suis d'avis de rejeter les présents pourvois.

4. Other Issues

81 Two further issues concerning the *Ferras* appeals require brief comment.

4.1 *Section 6 of the Charter*

82 The appellant Ferras, who is a Canadian citizen, challenges the constitutionality of ss. 32(1)(*a*) and 33(3) under s. 6 of the *Charter*. Extradition to another country infringes the right of a Canadian citizen under s. 6(1) of the *Charter* to remain in Canada: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. However, s. 6 is not engaged at the committal stage of the extradition process, only at the surrender stage: *Cobb*, *Kwok* and *Shulman*.

83 Although a surrender order has been made in relation to Mr. Ferras, the alleged *Charter* violation concerns statutory provisions that apply to extradition hearings, at the committal stage, not the surrender stage of the extradition process. Once an extradition judge has determined that a *prima facie* case for extradition exists, the Minister's surrender decision is of a "political and/or diplomatic nature": *Kwok*, at para. 63. In exercising ministerial discretion, the Minister has "an obligation flowing from s. 6(1) to assure [himself] that prosecution in Canada is not a realistic option": *Cotroni*, at p. 1498. However, the Minister is not required to base the surrender decision on evidence submitted at the committal hearing. Thus, s. 6(1) of the *Charter* cannot be infringed by the impugned provisions.

4.2 *The Surrender Order Pertaining to Latty and Wright*

84 The appellants Latty and Wright raise two issues on judicial review of the Minister's order to surrender them to the United States. They say that their surrender to the United States, where they could receive sentences if convicted of 10 years to life without parole, would "shock the conscience" of

4. Autres questions

Deux autres questions concernant les pourvois *Ferras* nécessitent de brefs commentaires.

4.1 *L'article 6 de la Charte*

L'appelant Ferras, qui est citoyen canadien, conteste la constitutionnalité de l'al. 32(1)*a*) et du par. 33(3) en se fondant sur l'art. 6 de la *Charte*. L'extradition vers un autre pays porte atteinte au droit que garantit le par. 6(1) de la *Charte* au citoyen canadien de demeurer au Canada : voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. Dans le cadre du processus d'extradition, l'art. 6 entre en jeu non pas au stade de la décision sur l'incarcération, mais seulement à l'étape de l'extradition : *Cobb*, *Kwok* et *Shulman*.

Même si un arrêté d'extradition a été pris contre M. Ferras, la violation alléguée de la *Charte* concerne des dispositions législatives qui s'appliquent à l'audience d'extradition, à savoir au stade de la décision sur l'incarcération — et non à celui de l'extradition — du processus d'extradition. Une fois que le juge d'extradition a conclu à l'existence d'une preuve suffisante à première vue justifiant l'extradition, la décision ministérielle d'extrader est de « nature politique, diplomatique, ou les deux » : *Kwok*, par. 63. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le ministre a, de par le par. 6(1), « l'obligation de s'assurer que la poursuite au Canada n'est pas une option réaliste » : *Cotroni*, p. 1498. Il n'est toutefois pas tenu de fonder sa décision d'extrader sur la preuve soumise lors de l'audience relative à l'incarcération. Les dispositions contestées ne peuvent donc porter atteinte au par. 6(1) de la *Charte*.

4.2 *L'arrêté d'extradition relatif à MM. Latty et Wright*

Les appelants Latty et Wright soulèvent deux questions concernant le contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition vers les États-Unis pris contre eux par le ministre. Ils affirment que leur extradition vers les États-Unis, où ils sont passibles, s'ils sont reconnus coupables, d'une peine variant

Canadians and thus run afoul of fundamental justice. They also say that the Minister's refusal to seek assurances for enhanced credit for time served in pre-trial custody would offend fundamental justice.

entre 10 ans d'emprisonnement et l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle, « choquerait la conscience » des Canadiens et irait à l'encontre de la justice fondamentale. Ils affirment aussi que le refus du ministre de demander des assurances que la peine serait davantage réduite compte tenu de la période de détention avant le procès contreviendrait à la justice fondamentale.

This Court has adopted a balancing approach to determine whether potential sentences in a requesting state would "shock the conscience" of Canadians. While affirming this approach in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, the Court said, at para. 67, that "the phrase 'shocks the conscience' and equivalent expressions are not to be taken out of context or equated to opinion polls. The words were intended to underline the very exceptional nature of circumstances that would constitutionally limit the Minister's decision in extradition cases."

85 La Cour a adopté une méthode de pondération pour déterminer si les peines qui pourraient être infligées dans l'État requérant « choqueraient la conscience » des Canadiens. Tout en confirmant cette méthode dans *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, la Cour a affirmé au par. 67 que « les mots "choc de la conscience" et autres expressions équivalentes ne doivent pas être pris hors contexte ni assimilés aux sondages d'opinion. Ces mots tendaient plutôt à souligner la nature très exceptionnelle de circonstances qui, sur le plan constitutionnel, limiteraient la portée de la décision du ministre dans les affaires d'extradition ».

As in *Burns*, at para. 72, several factors favour surrendering the appellants Latty and Wright to the United States: bringing the appellants to trial to determine the truth of the charges; the principle that justice is best served by a trial in the jurisdiction where the alleged crime occurred; the principle that Canadians must generally accept the laws and procedures of the countries they visit; and comity, reciprocity and respect for differences among states. The factors militating against surrender include: the harsher sentences that the appellants might receive if convicted in the United States; and the possibility that evidence used in the United States might include wiretap evidence that would not be admissible in Canada.

86 Comme dans *Burns*, par. 72, plusieurs facteurs militent en faveur de l'extradition des appelants Latty et Wright aux États-Unis : le principe qu'il faut traduire les accusés en justice pour qu'il soit statué sur la véracité des accusations, le principe selon lequel les intérêts de la justice sont mieux servis par la tenue du procès dans le ressort où le crime aurait été commis, le principe selon lequel les Canadiens doivent généralement accepter les lois et procédures des pays qu'ils visitent et le principe de la courtoisie, de la réciprocité et du respect des différences entre les États. Au nombre des facteurs qui militent contre l'extradition des appelants figurent la plus grande sévérité des peines qui pourraient leur être infligées s'ils sont condamnés aux États-Unis et la possibilité que la preuve utilisée aux États-Unis pourrait notamment comprendre la preuve obtenue par écoute électronique qui ne serait pas admissible au Canada.

In my view, the Minister correctly decided that "[s]urrender to an extradition partner whose criminal justice system does not have all the

87 Selon moi, c'est à bon droit que le ministre a décidé que [TRADUCTION] « l'extradition vers un partenaire dont le système de justice criminelle

procedural safeguards of the Canadian criminal justice system would not, in itself, violate the principles of fundamental justice." The appellants offer no evidence or case law to back up their assertions that the possible sentences would shock the conscience of Canadians. Furthermore, the factors favouring surrender in this circumstance far outweigh those that do not.

88 Concerning credit for pre-surrender custody, the appellants say that the conditions of pre-surrender custody are particularly harsh (because the persons are held in maximum security facilities) and therefore deserving of enhanced credit. They say that in these circumstances the Minister's refusal to seek assurances "shocks the conscience" of reasonably informed members of the public.

89 Section 3585(b) of Title 18 of the United States Code states: "A defendant shall be given credit toward the service of a term of imprisonment for any time he has spent in official detention prior to the date the sentence commences . . .". The appellants are concerned that while Title 18 gives credit for pre-trial time, it does not require *enhanced* credit nor does it take into account the conditions under which any pre-surrender custody is served.

90 While this Court has approved of the practice of two for one credit for pre-trial custody (see *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, at para. 45), it made clear that it was not entrenching the practice, preferring to leave the matter to judicial discretion. The Minister's refusal to seek assurances of enhanced credit for pre-surrender custody is not improper, "[g]iven that we do not guarantee enhanced credit ourselves": *United States of America v. Adam* (2003), 174 C.C.C. (3d) 445 (Ont. C.A.), at para. 34.

n'offre pas toutes les garanties procédurales du système de justice criminelle canadien n'enfreint pas, en soi, les principes de justice fondamentale. » Les appelants n'ont produit aucun élément de preuve et aucune jurisprudence au soutien de leurs arguments que les peines qui pourraient leur être infligées choqueraient la conscience des Canadiens. En outre, les facteurs qui militent en faveur de l'extradition en l'espèce l'emportent nettement sur ceux qui militent en sens inverse.

Quant à la réduction de peine à accorder pour la période de détention avant l'extradition, les appelants affirment que les conditions de cette détention sont particulièrement dures (parce que les personnes sont détenues dans des établissements à sécurité maximale) et qu'en conséquence, ils méritent une plus grande réduction de peine. Ils affirment que, dans ces circonstances, le refus du ministre de demander des assurances « choque la conscience » des gens raisonnablement bien informés.

L'alinéa 3585b) du titre 18 du United States Code prévoit [TRADUCTION] « Le défendeur bénéficie d'une réduction de peine compte tenu du temps passé en détention officielle avant la date du début de la peine . . . ». Les appelants sont préoccupés du fait que, même si le titre 18 accorde une réduction de peine pour le temps passé en détention avant le procès, il ne prévoit pas *une plus grande* réduction et ne tient pas compte non plus des conditions de la détention avant l'extradition.

Bien que la Cour ait approuvé la pratique qui consiste à réduire la peine d'une durée correspondant au double du temps passé en détention avant procès (voir *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, par. 45), elle a énoncé clairement qu'il ne s'agissait pas d'une pratique consacrée, préférant que la question relève du pouvoir discrétionnaire judiciaire. Le refus du ministre de demander des assurances quant à une plus grande réduction de peine compte tenu de la détention avant procès n'est pas mal fondée, [TRADUCTION] « dans la mesure où nous ne garantissons pas nous-mêmes une plus grande réduction des peines » : *United States of America c. Adam* (2003), 174 C.C.C. (3d) 445 (C.A. Ont.), par. 34.

In addition to the factors militating in favour of surrender, sentencing is best conducted after trial when all the facts have been aired. The only factor in favour of the Minister seeking assurances is that the Minister may be well placed to inform the requesting state about the onerous conditions of pre-surrender custody in Canada. However, these are issues that the appellants can themselves raise at sentencing if they are convicted of a crime in the United States.

The Minister correctly determined that his refusal to seek assurances did not violate the principles of fundamental justice.

5. Conclusion

I would dismiss the appeals of Ferras, Latty and Wright.

The constitutional questions are answered as follows:

1. Do ss. 32(1)(*a*) and 33 of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, infringe the rights and freedoms guaranteed by 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 answer this question.

3. Do ss. 32(1)(*a*) and 33 of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 6 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

En plus des facteurs qui militent en faveur de l'extradition, il est préférable de déterminer la peine à l'issue du procès, lorsque tous les faits ont été mis au jour. Le seul facteur qui milite en faveur de la demande d'assurances est le fait que le ministre serait dans une bonne position pour informer l'État requérant des conditions rigoureuses de détention avant l'extradition qui existent au Canada. Ce sont toutefois des questions que les appelants peuvent soulever eux-mêmes lors de la détermination de la peine s'ils sont déclarés coupables d'un crime aux États-Unis. 91

C'est à bon droit que le ministre a déterminé que son refus de demander des assurances ne viole pas les principes de justice fondamentale. 92

5. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter les pourvois de MM. Ferras, Latty et Wright. 93

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes : 94

1. L'alinéa 32(1)*a*) et l'article 33 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, 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'alinéa 32(1)*a*) et l'article 33 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de

free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

## APPENDIX A

*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18

**32.** (1) Subject to subsection (2), evidence that would otherwise be admissible under Canadian law shall be admitted as evidence at an extradition hearing. The following shall also be admitted as evidence, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law:

(*a*) the contents of the documents contained in the record of the case certified under subsection 33(3);

(*b*) the contents of the documents that are submitted in conformity with the terms of an extradition agreement; and

(*c*) evidence adduced by the person sought for extradition that is relevant to the tests set out in subsection 29(1) if the judge considers it reliable.

(2) Evidence gathered in Canada must satisfy the rules of evidence under Canadian law in order to be admitted.

**33.** (1) The record of the case must include

(*a*) in the case of a person sought for the purpose of prosecution, a document summarizing the evidence available to the extradition partner for use in the prosecution; and

(*b*) in the case of a person sought for the imposition or enforcement of a sentence,

(i) a copy of the document that records the conviction of the person, and

(ii) a document describing the conduct for which the person was convicted.

. . .

(3) A record of the case may not be admitted unless

droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

## ANNEXE A

*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18

**32.** (1) Sont admis comme faisant preuve au cours de l'audition de la demande, sous réserve du paragraphe (2), les éléments de preuve admissibles en vertu du droit canadien ainsi que les éléments de preuve suivants même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs leur admissibilité :

*a*) le contenu des documents qui font partie du dossier d'extradition certifié en conformité avec le paragraphe 33(3);

*b*) le contenu des documents présentés en conformité avec un accord;

*c*) les éléments de preuve présentés par l'intéressé qui sont pertinents pour l'application du paragraphe 29(1) et que le juge estime dignes de foi.

(2) Les éléments de preuve obtenus au Canada sont admis en conformité avec le droit canadien.

**33.** (1) Le dossier d'extradition comporte obligatoirement :

*a*) dans le cas d'une extradition en vue d'un procès, un résumé des éléments de preuve dont dispose le partenaire aux fins de poursuite;

*b*) dans le cas d'une extradition en vue d'infliger une peine à l'intéressé ou de la lui faire purger, les éléments suivants :

(i) une copie de la déclaration de culpabilité,

(ii) la description des actes qui ont donné lieu à la déclaration de culpabilité.

. . .

(3) Le dossier n'est admissible en preuve que si :

(*a*) in the case of a person sought for the purpose of prosecution, a judicial or prosecuting authority of the extradition partner certifies that the evidence summarized or contained in the record of the case is available for trial and

(i) is sufficient under the law of the extradition partner to justify prosecution, or

(ii) was gathered according to the law of the extradition partner;

## APPENDIX B

*Treaty of Extradition between the Government of Canada and the Government of the United Mexican States*, Can. T.S. 1990 No. 35

ARTICLE VIII

Documents to be Submitted

1. The following documents shall be submitted in support of a request for extradition:

(a) in all cases:

(i) information about the description, identity, location and nationality of the person sought;

(ii) a statement prepared by a judicial or public official of the conduct constituting the offence for which the extradition is requested indicating the place and time of its commission, the nature of the offence and the legal provisions describing the offence and the applicable punishment. This statement shall also indicate that these legal provisions, a copy of which shall be appended, were in force both at the time of the commission of the offence and at the time of the extradition request.

(b) in the case of a person charged with an offence:

(i) the original or a certified true copy of the arrest warrant issued by the Requesting Party;

(ii) in the event that the law of the Requested Party so requires, evidence that would justify committal for trial of the person sought, including evidence to establish identity;

*a*) dans le cas d'une extradition en vue d'un procès, une autorité judiciaire ou un poursuivant du partenaire certifie, d'une part, que les éléments de preuve résumés au dossier ou contenus dans celui-ci sont disponibles pour le procès et, d'autre part, soit que la preuve est suffisante pour justifier la poursuite en vertu du droit du partenaire, soit qu'elle a été recueillie conformément à ce droit;

## ANNEXE B

*Traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis mexicains*, R.T. Can. 1990 nº 35

ARTICLE VIII

Pièces à produire

1. Les pièces suivantes sont produites à l'appui d'une demande d'extradition :

a) Dans tous les cas :

(i) des informations sur le signalement, l'identité et la nationalité de la personne réclamée et sur le lieu où elle se trouve,

(ii) une déclaration d'un officier de justice ou d'un officier public, exposant les faits constitutifs de l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée, indiquant le lieu et le moment de sa commission, la nature de l'infraction et les dispositions légales décrivant l'infraction et la peine applicable. Cette déclaration indique également que ces dispositions, dont copie est annexée, étaient en vigueur au moment de la commission de l'infraction de même qu'au moment de la demande d'extradition.

b) Dans le cas d'une personne poursuivie pour une infraction :

(i) l'original ou une copie certifiée conforme du mandat d'arrêt lancé par la Partie requérante;

(ii) dans les cas où le droit de la Partie requise l'exige, des éléments de preuve qui justifieraient le "renvoi à procès" de la personne réclamée, y compris des preuves établissant son identité;

(iii) for the purpose of paragraph 1(b)(ii) of this Article, originals of certified true copies of exhibits, statements, depositions, minutes, reports, appendices or any other document received, gathered or obtained by the Requesting Party shall be admitted in evidence in the courts of the Requested Party as proof of the facts contained therein, provided that a competent judicial authority of the Requesting Party has determined that they were obtained in accordance with the law of the Requesting Party.

. . .

2. All documents submitted in support of a request for extradition and appearing to have been certified, issued or reviewed by a judicial authority of the Requesting Party or made under its authority, shall be admitted in evidence in the courts of the Requested Party without having to be taken under oath or solemn affirmation and without proof of the signature or of the official character of the person appearing to have signed them.

3. No authentication or further certification of documents submitted in support of the request for extradition shall be required.

4. Any translation of documents submitted in support of a request for extradition by the Requesting Party shall be admissible for all purposes in extradition proceedings.

*Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3

ARTICLE 10

. . .

(2) The documentary evidence in support of a request for extradition or copies of these documents shall be admitted in evidence in the examination of the request for extradition when, in the case of a request emanating from Canada, they are authenticated by an officer of the Department of Justice of Canada and are certified by the principal diplomatic or consular officer of the United States in Canada, or when, in the case of a request emanating from the United States, they are authenticated by an officer of the Department of State of the United States and are certified by the principal diplomatic or consular officer of Canada in the United States.

(iii) aux termes du sous-paragraphe 1b)(ii) du présent Article, sont reçus en preuve devant les tribunaux de la Partie requise et font foi de leur contenu, les originaux ou copies certifiées conformes des pièces, déclarations, dépositions, minutes, procès-verbaux, rapports, constats, annexes ou tout autre document reçus, recueillis ou obtenus par la Partie requérante, si une autorité judiciaire compétente de la Partie requérante a déterminé qu'ils ont été obtenus en conformité avec le droit de cette dernière Partie.

. . .

2. Toutes les pièces présentées à l'appui d'une demande d'extradition apparaissant émaner ou avoir été certifiées ou passées en revue par une autorité judiciaire de la Partie requise ou faites sous son autorité, sont admises en preuve devant les tribunaux de la Partie requise, sans qu'elles soient établies sous serment ou affirmation solennelle et sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité du signataire.

3. Aucune authentification ni certification additionnelle des pièces présentées à l'appui d'une demande d'extradition n'est requise.

4. Toute traduction des pièces présentées à l'appui d'une demande d'extradition par la Partie requérante est admise à toutes fins dans les procédures d'extradition.

*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3

ARTICLE 10

. . .

(2) Les preuves documentaires à l'appui d'une demande d'extradition, qu'il s'agisse d'originaux ou de copies, doivent être admises en preuve lors de l'examen de la demande d'extradition lorsque, dans le cas d'une demande émanant du Canada, elles sont légalisées par un fonctionnaire du Ministère de la Justice du Canada et certifiées par le principal agent diplomatique ou consulaire des États-Unis au Canada, ou que, dans le cas d'une demande émanant des États-Unis, elles sont légalisées par un fonctionnaire du Département d'État des États-Unis et certifiées par le principal agent diplomatique ou consulaire du Canada aux États-Unis.

*Appeals dismissed.*

*Solicitors for the appellant Ferras: Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Latty and Wright: Greenspan White, Toronto.*

*Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Pourvois rejetés.*

*Procureurs de l'appelant Ferras : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.*

*Procureurs des appelants Latty et Wright : Greenspan White, Toronto.*

*Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Ottawa.*

**(Jose) Raul Monter Ortega** *Appellant*

*v.*

**Attorney General of Canada on behalf of the United Mexican States** *Respondent*

- and -

**Robert Shull, Terry Shull and Leonard Fiessel** *Appellants*

*v.*

**Attorney General of Canada on behalf of the United States of America** *Respondent*

INDEXED AS: UNITED MEXICAN STATES *v.* ORTEGA; UNITED STATES OF AMERICA *v.* FIESSEL

**Neutral citation: 2006 SCC 34.**

File No.: 30998.

2006: March 23; 2006: July 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of person — Fundamental justice — Extradition — Committal hearing — Whether provisions of extradition legislation relating to evidence at committal hearing permit extradition on unavailable evidence — If so, whether provisions infringe principles of fundamental justice applicable to extradition — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 29, 32(1)(b).*

Extradition of the appellants was sought, by Mexico in one case and the US in the other, under the treaty method provided for in s. 32(1)(*b*) of the *Extradition Act*. The appellants alleged that s. 32(1)(*b*) infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

**(Jose) Raul Monter Ortega** *Appelant*

*c.*

**Procureur général du Canada au nom des États-Unis du Mexique** *Intimé*

- et -

**Robert Shull, Terry Shull et Leonard Fiessel** *Appelants*

*c.*

**Procureur général du Canada au nom des États-Unis d'Amérique** *Intimé*

RÉPERTORIÉ : ÉTATS-UNIS DU MEXIQUE *c.* ORTEGA; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE *c.* FIESSEL

**Référence neutre : 2006 CSC 34.**

N° du greffe : 30998.

2006 : 23 mars; 2006 : 21 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Les dispositions législatives en matière d'extradition concernant la preuve produite à l'audience relative à l'incarcération permettent-elles une extradition fondée sur des éléments de preuve non disponibles? — Dans l'affirmative, ces dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale applicables à l'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 29, 32(1)b).*

Le Mexique, dans l'une des affaires, et les États-Unis, dans l'autre, ont demandé l'extradition des appelants selon la méthode du traité fondée sur l'al. 32(1)*b*) de la *Loi sur l'extradition*. Les appelants ont fait valoir que l'al. 32(1)*b*) contrevient à l'art. 7 de la

because the treaty method does not contain a requirement that the evidence tendered at the committal hearing be certified as available for trial in the requesting state. In both cases the extradition judges accepted the constitutional objection, but the Court of Appeal set aside those decisions and remitted the matters to the extradition judges.

*Held*: The appeals should be allowed and the cases returned to the extradition judges.

For the reasons given in *United States of America v. Ferras*, s. 32(1)(*b*) of the *Extradition Act* is constitutional. [1-3]

**Cases Cited**

**Followed:** *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7.
*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 32(1)(*b*).

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Smith and Thackray JJ.A.) (2005), 253 D.L.R. (4th) 237, 212 B.C.A.C. 228, 350 W.A.C. 228, 196 C.C.C. (3d) 225, [2005] B.C.J. No. 1090 (QL), 2005 BCCA 270, setting aside a judgment of Koenigsberg J. (2004), 237 D.L.R. (4th) 281, 183 C.C.C. (3d) 75, 117 C.R.R. (2d) 191, 118 C.R.R. (2d) 189, [2004] B.C.J. No. 402 (QL), 2004 BCSC 210, and a judgment of Goepel J., [2004] B.C.J. No. 1434 (QL), 2004 BCSC 908, dismissing applications for committal. Appeals allowed.

*Richard C. C. Peck, Q.C.*, and *Eric V. Gottardi*, for the appellant (Jose) Raul Monter Ortega.

*David J. Martin*, for the appellants Robert Shull, Terry Shull and Leonard Fiessel.

*Robert Frater* and *Janet Henchey*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — These appeals, together with the appeals by Ferras, Latty and Wright (*United*

*Charte canadienne des droits et libertés* parce que la méthode du traité n'exige pas qu'il soit certifié que les éléments de preuve présentés à l'audience relative à l'incarcération sont disponibles pour le procès dans l'État requérant. Dans les deux cas, les juges d'extradition ont fait droit à la contestation constitutionnelle, mais la Cour d'appel a annulé ces décisions et a renvoyé les dossiers aux juges d'extradition.

*Arrêt* : Les appels sont accueillis et les dossiers sont renvoyés aux juges d'extradition.

Pour les motifs énoncés dans *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, l'al. 32(1)*b*) de la *Loi sur l'extradition* est constitutionnel. [1-3]

**Jurisprudence**

**Arrêt suivi :** *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7.
*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, al. 32(1)*b*).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Smith et Thackray) (2005), 253 D.L.R. (4th) 237, 212 B.C.A.C. 228, 350 W.A.C. 228, 196 C.C.C. (3d) 225, [2005] B.C.J. No. 1090 (QL), 2005 BCCA 270, qui a infirmé un jugement du juge Koenigsberg (2004), 237 D.L.R. (4th) 281, 183 C.C.C. (3d) 75, 117 C.R.R. (2d) 191, 118 C.R.R. (2d) 189, [2004] B.C.J. No. 402 (QL), 2004 BCSC 210, et un jugement du juge Goepel, [2004] B.C.J. No. 1434 (QL), 2004 BCSC 908, qui avaient rejeté les demandes relatives à l'incarcération. Pourvois accueillis.

*Richard C. C. Peck, c.r.*, et *Eric V. Gottardi*, pour l'appelant (Jose) Raul Monter Ortega.

*David J. Martin*, pour les appelants Robert Shull, Terry Shull et Leonard Fiessel.

*Robert Frater* et *Janet Henchey*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF — Les présents pourvois, de même que ceux formés par MM. Ferras, Latty et

1

*States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33 (the "*Ferras* appeals")), released concurrently, raise the constitutionality of provisions of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, relating to the evidence that can be put before an extradition judge. For the reasons given in the *Ferras* appeals, I conclude that the challenged provisions are constitutional. However, I would allow the appeals and return the cases to the extradition judges for determination in accordance with the interpretation of the Act set out in those reasons.

2 It will be open to the United Mexican States and the United States of America to supplement the evidence by showing that the evidence is available for trial.

3 The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 32(1)(*b*) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, in whole or in part, infringe the rights and freedoms guaranteed by 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 answer this question.

*Appeals allowed.*

*Solicitors for the appellant (Jose) Raul Monter Ortega: Peck and Company, Vancouver.*

*Solicitors for the appellants Robert Shull, Terry Shull and Leonard Fiessel: David J. Martin Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Ottawa.*

Wright (*États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33 (les « pourvois *Ferras* »), tranchés le même jour, soulèvent la question de la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, relatives aux éléments de preuve qui peuvent être présentés à un juge d'extradition. Pour les motifs exposés dans les pourvois *Ferras*, je conclus que les dispositions contestées sont constitutionnelles. Toutefois, je suis d'avis d'accueillir les appels et de renvoyer les affaires aux juges d'extradition pour qu'ils rendent une décision conforme à l'interprétation de la Loi énoncée dans ces motifs.

Les États-Unis du Mexique et les États-Unis d'Amérique pourront compléter la preuve en démontrant que les éléments de preuve sont disponibles pour le procès.

Voici la réponse qui est donnée aux questions constitutionnelles :

1. L'alinéa 32(1)*b*) de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, en tout ou en partie, viole-t-il les droits et libertés garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette violation 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, 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.

*Pourvois accueillis.*

*Procureurs de l'appelant (Jose) Raul Monter Ortega : Peck and Company, Vancouver.*

*Procureurs des appelants Robert Shull, Terry Shull et Leonard Fiessel : David J. Martin Law Corporation, Vancouver.*

*Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Ottawa.*

**Industrial Wood & Allied Workers of Canada, Local 700** *Appellant/Respondent on cross-appeal*

*v.*

**GMAC Commercial Credit Corporation — Canada** *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

**T.C.T. Logistics Inc., T.C.T. Warehousing Logistics Inc., KPMG Inc., the Interim Receiver and Trustee in Bankruptcy of T.C.T. Logistics Inc. and T.C.T. Warehousing Logistics Inc., and TCT Logistics Inc., TCT Acquisition No. 1 Ltd., Atomic TCT Logistics Inc., Atomic TCT (Alberta) Logistics Inc., TCT Canada Logistics Inc., Inter-Ocean Terminals (B.C.) Ltd., Atomic Transport Inc., TCT Warehousing Logistics Inc., TCT Warehousing Logistics No. 2 Inc., R.R.S. Transport (1998) Inc., TCT Acquisition No. 2 Ltd., Tri-Line Expressways Ltd. (a successor to Tri-Line Expressways Ltd. and TCT Acquisition No. 3 Ltd.), Tri-Line Expressways, Inc., 2984008 Canada Inc., High-Tech Express & Distribution Inc., 606965 British Columbia Ltd. and 606966 British Columbia Ltd.** *Respondents*

INDEXED AS: GMAC COMMERCIAL CREDIT CORP. — CANADA *v.* T.C.T. LOGISTICS INC.

**Neutral citation: 2006 SCC 35.**

File No.: 30391.

2005: November 16; 2006: July 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

* Major J. took no part in the judgment.

**Syndicat des travailleurs de l'industrie du bois et leurs alliés, section locale 700** *Appelant/Intimé au pourvoi incident*

*c.*

**Société de crédit commercial GMAC — Canada** *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

et

**T.C.T. Logistics Inc., T.C.T. Warehousing Logistics Inc., KPMG Inc., séquestre intérimaire et syndic de faillite de T.C.T. Logistics Inc. et T.C.T. Warehousing Logistics Inc., et TCT Logistics Inc., TCT Acquisition No. 1 Ltd., Atomic TCT Logistics Inc., Atomic TCT (Alberta) Logistics Inc., TCT Canada Logistics Inc., Inter-Ocean Terminals (B.C.) Ltd., Atomic Transport Inc., TCT Warehousing Logistics Inc., TCT Warehousing Logistics No. 2 Inc., R.R.S. Transport (1998) Inc., TCT Acquisition No. 2 Ltd., Tri-Line Expressways Ltd. (successeur de Tri-Line Expressways Ltd. et de TCT Acquisition No. 3 Ltd.), Tri-Line Expressways, Inc., 2984008 Canada Inc., High-Tech Express & Distribution Inc., 606965 British Columbia Ltd. et 606966 British Columbia Ltd.** *Intimées*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ DE CRÉDIT COMMERCIAL GMAC — CANADA *c.* T.C.T. LOGISTICS INC.

**Référence neutre : 2006 CSC 35.**

N° du greffe : 30391.

2005 : 16 novembre; 2006 : 27 juillet.

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

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

* Le juge Major n'a pas pris part au jugement.

*Bankruptcy and insolvency — Bankruptcy court — Jurisdiction — Whether bankruptcy judge lacks jurisdiction to determine whether interim receiver is successor employer under provincial labour relations legislation — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 47, 72(1).*

*Bankruptcy and insolvency — Procedure — Action against interim receiver — Bankruptcy legislation precluding proceedings against interim receiver without leave of court — Union seeking leave to bring "successor employer" application against interim receiver — Whether Mancini test applicable — Whether test different when dispute relates to receiver's obligations to debtors' employees represented by union — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 215.*

The company TCT became insolvent and its largest secured creditor applied for an order appointing an interim receiver. The order appointing KPMG states that the receiver's employment-related actions could not be considered those of a "successor employer", and prohibits proceedings being taken against the interim receiver unless the court grants leave. After TCT was assigned in bankruptcy, KPMG sold most of the assets of the warehousing business to a new company. All unionized employees at the Toronto warehouse were terminated by KPMG, but some of them were later hired by the new company. Except for a change in location, the only major difference between TCT's operations and those of the new company was the absence of the union as representative of TCT's former employees.

The union applied to the Ontario Labour Relations Board seeking, in particular, a declaration that, as a successor employer to TCT or KPMG, the new company was bound by the collective agreement pursuant to s. 69 of the *Labour Relations Act, 1995* ("*LRA*"). After a stay was granted on the basis that s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("*BIA*") precludes proceedings against an interim receiver or trustee without leave of the court, the union sought the necessary court approval. The bankruptcy judge amended the paragraph relating to the "successor employer" protection in the order appointing the interim receiver, but denied leave. The Court of Appeal unanimously concluded that only the labour board had jurisdiction

*Faillite et insolvabilité — Tribunal de faillite — Compétence — Les juges de faillite sont-ils incompétents pour décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur pour l'application des lois provinciales sur les relations de travail? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 47, 72(1).*

*Faillite et insolvabilité — Procédure — Action contre un séquestre intérimaire — Disposition législative sur la faillite interdisant l'engagement de procédures contre un séquestre intérimaire sans autorisation judiciaire préalable — Permission demandée par un syndicat en vue d'être autorisé à déposer contre un séquestre intérimaire une requête touchant le statut d'« employeur successeur » — Le critère énoncé dans l'arrêt Mancini est-il applicable? — Un critère différent s'applique-t-il lorsque le litige a trait aux obligations du séquestre envers les employés syndiqués du débiteur? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 215.*

La société TCT est devenue insolvable et le principal créancier garanti de celle-ci a demandé la nomination d'un séquestre intérimaire. L'ordonnance portant nomination de KPMG précisait que les mesures prises par le séquestre intérimaire en matière d'emploi ne pouvaient être considérées comme celles d'un « employeur successeur » et interdisait l'engagement de procédures contre le séquestre intérimaire, sauf avec l'autorisation de la cour. Après cession des biens de TCT au profit des créanciers, KPMG a vendu la plupart des éléments d'actif de l'entreprise d'entreposage à une société nouvellement formée. KPMG a mis fin à l'emploi de tous les employés syndiqués de l'entrepôt de Toronto, mais certains d'entre eux ont été réembauchés subséquemment par la nouvelle société. Exception faite du nouvel emplacement des activités, la seule différence importante dans l'exploitation de l'entreprise par TCT et par la nouvelle société était l'absence du syndicat comme représentant des anciens employés de TCT.

Le syndicat a présenté à la Commission des relations de travail de l'Ontario une requête dans laquelle il sollicitait notamment une déclaration portant que, en tant qu'employeur succédant à TCT ou KPMG, la nouvelle société était liée par la convention collective conformément à l'art. 69 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (« *LRT* »). Après que sa requête eût été suspendue pour le motif que l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« *LFI* ») interdit l'introduction d'actions contre un séquestre intérimaire ou un syndic de faillite sans la permission du tribunal, le syndicat a demandé cette permission. Le juge a modifié le paragraphe relatif à la protection touchant le statut d'« employeur successeur » dans l'ordonnance nommant le

to determine who was a successor employer, but divided over the test under s. 215 for granting leave to bring successor employer applications. The majority was of the view that the traditional *Mancini* test represented too low a threshold when the proposed proceedings were successor employer applications, and that other factors should be considered to take account to a greater extent of the impact of such litigation on the bankruptcy process. Accordingly, the majority set aside the bankruptcy judge's refusal to grant leave and remitted the leave application back to him for reconsideration based on the enhanced enumerated factors. The union appealed the Court of Appeal's order denying leave, and the secured creditor cross-appealed on the issue of the bankruptcy judge's jurisdiction.

*Held* (Deschamps J. dissenting on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The bankruptcy court does not have jurisdiction to decide whether an interim receiver is a successor employer within the meaning of the *LRA*. The powers given to the bankruptcy court under s. 47(2) *BIA* are powers to direct the interim receiver's conduct. That section does not, explicitly or implicitly, confer authority on the bankruptcy court to make unilateral declarations about the rights of third parties affected by other statutory schemes. Further, s. 72(1) *BIA* declares that unless there is a conflict, any legislation relating to property and civil rights is deemed to be supplemental to, not abrogated by the Act. The right to seek a successor employer declaration pursuant to the *LRA* does not conflict with the bankruptcy court's authority under s. 47(2). If the s. 47 net were interpreted widely enough to permit interference with all rights which, though protected by law, represent an inconvenience to the bankruptcy process, it could be used to extinguish all rights. Explicit language would be required before such a sweeping power could be attached to s. 47. [4] [43-51]

The bankruptcy judge erred in not granting leave to the union to bring a successor employer application against the interim receiver. Under the *Mancini* test, the threshold for granting leave under s. 215 *BIA* is not

séquestre intérimaire, mais il a refusé la permission demandée. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que seule la Commission avait compétence pour se prononcer sur le statut d'employeur successeur, mais elle s'est divisée sur le critère applicable pour décider, en vertu de l'art. 215 *LFI*, s'il y a lieu d'accorder ou non la permission de présenter une demande concernant le statut d'employeur successeur. La majorité a estimé que le critère traditionnel formulé dans *Mancini* n'était pas assez exigeant lorsqu'il s'agissait d'instances relatives au statut d'employeur successeur et qu'il fallait considérer d'autres facteurs pour tenir davantage compte des conséquences de telles demandes en justice sur le processus de faillite. La majorité a en conséquence annulé le refus du juge d'accorder la permission et lui a renvoyé la demande pour qu'il la réexamine en fonction des facteurs additionnels énumérés. Le syndicat se pourvoit contre l'ordonnance de la Cour d'appel qui lui a refusé la permission d'engager des procédures, et le créancier garanti a formé un appel incident sur la question de la compétence du juge de faillite.

*Arrêt* (la juge Deschamps est dissidente quant au pourvoi principal) : Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : Le tribunal de faillite n'a pas le pouvoir de décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur au sens de la *LRT*. Le paragraphe 47(2) *LFI* accorde au tribunal de faillite le pouvoir d'enjoindre au séquestre intérimaire de faire certaines choses. Cette disposition n'a pas pour effet d'habiliter — ni explicitement ni implicitement — le tribunal de faillite à rendre des jugements déclaratoires unilatéraux sur les droits de tiers en fonction d'autres régimes législatifs. En outre, le par. 72(1) *LFI* énonce que celle-ci n'a pas pour effet d'abroger des dispositions législatives non incompatibles avec elle se rapportant à la propriété et aux droits civils, ces dispositions étant réputées s'y ajouter. Le droit de demander une déclaration touchant le statut d'employeur successeur conformément à la *LRT*, n'est pas incompatible avec le pouvoir que le par. 47(2) accorde au tribunal de faillite. Si l'article 47 pouvait recevoir une interprétation assez large pour permettre de porter atteinte à tous les droits qui, bien que protégés par la loi, gênent le processus de faillite, il pourrait être invoqué pour éteindre tout droit. Il faudrait un texte explicite pour que l'art. 47 confère un pouvoir aussi étendu. [4] [43-51]

Le juge de faillite a fait erreur en refusant d'accorder au syndicat la permission de présenter contre le séquestre intérimaire une demande relative à la qualité d'employeur successeur. Le critère énoncé dans *Mancini* à

a high one. The question under s. 215 is whether the evidence provides the required support for the cause of action sought to be asserted. If the evidence discloses a *prima facie* case, leave should be granted. The focus of the inquiry is not a determination of the merits. The threshold of the *Mancini* test strikes the appropriate balance between the protection of trustees and receivers from frivolous suits, while preserving to the maximum extent possible the rights of creditors and others as against a trustee or receiver. As a result, *Mancini* is consistent with the requirement that there be explicit statutory language before the *BIA* is interpreted so as to deprive persons of rights conferred under provincial law. Where Parliament has intended to confer immunity on trustees or receivers from certain claims, it has done so explicitly. In the absence of such express protection, the bankruptcy court should not convert the leave mechanism in s. 215 into blanket insulation for court-appointed officers. There is no reason to create a more stringent test to be applied only to claims by employees represented by unions. To impose a higher s. 215 threshold in a case involving a labour board issue is to read into the *BIA* a lower tolerance for the rights of employees represented by unions than for other creditors. Nothing in the Act suggests this dichotomy. Finally, the *Mancini* test does not in any way interfere with the protections that Parliament has deemed necessary to preserve the ability of trustees and receivers to discharge their duties flexibly and efficiently. In this case, since it cannot be said that the Union's claim is frivolous or without an evidentiary foundation, it should be allowed to proceed. [7] [55-61] [67-72] [80]

*Per* Deschamps J. (dissenting on the appeal): A judge who must decide whether to grant leave to bring proceedings against a trustee under s. 215 *BIA* must determine the actual scope of the remedy being sought, identify potential conflicts and tailor the leave so as to avoid a situation in which proceedings based on provincial law have the effect of hindering the discharge of the trustee's duties and responsibilities under the *BIA*. Since conflicts of jurisdiction are not tolerated in constitutional law, proceedings that lead to a constitutional conflict have no basis in law and the judge must therefore deny leave to bring them. [154]

l'égard des demandes de permission fondées sur l'art. 215 *LFI* n'est pas très exigeant. Pour l'application de cette disposition, il s'agit de déterminer si la preuve étaye la cause d'action invoquée. S'il existe une preuve *prima facie*, la permission demandée doit être accordée. Cet examen n'a pas pour objet de trancher la question au fond. Le critère énoncé dans *Mancini* établit un juste équilibre entre, d'une part, la protection des syndics et des séquestres contre les poursuites frivoles, et, d'autre part, la protection — dans la plus large mesure possible — des droits des créanciers et autres intéressés contre les décisions et les actes des syndics et des séquestres. En ce sens, l'arrêt *Mancini* est compatible avec l'exigence selon laquelle il faut une disposition législative explicite pour que la *LFI* puisse être interprétée de manière à priver une personne de droits conférés par une province. Lorsque le législateur a voulu protéger les syndics ou les séquestres contre certains recours, il l'a fait explicitement. En l'absence de dispositions expresses de ce genre, le tribunal de faillite ne devrait pas convertir la procédure d'autorisation établie à l'art. 215 en mesure de protection générale en faveur des auxiliaires de justice désignés par les tribunaux. Il n'existe aucune raison de créer un critère plus exigeant, qui s'appliquerait uniquement aux recours des employés syndiqués. Resserrer le critère d'application de l'art. 215 lorsque le litige porte sur une question relevant d'une commission des relations de travail équivaut à reconnaître à la *LFI*, par interprétation, une sensibilité moins grande envers les droits des employés syndiqués qu'envers ceux des autres créanciers. Rien dans cette loi ne suggère une telle distinction. Enfin, le critère de l'arrêt *Mancini* ne restreint nullement les mesures de protection que le législateur a jugé nécessaires d'établir pour préserver la capacité des syndics et des séquestres de s'acquitter de leurs fonctions avec souplesse et efficacité. En l'espèce, comme il est impossible d'affirmer que la demande du syndicat est frivole ou n'est appuyée d'aucune preuve, celui-ci doit être autorisé à la présenter. [7] [55-61] [67-72] [80]

*La* juge Deschamps (dissidente quant au pourvoi principal) : Le juge appelé à décider s'il y a lieu d'accorder la permission de poursuivre un syndic en vertu de l'art. 215 *LFI* doit évaluer concrètement la portée du recours recherché, identifier les conflits potentiels et moduler l'autorisation de façon à éviter qu'une poursuite fondée sur le droit provincial n'ait pour effet d'entraver l'exécution des devoirs et responsabilités imposés au syndic par la *LFI*. Comme le droit constitutionnel ne tolère pas les conflits de compétence, une poursuite entraînant un conflit constitutionnel n'a pas de fondement juridique et le juge doit alors refuser la permission demandée. [154]

The decision to continue operating the business is central to the trustee's role under the *BIA* and, in principle, a trustee should not be bound by obligations that interfere with the resolution of the bankruptcy. The provisions of the *BIA* that protect trustees against proceedings are a clear indication of Parliament's intent to give trustees the flexibility they need to discharge the duties imposed on them by the *BIA*. The successor employer declaration is not free of pitfalls when it applies to a trustee. The effect of such a declaration is that the trustee becomes a party to the collective agreement and becomes liable to perform all the obligations set out in that agreement, including those that were binding on the former employer before the business was transferred. Although it is common ground that the *LRA* confers the exclusive power to decide who is a "successor employer" on the Ontario Labour Relations Board, the *LRA* cannot frustrate the purpose of the *BIA*. It is therefore important to strike a balance between the trustee's duties and immunities under the *BIA* and the employees' rights under the *LRA*. In the event of conflict, the parties must refer to constitutional principles. Courts that hear disputes relating to the difficulty of applying federal and provincial statutes concurrently must attempt to reconcile the application of those statutes in a manner consistent with the respective jurisdictions of the two levels of government. Where conflict is unavoidable, however, the federal statute is paramount to the provincial statute. Hence the importance of the screening mechanism of s. 215 *BIA*, which serves the purpose of ensuring that provincial and federal statutes do not conflict with each other. Since the bankruptcy of a business affects the interests of all the creditors, not just of the employees, the bankruptcy judge is in a better position to evaluate the interests at stake and prevent conflicts. [91] [101] [103] [111-112] [116-117] [123] [127-128]

Although the criteria established in *Mancini* for applying s. 215 are easy to apply to a simple action in damages based on wrongdoing by the trustee, they must, in other cases, be tailored to the specific nature of each application for leave. The judge must assess the nature and scope of the proceeding in light of the evidence. This review does not have the effect of giving special or different treatment to successor employer declarations. When reviewing the seriousness of the cause of action, the bankruptcy judge must be vigilant and make provision for conflicts. By ensuring that the conclusions being sought do not impair the application of the *BIA* and, if need be, limiting the scope of proceedings based on a provincial statute, the bankruptcy judge permits

La décision de continuer les activités de l'entreprise est au cœur de la mission confiée au syndic par la *LFI* et, en principe, le syndic ne doit pas être assujetti à des obligations qui entravent le règlement de la faillite. Les dispositions de la *LFI* protégeant le syndic contre les poursuites indiquent clairement l'intention du Parlement de lui accorder la marge de manœuvre dont il a besoin pour accomplir les devoirs que lui impose la *LFI*. La déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur n'est pas sans créer d'embûches lorsqu'elle vise un syndic. Une telle déclaration a pour effet de faire du syndic une partie liée par la convention collective et de le rendre responsable de toutes les obligations y afférentes, y compris celles qui incombaient à l'ancien employeur avant le transfert de l'entreprise. Bien qu'il soit admis que la *LRT* confère à la Commission des relations de travail de l'Ontario le pouvoir exclusif de décider qui est « employeur successeur », la *LRT* ne saurait entraver la réalisation de l'objet de la *LFI*. Il est donc important d'identifier le point d'équilibre entre les devoirs et immunités du syndic en vertu de la *LFI* et les droits reconnus aux employés par la *LRT*. En cas de conflit, les parties doivent se reporter aux règles constitutionnelles. Les tribunaux saisis de contestations portant sur la difficulté d'appliquer concurremment des lois fédérales et provinciales doivent tenter de concilier l'application de ces lois de façon à respecter les champs de compétence respectifs des deux ordres de gouvernement. Cependant, lorsque le conflit est inévitable, la loi fédérale a prépondérance sur la loi provinciale. De là l'importance du mécanisme de filtrage de l'art. 215 *LFI* qui sert de mesure de contrôle permettant d'éviter que des lois provinciale et fédérale n'entrent en conflit l'une avec l'autre. Comme la faillite d'une entreprise met en cause les intérêts de tous les créanciers et non pas seulement ceux des employés, le juge de la cour de faillite est dans une meilleure position pour évaluer les intérêts en cause et prévenir les conflits. [91] [101] [103] [111-112] [116-117] [123] [127-128]

D'application facile lorsqu'il s'agit d'une simple poursuite en dommages-intérêts fondée sur la faute du syndic, les critères d'application de l'art. 215 énoncés dans l'arrêt *Mancini* doivent, dans les autres cas, être adaptés à la nature particulière de chaque demande. Le juge doit évaluer la nature et la portée du recours à la lumière de la preuve. Cet examen n'a pas pour effet d'accorder un traitement particulier ou différent aux déclarations attribuant la qualité d'employeur successeur. Dans l'examen du sérieux de la cause d'action, le juge de faillite doit être vigilant et prévoir les conflits. En s'assurant que les conclusions recherchées n'entravent pas l'application de la *LFI* et, au besoin, en limitant la portée d'une poursuite fondée sur une loi provinciale,

the federal statute and provincial legislation to be applied simultaneously. A judge who denies leave to bring proceedings merely avoids a conflict by relying on the paramountcy doctrine in a preventive manner. However, the bankruptcy judge must take care not to supplant the court or tribunal that will rule on the merits. The judge's first task is to enquire into the actual effect of the application, not a vaguely defined effect on the administration of the bankruptcy. The judge will be justified in limiting the scope of proceedings or denying leave to bring them only if the proceedings would genuinely hinder the trustee's work. An approach that focussed too much on the management flexibility required by the trustee could all too easily lead the judge to find that a conflict exists and would hardly be in keeping with s. 72 *BIA*, which makes express provision for the application of provincial legislation that is compatible with the federal statute. [124] [135] [143-153]

In the instant case, the unqualified conclusions sought by the union are likely to result in direct conflicts with the application of the *BIA*. Neither the facts in the record nor the positions advanced by the parties are sufficient for this Court to engage in the review that is the Superior Court's responsibility. The matter must therefore be remitted not only for a review from the constitutional standpoint, but also for a review of the seriousness of the cause of action and the sufficiency of the evidence. [162] [166]

**Cases Cited**

By Abella J.

**Applied:** *Mancini (Bankrupt) v. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332; **referred to:** *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, aff'd (2004), 46 C.B.R. (4th) 126; *Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 60, 2004 SCC 3; *Randfield v. Randfield* (1861), 3 De G. F. & J. 766, 45 E.R. 1075; *In re Diehl v. Carritt* (1907), 15 O.L.R. 202; *Danny's Cabaret Ltd. v. Horner*, [1980] B.C.J. No. 1293 (QL); *Virden Credit Union Ltd. v. Dunwoody Ltd.* (1982), 45 C.B.R. (N.S.) 84; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 113; *RoyNat Inc. v. Allan* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 165; *B.N.R. Holdings Ltd. v. Royal Bank* (1992), 14 C.B.R. (3d) 233; *Toronto Dominion Bank v. Alex L. Clark Ltd.* (1993), 22 C.B.R. (3d) 6; *Nicholas v. Anderson* (1996), 40 C.B.R. (3d) 32; *Burton v. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9;

le juge de faillite permet l'application simultanée de la loi fédérale et des lois provinciales. Le juge qui refuse d'autoriser une poursuite ne fait qu'éviter le conflit en recourant de façon préventive à la doctrine de la prépondérance. Le juge de faillite doit toutefois prendre garde de ne pas se substituer au tribunal qui statuera sur le fond. La tâche première du juge consiste à s'interroger sur l'effet concret de la demande et non sur quelque effet diffus de celle-ci sur l'administration de la faillite. Seule une entrave réelle au travail du syndic justifie de limiter la portée du recours ou de refuser la permission d'intenter celui-ci. Une approche trop axée sur la flexibilité requise par le syndic dans sa gestion risquerait d'amener trop facilement à conclure à l'existence d'un conflit et serait peu respectueuse de l'art. 72 *LFI* qui prévoit expressément l'application des lois provinciales compatibles avec la loi fédérale. [124] [135] [143-153]

Dans la présente affaire, les conclusions sans réserve sollicitées par le syndicat sont susceptibles d'entraîner des conflits directs avec l'application de la *LFI*. Ni les faits consignés au dossier ni les positions avancées par les parties ne permettent à notre Cour de procéder à l'examen auquel la Cour supérieure doit se livrer. Le renvoi du dossier s'impose donc non seulement pour l'évaluation du dossier sous l'angle constitutionnel, mais aussi pour l'examen du sérieux de la cause d'action et du caractère suffisant de la preuve. [162] [166]

**Jurisprudence**

Citée par la juge Abella

**Arrêt appliqué :** *Mancini (Bankrupt) c. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332; **arrêts mentionnés :** *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, conf. par (2004), 46 C.B.R. (4th) 126; *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 60, 2004 CSC 3; *Randfield c. Randfield* (1861), 3 De G. F. & J. 766, 45 E.R. 1075; *In re Diehl c. Carritt* (1907), 15 O.L.R. 202; *Danny's Cabaret Ltd. c. Horner*, [1980] B.C.J. No. 1293 (QL); *Virden Credit Union Ltd. c. Dunwoody Ltd.* (1982), 45 C.B.R. (N.S.) 84; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 113; *RoyNat Inc. c. Allan* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 165; *B.N.R. Holdings Ltd. c. Royal Bank* (1992), 14 C.B.R. (3d) 233; *Toronto Dominion Bank c. Alex L. Clark Ltd.* (1993), 22 C.B.R. (3d) 6; *Nicholas c. Anderson* (1996),

*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Armitage* (2000), 50 O.R. (3d) 688; *Vanderwoude v. Scott and Pichelli Ltd.* (2001), 143 O.A.C. 195; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

By Deschamps J. (dissenting on the appeal)

*Ex parte James, In re Condon* (1874), L.R. 9 Ch. App. 609; *Parsons v. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160; *L'Heureux (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 945; *Caisse populaire de Pontbriand v. Domaine St-Martin Ltée*, [1992] R.D.I. 417; *Azco Mining Inc. v. Sam Lévy & Associés Inc.*, [2000] R.J.Q. 392; *Re Reed* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 83; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 197; *Lincoln Hydro Electric Commission*, [1999] O.L.R.B. Rep. May/June 397; *Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683; *Man of Aran* (1974), 6 L.A.C. (2d) 238; *Woodbridge Hotel* (1976), 13 L.A.C. (2d) 96; *Uncle Ben's Industries*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 126; *Re United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 3054 and Cassin-Remco Ltd.* (1979), 105 D.L.R. (3d) 138; *Radio CJYQ-930 Ltd.* (1978), 34 di 617; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 564, 2005 SCC 52; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, [2006] 1 S.C.R. 513, 2006 SCC 14; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92; *Alamo Linen Rentals Ltd. v. Spicer Macgillivry Inc.* (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 38; 40 C.B.R. (3d) 32; *Burton c. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. Armitage* (2000), 50 O.R. (3d) 688; *Vanderwoude c. Scott and Pichelli Ltd.* (2001), 143 O.A.C. 195; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

Citée par la juge Deschamps (dissidente quant au pourvoi principal)

*Ex parte James, In re Condon* (1874), L.R. 9 Ch. App. 609; *Parsons c. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160; *L'Heureux (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 945; *Caisse populaire de Pontbriand c. Domaine St-Martin Ltée*, [1992] R.D.I. 417; *Azco Mining Inc. c. Sam Lévy & Associés Inc.*, [2000] R.J.Q. 392; *Re Reed* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 83; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 197; *Lincoln Hydro Electric Commission*, [1999] O.L.R.B. Rep. May/June 397; *Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683; *Man of Aran* (1974), 6 L.A.C. (2d) 238; *Woodbridge Hotel* (1976), 13 L.A.C. (2d) 96; *Uncle Ben's Industries*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 126; *Re United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 3054 and Cassin-Remco Ltd.* (1979), 105 D.L.R. (3d) 138; *Radio CJYQ-930 Ltd.* (1978), 34 di 617; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92; *Alamo Linen Rentals Ltd. c. Spicer*

*Beatty Limited Partnership (Re)* (1991), 1 O.R. (3d) 636; *Chastan Ventures Ltd., Re* (1993), 23 C.B.R. (3d) 115; *Willows Golf Corp. (Bankrupt), Re* (1994), 119 Sask. R. 208; *McKyes, Re*, 1996 CarswellQue 2575; *Nicholas v. Anderson* (1998), 5 C.B.R. (4th) 256; *Gallo v. Beber* (1998), 7 C.B.R. (4th) 170; *Kearney v. Feldman*, [1998] O.J. No. 5109 (QL); *Burton v. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9; *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Armitage* (2000), 20 C.B.R. (4th) 160; *Mann v. KPMG Inc.* (2000), 197 Sask. R. 181, 2000 SKQB 460; *Vanderwoude v. Scott & Pichelli Ltd.* (2001), 25 C.B.R. (4th) 127; *Caswan Environmental Services Inc., Re* (2001), 24 C.B.R. (4th) 191, 2001 ABQB 240; *K.D.N. Distribution & Warehousing Ltd., Re* (2002), 33 C.B.R. (4th) 77; *Canada 3000 Inc. (Re)*, [2002] O.J. No. 3266 (QL); *MacLean v. Morash* (2003), 219 N.S.R. (2d) 83, 2003 NSSC 219; *Down, Re* (2003), 46 C.B.R. (4th) 58, 2003 BCSC 1286; *Jiwani v. Devgan*, [2005] O.J. No. 2868 (QL); *105497 Ontario Inc. v. Schwartz Levinsky Feldman Inc.* (2005), 12 C.B.R. (5th) 122; *477470 Alberta Ltd., Re* (2005), 12 C.B.R. (5th) 125, 2005 ABQB 430; *588871 Ontario Ltd., Re* (1995), 33 C.B.R. (3d) 28; *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, aff'd (2004), 46 C.B.R. (4th) 126; *Mancini (Bankrupt) v. Falconi* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 90, aff'd (1993), 61 O.A.C. 332; *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. v. Jeffrey Mines Inc.*, [2003] Q.J. No. 264 (QL).

**Statutes and Regulations Cited**

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 14.06(1.2), (2), (4), 16(4), 30, 31, 37, 41(2), (8), 47, 50(9), 50.4(5), 67, 69.1, 71, 72, 80, 121, 136 to 147, 148(3), 171(6), 197(3), 215, 251, 252.

*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11.7(4), 11.8(1), (3), (5).

*Constitution Act, 1867*, ss. 91(21), 92(13).

*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, ss. 1(4), 69(2), (12), 96, 114, 116.

*Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, ss. 35.1, 76(2).

**Authors Cited**

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated May 2006, release 25).

Auger, Jacques, and Albert Bohémier. "The Status of the Trustee in Bankruptcy" (2003), 37 *R.J.T.* 57.

Bennett, Frank. *Bennett on Bankruptcy*, 8th ed. Toronto: CCH Canadian, 2005.

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

*Macgillivry Inc.* (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 38; *Beatty Limited Partnership (Re)* (1991), 1 O.R. (3d) 636; *Chastan Ventures Ltd., (Re)* (1993), 23 C.B.R. (3d) 115; *Willows Golf Corp. (Bankrupt), Re* (1994), 119 Sask. R. 208; *McKyes, Re*, 1996 CarswellQue 2575; *Nicholas c. Anderson* (1998), 5 C.B.R. (4th) 256; *Gallo c. Beber* (1998), 7 C.B.R. (4th) 170; *Kearney c. Feldman*, [1998] O.J. No. 5109 (QL); *Burton c. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9; *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada c. Armitage* (2000), 20 C.B.R. (4th) 160; *Mann c. KPMG Inc.* (2000), 197 Sask. R. 181, 2000 SKQB 460; *Vanderwoude c. Scott & Pichelli Ltd.* (2001), 25 C.B.R. (4th) 127; *Caswan Environmental Services Inc., Re* (2001), 24 C.B.R. (4th) 191, 2001 ABQB 240; *K.D.N. Distribution & Warehousing Ltd., Re* (2002), 33 C.B.R. (4th) 77; *Canada 3000 Inc. (Re)*, [2002] O.J. No. 3266 (QL); *MacLean c. Morash* (2003), 219 N.S.R. (2d) 83, 2003 NSSC 219; *Down, Re* (2003), 46 C.B.R. (4th) 58, 2003 BCSC 1286; *Jiwani c. Devgan*, [2005] O.J. No. 2868 (QL); *105497 Ontario Inc. c. Schwartz Levinsky Feldman Inc.* (2005), 12 C.B.R. (5th) 122; *477470 Alberta Ltd., Re* (2005), 12 C.B.R. (5th) 125, 2005 ABQB 430; *588871 Ontario Ltd., Re* (1995), 33 C.B.R. (3d) 28; *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, conf. par (2004), 46 C.B.R. (4th) 126; *Mancini (Bankrupt) c. Falconi* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 90, conf. par (1993), 61 O.A.C. 332; *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, [2003] R.J.Q. 420.

**Lois et règlements cités**

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(21), 92(13).

*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 1(4), 69(2), (12), 96, 114, 116.

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 14.06(1.2), (2), (4), 16(4), 30, 31, 37, 41(2), (8), 47, 50(9), 50.4(5), 67, 69.1, 71, 72, 80, 121, 136 à 147, 148(3), 171(6), 197(3), 215, 251, 252.

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.7(4), 11.8(1), (3), (5).

*Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, art. 35.1, 76(2).

**Doctrine citée**

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated May 2006, release 25).

Auger, Jacques, and Albert Bohémier. « The Status of the Trustee in Bankruptcy » (2003), 37 *R.J.T.* 57.

Bennett, Frank. *Bennett on Bankruptcy*, 8th ed. Toronto : CCH Canadian, 2005.

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999.

Carter, Donald D., Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed., vols. 1 and 3. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2006, release 5).

Lederman, W. R. "The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada" (1963), 9 *McGill L.J.* 185.

Roman, Andrew J., and M. Jasmine Sweatman. "The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77.

Tay, Derrick C. A. "The *Bankruptcy and Insolvency Act*: Striking a Balance Between the Rights of the Debtor and its Creditors", article VI in *Implications of the New Bankruptcy and Insolvency Act*. Toronto: Insight Press, 1993.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, MacPherson and Cronk JJ.A.) (2004), 71 O.R. (3d) 54, 238 D.L.R. (4th) 677, 185 O.A.C. 138, 48 C.B.R. (4th) 256, [2004] O.J. No. 1353 (QL), setting aside a decision of Ground J. (2003), 42 C.B.R. (4th) 221, [2003] O.J. No. 1603 (QL). Appeal allowed, Deschamps J. dissenting. Cross-appeal dismissed.

*Stephen Wahl* and *Andrew J. Hatnay*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Orestes Pasparakis* and *Susan E. Rothfels*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

*Benjamin Zarnett* and *Frederick L. Myers*, for the respondent KPMG Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

ABELLA J. — Bankruptcy suspends the economic independence of an enterprise or individual. No longer can operational choices be made by the owner of a business. These become instead the responsibility of the receiver or trustee appointed by the court to salvage as much of the business's financial remains as possible for the benefit of creditors.

Carter, Donald D., Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague : Kluwer Law International, 2002.

Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed., vols. 1 and 3. Toronto : Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2006, release 5).

Lederman, W. R. « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963), 9 *McGill L.J.* 185.

Roman, Andrew J., and M. Jasmine Sweatman. « The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act : The War is Over » (1992), 71 *R. du B. can.* 77.

Tay, Derrick C. A. « The *Bankruptcy and Insolvency Act* : Striking a Balance Between the Rights of the Debtor and its Creditors », article VI in *Implications of the New Bankruptcy and Insolvency Act*. Toronto : Insight Press, 1993.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, MacPherson et Cronk) (2004), 71 O.R. (3d) 54, 238 D.L.R. (4th) 677, 185 O.A.C. 138, 48 C.B.R. (4th) 256, [2004] O.J. No. 1353 (QL), qui a infirmé une décision du juge Ground (2003), 42 C.B.R. (4th) 221, [2003] O.J. No. 1603 (QL). Pourvoi accueilli, la juge Deschamps est dissidente. Pourvoi incident rejeté.

*Stephen Wahl* et *Andrew J. Hatnay*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

*Orestes Pasparakis* et *Susan E. Rothfels*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

*Benjamin Zarnett* et *Frederick L. Myers*, pour l'intimée KPMG Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE ABELLA — La faillite suspend l'indépendance financière d'une entreprise ou d'un particulier. Le propriétaire d'une entreprise ne peut plus prendre de décisions touchant l'exploitation de celle-ci. Ces décisions deviennent alors la responsabilité du séquestre ou du syndic, lequel est nommé par le tribunal pour sauver tout ce qu'il peut des restes de l'entreprise au profit des créanciers. 1

2 Those creditors include unionized employees. The issue in this appeal is the extent to which the rights of those employees must yield to the overall objective in a bankruptcy of maximizing the ability of creditors to minimize their losses. In particular, the issue is whether those employees are entitled to the same access to a remedy as other stakeholders who attempt to impugn a receiver's or trustee's conduct.

3 The analysis engages both the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, and the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A.

4 Three provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act* are engaged by the circumstances of this case. The first is s. 47, authorizing a judge to appoint and supervise an interim receiver to take possession and control of, or otherwise deal with the debtor's property. The second is s. 215, which immunizes the conduct of receivers and trustees from lawsuits unless prior judicial authorization is obtained. The third is s. 72(1), declaring that unless there is a conflict with the Act, any legislation relating to property and civil rights is deemed to be supplemental to, not abrogated by the federal *Bankruptcy and Insolvency Act*.

5 The relevant provisions of the *Labour Relations Act, 1995* are ss. 69(2), 69(12), 114(1) and 116, the combined effect of which is to give to the Ontario Labour Relations Board exclusive and final authority to determine whether a financial transaction constitutes a sale of a business, thereby triggering the obligation, as a "successor employer", to honour any collective agreements of the acquired business.

6 The issue which animates the interpretive interplay between these provisions is whether to endorse the current judicial approach set out in *Mancini (Bankrupt) v. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332 (C.A.), to determinations under s. 215 of the *Bankruptcy*

Ces créanciers peuvent comprendre des employés syndiqués. Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelle mesure les droits de ces employés doivent céder le pas devant l'objectif global du processus de faillite, à savoir maximiser la capacité des créanciers de réduire leurs pertes au minimum. Plus particulièrement, la Cour doit décider si ces employés disposent du même droit de recours que les autres intéressés pour contester la conduite du séquestre ou du syndic.

Cette analyse fait intervenir tant la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, que la loi ontarienne intitulée *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A.

Les faits en cause nécessitent l'examen de trois dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* : l'art. 47, qui autorise un juge à nommer un séquestre intérimaire et à lui enjoindre de prendre possession des biens du débiteur, d'exercer un contrôle sur eux et de prendre toute autre mesure indiquée; l'art. 215, qui met les séquestres et syndics à l'abri de poursuites intentées sans autorisation judiciaire préalable; le par. 72(1), qui énonce que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'a pas pour effet d'abroger des dispositions législatives non incompatibles avec elle se rapportant à la propriété et aux droits civils, lesquelles sont réputées s'y ajouter.

Les dispositions pertinentes de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* sont les par. 69(2), 69(12) et 114(1) et l'art. 116 qui, ensemble, ont pour effet de conférer à la Commission des relations de travail de l'Ontario (la « Commission ») le pouvoir exclusif de rendre une décision ayant force de chose jugée sur la question de savoir si une opération constitue la vente d'une entreprise, imposant à l'acquéreur, en tant qu'« employeur successeur » l'obligation de respecter les conventions collectives liant l'entreprise qu'il a acquise.

Il s'agit, par l'interprétation de ces dispositions interreliées, d'établir s'il y a lieu d'entériner la position jurisprudentielle actuelle, exposée dans l'arrêt *Mancini (Bankrupt) c. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332 (C.A.), à l'égard des décisions rendues sous le

*and Insolvency Act* granting or withholding permission to sue a receiver or trustee.

For over a decade, the reigning test for mediating between the protection from litigation for those administering a bankrupt estate, and the right to sue them for this very administration, has been the one set out in *Mancini*. In essence, the three principles summarized in *Mancini* preclude frivolous, vexatious or manifestly unmeritorious claims from proceeding. For the reasons that follow, unlike the majority in the Court of Appeal, I see no reason to dethrone it and create a higher test to be applied only to claims by employees represented by unions.

## I. Background

The bankrupt, T.C.T. Logistics Inc., was one of a number of related companies (collectively "TCT") operating a trucking, freight brokerage and warehousing business of high-tech goods in Canada and the United States. TCT operated its warehouse business from several sites, one of which was in Toronto.

Forty-two employees at the Toronto warehouse were represented by the Industrial Wood & Allied Workers of Canada, Local 700 ("Union"). On their behalf, the Union entered into a collective agreement with TCT. The term of the agreement was from May 1, 2000 until April 30, 2004.

During the course of the collective agreement, TCT became insolvent. GMAC Commercial Credit Corporation — Canada ("GMAC"), TCT's largest secured creditor, applied under s. 47 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* for an order appointing KPMG Inc. ("KPMG") as interim receiver. The Union was not given notice of this application.

The order was made on January 24, 2002. It provides for the termination of all employees

régime de l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en matière d'autorisation de poursuivre un séquestre ou un syndic.

7 Pendant plus d'une décennie, c'est le critère établi dans *Mancini* qui a présidé à la conciliation, d'une part, de la protection des personnes chargées d'administrer l'actif des faillis contre les poursuites, et, d'autre part, du droit de poursuivre ces personnes relativement à cette même administration. Essentiellement, les trois principes résumés dans *Mancini* empêchent les instances frivoles, vexatoires ou manifestement non fondées d'aller de l'avant. Contrairement à la majorité de la Cour d'appel, et pour les motifs exposés ci-après, je ne vois aucune raison d'écarter ce critère et d'en créer un autre plus exigeant, qui s'appliquerait uniquement aux recours des employés syndiqués.

## I. Contexte

8 La faillie, T.C.T. Logistics Inc., faisait partie d'un groupe de sociétés liées (collectivement « TCT ») qui exploitait une entreprise de camionnage, de courtage, de fret et d'entreposage en rapport avec des marchandises de haute technologie au Canada et aux États-Unis. TCT exploitait plusieurs entrepôts, dont un à Toronto.

9 La Section locale 700 du Syndicat des travailleurs de l'industrie du bois et leurs alliés (le « Syndicat ») représentait 42 employés de l'entrepôt de Toronto. Le Syndicat avait conclu en leur nom une convention collective avec TCT pour la période allant du 1er mai 2000 au 30 avril 2004.

10 TCT est devenue insolvable pendant cette période. La Société de crédit commercial GMAC — Canada (« GMAC »), principale créancière garantie de TCT, a demandé en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* une ordonnance portant nomination de KPMG Inc. (« KPMG ») comme séquestre intérimaire. Le Syndicat n'a pas été avisé de cette demande.

11 L'ordonnance, qui a été rendue le 24 janvier 2002, précisait que l'emploi de tous les employés

"effective immediately", but it also gives KPMG authority to hire or fire any of TCT's employees.

12 The order explicitly states that KPMG's employment-related actions could not be considered those of a "successor employer". The order also prohibits proceedings being taken against the interim receiver unless the court grants leave, and then only if KPMG's solicitor/client costs in such proceedings are secured by court order.

13 The provision at the heart of this litigation is para. 15 of the order, the central provision insulating KPMG from a successor employer designation and more elaborately protecting it from employment obligations arising under either provincial or federal legislation. It states:

EMPLOYEES

. . .

15. THIS COURT ORDERS that the employment of employees of the Debtors, including employees on maternity leave, disability leave and all other forms of approved absence is hereby terminated effective immediately prior to the appointment of the Receiver. Notwithstanding the appointment of the Receiver or the exercise of any of its powers or the performance of any of its duties hereunder, or the use or employment by the Receiver of any person in connection with its appointment and the performance of its powers and duties hereunder, the Receiver is not and shall not be deemed or considered to be a successor employer, related employer, sponsor or payer with respect to any of the employees of any of the Debtors or any former employees within the meaning of the *Labour Relations Act* (Ontario), the *Employment Standards Act* (Ontario), the *Pension Benefits Act* (Ontario), *Canada Labour Code*, *Pension Benefits Standards Act* (Canada) or any other provincial, federal, or municipal legislation or common law governing employment or labour standards, (the "Labour

prenait fin [TRADUCTION] « immédiatement », mais donnait également à KPMG le pouvoir d'embaucher ou de congédier tout employé de TCT.

L'ordonnance indiquait expressément que les mesures prises par KPMG en matière d'emploi ne pouvaient être considérées comme celles d'un « employeur successeur ». Elle interdisait aussi que soit engagée contre le séquestre intérimaire quelque procédure que ce soit, sauf avec l'autorisation de la cour et, même là, uniquement à la condition que le paiement des dépens procureur-client de KPMG dans le cadre d'une telle procédure soit garanti au moyen d'une ordonnance judiciaire.

La mesure formant le nœud du présent litige est le par. 15 de l'ordonnance. Il s'agit de la principale disposition protégeant KPMG contre toute désignation à titre d'« employeur successeur » et, de manière plus précise, contre les obligations en matière d'emploi découlant de lois fédérales ou provinciales. Cette disposition prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

EMPLOYÉS

. . .

15. LA COUR ORDONNE que l'emploi des employés des débiteurs, y compris des employés absents en congé de maternité, en congé d'invalidité ou pour toute autre cause d'absence approuvée, prenne fin immédiatement avant la nomination du séquestre. Malgré la nomination du séquestre ou l'exercice de l'un quelconque des pouvoirs et attributions prévus par la présente ordonnance ou encore l'embauche ou le recours aux services de toute personne par le séquestre en rapport avec sa nomination et l'exercice de ses pouvoirs et attributions, le séquestre n'est pas et ne saurait être réputé ou considéré employeur successeur, employeur lié, promoteur d'un régime de retraite ou payeur à l'égard d'un employé ou ancien employé des débiteurs, au sens de la *Loi sur les relations de travail* (Ontario), de la *Loi sur les normes d'emploi* (Ontario), de la *Loi sur les régimes de retraite* (Ontario), du *Code canadien du travail*, de la *Loi sur les normes de prestation de pension* (Canada), de toute autre mesure législative fédérale, provinciale ou municipale ou règles de common law régissant l'emploi ou les normes de

Laws") or any other statue [*sic*], regulation or rule of law or equity for any purpose whatsoever, or any collective agreement or other contract between any of the Debtors and any of their present or former employees, or otherwise. In particular, the Receiver shall not be liable to any of the employees of any of the Debtors for any wages (as "wages" are defined in the *Employment Standards Act* (Ontario)), including severance pay, termination pay and vacation pay, except for such wages as the Receiver may specifically agree to pay. The Receiver shall not be liable for an [*sic*] contribution or other payment to any pension or benefit fund.

travail (les « lois sur le travail ») ou de toute autre mesure législative ou réglementaire ou règle de droit ou d'equity, ou de quelque convention collective ou autre contrat liant l'un ou l'autre des débiteurs et l'un quelconque de leurs employés, anciens ou actuels. Plus particulièrement, le séquestre n'assume aucune responsabilité envers les employés des débiteurs pour les salaires (au sens de la *Loi sur les normes d'emploi* (Ontario)), ce qui comprend l'indemnité de cessation d'emploi, l'indemnité de licenciement et l'indemnité de vacances, exception faite des salaires que le séquestre peut expressément consentir à verser. Le séquestre n'assume aucune responsabilité relativement à quelque contribution ou autre paiement à un fonds de retraite ou une caisse de retraite.

Paragraph 14 of the order is also relevant:

Le paragraphe 14 de l'ordonnance est pertinent lui aussi : 14

THIS COURT ORDERS AND DECLARES that nothing in this Order shall constitute the Receiver as the employer of the employees of any of the Debtors and further orders and declares that the appointment of the Receiver will not constitute a sale of the business of any of the Debtors.

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE ET DÉCLARE que la présente ordonnance n'a pas pour effet de faire du séquestre l'employeur des employés de l'un ou l'autre des débiteurs, et que la nomination du séquestre ne constitue pas la vente de l'entreprise de l'un ou l'autre des débiteurs.

Pursuant to a further order, KPMG was directed to file an assignment in bankruptcy on behalf of TCT and the related companies. The assignment was filed on February 25, 2002. KPMG was appointed trustee in bankruptcy.

Une ordonnance subséquente a enjoint à KPMG de procéder à une cession de biens au nom de TCT et des sociétés liées. La cession a été déposée le 25 février 2002. KPMG a été nommée syndic de faillite. 15

KPMG did not give notice to TCT's employees before it had obtained the January 24 order permitting it to terminate their employment. The Union, upon learning about the order, wrote to TCT and KPMG on February 1, 2002 advising them that, in its view, any collective bargaining rights under the Ontario *Labour Relations Act, 1995* remained "operative and in full force and effect".

KPMG n'a donné aucun avis aux employés de TCT avant d'avoir obtenu l'ordonnance du 24 janvier l'autorisant à mettre fin aux emplois. En apprenant l'existence de l'ordonnance, le Syndicat a écrit à TCT et à KPMG le 1er février 2002, leur disant qu'à son avis tous les droits de négociation collective prévus par la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario demeuraient [TRADUCTION] « en vigueur et continuaient de produire tous leurs effets ». 16

KPMG met with the employees on February 25, advising them that the business would be continuing in order to evaluate potential sales of the warehousing business. KPMG asked the employees for their loyalty and support "to allow us to maximize the enterprise value for all stakeholders".

KPMG a rencontré les employés le 25 février et les a informés qu'elle continuerait l'exploitation de l'entreprise afin d'évaluer les possibilités de vente du secteur de l'entreposage. Elle a fait appel à leur loyauté et à leur appui pour lui [TRADUCTION] « permettre de maximiser la valeur de l'entreprise pour le bénéfice de tous les intéressés ». 17

18 Subsequently, because of the rapid deterioration of the warehousing business, KPMG sought to sell it as a going concern as quickly as possible. On April 12, KPMG agreed to sell most of the assets of the warehousing business to Spectrum Supply Chain Solutions Inc., a newly formed company.

19 On April 16, KPMG informed the employees about the Spectrum deal and of its intention to seek court approval two days later. An order approving the transaction was obtained on April 18. The closing was scheduled to take place on April 19, 2002.

20 The leasehold interest in the Toronto warehouse was not one of the assets Spectrum purchased. As a result, KPMG decided to wind down its operations and disclaim the lease. It asked Spectrum to manage this process from April 19 until May 23, the date by which KPMG was obliged to vacate the Toronto premises. The resulting management agreement between Spectrum and KPMG entitled Spectrum to any revenues earned during that period in exchange for incurring the costs of winding down the Toronto operation.

21 All unionized employees at the Toronto warehouse were terminated by KPMG on May 9. Some of them were later hired by Spectrum. These hirings were not in accordance with the Union's seniority list.

22 As a result, the Union applied to the Ontario Labour Relations Board on May 13, seeking the following relief under the Ontario *Labour Relations Act, 1995*:

- a declaration that Spectrum was the successor employer to TCT and/or KPMG, and, accordingly, bound by the Union's collective agreement with TCT (under s. 69 of the Act);
- a declaration that TCT and Spectrum were a single employer for labour relations purposes (under s. 1(4) of the Act);
- a declaration of unfair labour practices against TCT and/or KPMG and Spectrum for

Par la suite, comme l'entreprise d'entreposage se dégradait rapidement, KPMG a cherché à la vendre le plus promptement possible comme entreprise en exploitation. Le 12 avril, KPMG a accepté de vendre la plupart des éléments d'actif de l'entreprise d'entreposage à Spectrum Supply Chain Solutions Inc., société nouvellement formée.

Le 16 avril, KPMG a informé les employés de l'entente avec Spectrum et de son intention de demander l'approbation du tribunal deux jours plus tard. Une ordonnance approuvant la transaction a été rendue le 18 avril. L'entente devait être signée le 19 avril 2002.

Le droit de tenure à bail afférent à l'entrepôt de Toronto ne faisait pas partie des éléments d'actif acquis par Spectrum. KPMG a donc décidé de liquider les opérations et de renoncer au bail. Elle a demandé à Spectrum de gérer ce processus du 19 avril au 23 mai, date à laquelle KPMG était tenue de quitter les locaux de Toronto. L'accord de gestion conclu en ce sens par Spectrum et KPMG accordait à Spectrum les revenus réalisés pendant cette période en contrepartie des frais faits par cette dernière pour liquider l'entreprise de Toronto.

KPMG a mis fin à l'emploi de tous les employés syndiqués de Toronto le 9 mai. Spectrum a subséquemment réembauché certains d'entre eux, mais sans suivre la liste d'ancienneté établie par le Syndicat.

Le 13 mai, le Syndicat a en conséquence présenté à la Commission une requête fondée sur la *Loi de 1995 sur les relations de travail* provinciale afin d'obtenir :

- une déclaration portant que Spectrum avait succédé comme employeur à TCT ou KPMG et qu'elle était donc liée par la convention collective conclue avec TCT (art. 69 de la Loi);
- une déclaration portant que TCT et Spectrum constituaient un seul employeur relativement aux relations de travail (par. 1(4) de la Loi);
- une déclaration portant que TCT ou KPMG et Spectrum s'étaient livrées à des pratiques

entering into an agreement discriminating against unionized employees and eliminating the Union in Spectrum's workforce (under s. 96 of the Act); and

- an order certifying the Union as the exclusive bargaining agent for Spectrum's employees.

The underlying premise of the Union's application to the Ontario Labour Relations Board was that Spectrum was incorporated for the sole purpose of acquiring TCT's warehousing business and had colluded with KPMG to operate TCT's business at a different location under substantially the same management. Except for the new location, the only major difference between TCT's operations and those of Spectrum was the absence of the Union. The president of Spectrum had been the vice-president, Warehousing and Logistics, of TCT; several of the warehousing managers of TCT became managers of Spectrum; and Spectrum set up the warehousing operations in its new Toronto location with essentially the same customers as TCT.

Relying primarily on s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* which prevents proceedings against an interim receiver or trustee in bankruptcy without leave of the court, KPMG obtained a stay of the Union's application from the Ontario Labour Relations Board.

The Union accordingly sought the necessary court approval. In its motion to the bankruptcy judge, it asked for the deletion of those portions of the January 24 order which had declared KPMG's conduct incapable of scrutiny under federal or provincial labour and employment legislation. It also sought to strike the security for costs provision.

The bankruptcy judge agreed that the costs requirement was unduly onerous and deleted it ((2003), 42 C.B.R. (4th) 221). He declined, however, to delete that part of the order declaring that the

déloyales de travail en concluant une entente discriminatoire à l'endroit des employés syndiqués et en éliminant le Syndicat de la main-d'œuvre de Spectrum (art. 96 de la Loi);

- une ordonnance accréditant le Syndicat à titre d'agent négociateur exclusif des employés de Spectrum.

23 Dans sa requête à la Commission, le Syndicat prétend fondamentalement que Spectrum a été constituée en personne morale à seule fin d'acquérir l'entreprise d'entreposage de TCT et a conclu avec KPMG un arrangement collusoire en vue d'exploiter l'entreprise de TCT à un autre endroit mais substantiellement sous la même direction. Exception faite du nouvel emplacement, la seule différence importante dans l'exploitation de l'entreprise par TCT et par Spectrum était l'absence du Syndicat. Le président de Spectrum était l'ancien vice-président à l'entreposage et à la logistique de TCT, plusieurs des gestionnaires d'entrepôt de TCT étaient devenus gestionnaires pour Spectrum et l'entreprise d'entreposage installée dans de nouveaux locaux à Toronto par Spectrum desservait essentiellement les mêmes clients que TCT.

24 Invoquant principalement l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, lequel interdit l'introduction d'actions contre un séquestre intérimaire ou un syndic de faillite sans la permission du tribunal, KPMG a obtenu de la Commission la suspension de la requête présentée par le Syndicat.

25 Le Syndicat s'est donc adressé aux tribunaux pour obtenir la permission nécessaire. Dans sa requête au juge de faillite, il a demandé la radiation des dispositions de l'ordonnance du 24 janvier qui mettaient la conduite de KPMG à l'abri de tout examen sous le régime des lois fédérales ou provinciales en matière de travail et d'emploi. Il a de plus sollicité la radiation de la disposition relative au cautionnement pour dépens.

26 Le juge de faillite a reconnu que l'exigence relative au cautionnement était indûment onéreuse et l'a supprimée ((2003), 42 C.B.R. (4th) 221). Il a toutefois refusé de radier la disposition de l'ordonnance

interim receiver could not be found to be a "successor employer" under the *Labour Relations Act, 1995.*

27 In the course of his analysis, the bankruptcy judge made a number of observations. Since interim receivership orders are designed to enhance the value of the bankrupt estate as much as possible, and since this objective may sometimes best be realized by continuing the operation of a debtor's business pending a sale, the court was entitled to consider the policy implications of exposing interim receivers or trustees to the risk of being successor employers. Moreover, eliminating the risk of an obligation that might otherwise accrue from continuing a business as a going concern offers employees the possibility of employment with a subsequent purchaser.

28 The bankruptcy judge concluded that it would be unduly burdensome on an interim receiver, and incompatible with its duties, to impose the requirements flowing from a successor employer designation on a receiver engaged in such temporary and limited employment relationships.

29 However, applying the "ancillary" or "necessarily incidental" doctrine crafted by Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 (refined by Iacobucci J. in *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, and by LeBel J. in *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31), the bankruptcy judge concluded that the "successor employer provisions" of the order were only "sufficiently integrated" with the legislative scheme of the *Bankruptcy and Insolvency Act* if the interim receiver was carrying on the bankrupt's business for the purpose of an orderly liquidation of the bankrupt's assets or of effecting a sale of the bankrupt's business as a going concern. He relied on Farley J.'s distinction in *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146 (Ont. S.C.J.),

portant que le séquestre intérimaire ne pouvait être considéré comme « employeur successeur » pour l'application de la *Loi de 1995 sur les relations de travail.*

Dans son analyse, le juge de faillite a fait certaines observations. Comme les ordonnances désignant un séquestre intérimaire visent à accroître le plus possible la valeur de l'actif du failli, et que la réalisation de cet objectif peut parfois exiger la poursuite de l'exploitation de l'entreprise du débiteur jusqu'à sa vente, le tribunal était admis à prendre en compte les conséquences que pourrait avoir le fait d'exposer les séquestres intérimaires ou les syndics au risque qu'ils soient considérés comme des employeurs successeurs. Il a en outre souligné que le fait d'écarter le risque pour le syndic ou le séquestre d'avoir à assumer des obligations qu'entraînerait autrement la poursuite des activités d'une entreprise offre aux employés la possibilité de travailler pour un acquéreur subséquent.

Le juge de faillite a conclu que, vu la nature temporaire et limitée des relations d'emploi, il serait trop onéreux pour le séquestre intérimaire — et de surcroît incompatible avec ses fonctions — de lui imposer les exigences accompagnant l'attribution de la qualité d'employeur successeur.

Toutefois, appliquant la doctrine de la « compétence accessoire » ou de l'effet « nécessairement accessoire » formulée par le juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 (puis précisée par le juge Iacobucci dans *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, et par le juge LeBel dans *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31), le juge de faillite a statué que les [TRADUCTION] « dispositions relatives à l'employeur successeur » de l'ordonnance n'étaient « suffisamment intégrées » au régime législatif de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* que si le séquestre intérimaire exploitait l'entreprise du failli afin de procéder à la liquidation ordonnée des éléments d'actif de celui-ci ou

between a receiver (or trustee) acting "*qua* realizer" of the assets and acting "*qua* employer". When acting "*qua* realizer", the receiver was entitled to immunity from successor employer provisions.

de vendre l'entreprise comme entreprise en exploitation. Il s'est appuyé sur la distinction établie par le juge Farley dans *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146 (C.S.J. Ont.), entre un séquestre (ou syndic) qui agit « en tant que liquidateur » et un séquestre (ou syndic) qui agit « en tant qu'employeur ». Le premier a le droit d'être soustrait à l'application des dispositions relatives à l'employeur successeur.

The bankruptcy judge accordingly amended para. 15 of the order by adding language clarifying that the "successor employer" protection was only valid if KPMG was acting "*qua* realizer" and its conduct was for the purpose of preserving, protecting or liquidating the debtor's assets. The specific language added to the second sentence of para. 15 was:

30 Le juge de faillite a donc modifié le par. 15 de l'ordonnance en précisant que la protection accordée à KPMG contre la désignation d'« employeur successeur » n'était valide que si cette dernière agissait « en tant que liquidateur » et que les mesures qu'elle prenait tendaient à sauvegarder, protéger ou liquider l'actif du débiteur. Le passage qu'il a ajouté à la deuxième phrase du par. 15 est rédigé comme suit :

for the purpose of preserving, protecting and realizing upon the assets of the Debtors by effecting a sale or sales of the assets or of the business of the Debtors as a going concern or otherwise or for the purpose of effecting an orderly liquidation of the assets of the Debtors.

[TRADUCTION] dans le but de sauvegarder, de protéger et de réaliser l'actif des débiteurs au moyen de la vente des éléments d'actif ou de l'entreprise des débiteurs comme entreprise en exploitation ou autrement, ou dans le but de procéder à la liquidation ordonnée de l'actif des débiteurs.

Since in his view KPMG was carrying on the business as a going concern for these very purposes and acting "*qua* realizer", it was therefore entitled to the protection stipulated in the January 24 order.

Étant d'avis que KPMG exploitait l'entreprise précisément dans ce but et qu'elle agissait « en tant que liquidateur », le juge de faillite a statué qu'elle avait droit à la protection prévue par l'ordonnance du 24 janvier.

Turning to s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the bankruptcy judge denied the Union leave to bring proceedings against KPMG at the Ontario Labour Relations Board. Since he had concluded that the provisions of the order in relation to KPMG's status as a successor employer were valid as amended, he saw no basis on which leave should be granted to bring a proceeding seeking relief contrary to the terms of the order.

31 Le juge de faillite a refusé au Syndicat, en vertu de l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la permission d'intenter des procédures contre KPMG devant la Commission. Comme il avait conclu que, telles qu'elles avaient été modifiées, les dispositions de l'ordonnance se rapportant à la qualité de KPMG en tant qu'employeur successeur étaient valides, il a estimé que rien ne justifiait d'autoriser un recours allant à l'encontre des modalités de l'ordonnance.

On appeal by the Union to the Court of Appeal, there were two issues:

32 L'appel formé par le Syndicat devant la Cour d'appel soulevait les deux questions suivantes :

- Did the bankruptcy judge have jurisdiction under s. 47(2) of the *Bankruptcy and Insolvency*

- Le juge de faillite avait-il compétence, en vertu du par. 47(2) de la *Loi sur la faillite et*

*Act* to make declarations about successorship?

- Did he err in the exercise of his discretion by denying leave under s. 215 of the Act?

33 The Court of Appeal unanimously concluded that only the labour board had jurisdiction to determine who was a successor employer ((2004), 71 O.R. (3d) 54). Section 47(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* did not confer on the bankruptcy judge the jurisdiction to make declarations on this issue or to otherwise immunize KPMG from such potential declarations by the labour board. Writing for the court on this issue, Feldman J.A. observed that the federal *Bankruptcy and Insolvency Act* itself explicitly states in s. 72(1) that only provincial laws which conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act* can be abrogated. She did not find in s. 47(2) the authority to declare whether actions taken by KPMG make it a successor employer. Accordingly, she saw no conflict between the authority given to the bankruptcy court under s. 47(2) to supervise an interim receiver, and the successor rights provisions in s. 69(12) of the *Labour Relations Act, 1995*, making a paramountcy analysis unnecessary. As a result, in her view the provincial laws conferring this exclusive jurisdiction on the labour board were unaffected by the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

34 Since the bankruptcy judge had no jurisdiction to make *any* determination relating to successor employer status, the distinction he drew in para. 15 of his January 24 order protecting the interim receiver only when it was acting "*qua* realizer" and not "*qua* employer" of the assets was immaterial.

35 On this basis, the Court of Appeal further amended para. 15 deleting the bankruptcy judge's "*qua* realizer" addition, and adding the following two passages:

*l'insolvabilité*, pour se prononcer sur le statut d'employeur successeur?

- A-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire de façon erronée en refusant la permission visée à l'art. 215 de la Loi?

La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que seule la Commission avait compétence pour se prononcer sur le statut d'employeur successeur ((2004), 71 O.R. (3d) 54). Le paragraphe 47(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'habilitait pas le juge de faillite à rendre un jugement déclaratoire sur ce point ou à mettre KPMG à l'abri d'une possible déclaration de la Commission portant que KPMG avait ce statut. Rendant jugement pour la cour sur ce point, la juge Feldman a fait remarquer que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* elle-même énonce expressément, au par. 72(1), que seules les dispositions provinciales incompatibles peuvent être abrogées. Elle n'a rien vu au par. 47(2) qui habilite à déclarer que des mesures prises par KPMG puissent faire de celle-ci un employeur successeur. Par conséquent, elle n'a relevé aucun conflit entre, d'une part, le pouvoir reconnu au juge de faillite par le par. 47(2) de contrôler les actes du séquestre intérimaire et, d'autre part, les dispositions relatives au statut de successeur visées au par. 69(12) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, ce qui éliminait la nécessité de procéder à l'analyse fondée sur la doctrine de la prépondérance. Elle a donc conclu que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* était sans effet sur les dispositions législatives provinciales attribuant compétence exclusive à la Commission.

Comme le juge de faillite n'avait pas compétence pour prononcer *quelque décision que ce soit* concernant le statut d'employeur successeur, la distinction qu'il avait établie au par. 15 de l'ordonnance du 24 janvier et qui ne protégeait le séquestre intérimaire que dans la mesure où il agissait « en tant que liquidateur » et non quand il agissait « en tant qu'employeur » devenait sans objet.

Sur ce fondement, la Cour d'appel a modifié à son tour le par. 15 de l'ordonnance, supprimant le passage ajouté par le juge de faillite relativement aux mesures prises en vue de la réalisation de l'actif et ajoutant les deux passages suivants :

. . . unless and until an order is made by the OLRB, upon leave of this court under s. 215 of the BIA, declaring the interim receiver a successor employer to the debtors, and subject to the specific terms of any such order, the interim receiver is not obliged to make any payment as a successor employer . . . . For clarification, the parties have agreed that if any such amounts become payable by the interim receiver as a successor employer, in no event is the interim receiver to be liable for any amount that either became due or accrued prior to the date of its appointment.

[TRADUCTION] . . . tant que la Commission des relations de travail de l'Ontario n'aura pas rendu d'ordonnance, dans le cadre d'un recours permis par notre cour sous le régime de l'art. 215 de la LFI, déclarant que le séquestre intérimaire succède aux débiteurs à titre d'employeur et, sous réserve des modalités précises d'une telle ordonnance, le séquestre intérimaire n'est pas obligé d'effectuer quelque paiement que ce soit en tant qu'employeur successeur [. . .] Pour plus de clarté, les parties sont convenues que si le séquestre intérimaire doit effectuer de tels paiements à titre de successeur de l'employeur, il ne peut en aucun cas être tenu responsable à l'égard d'une somme due ou exigible avant la date de sa nomination.

The court divided, however, on the bankruptcy judge's approach to and resolution of the Union's application for leave to bring labour board proceedings. The disagreement was over the test under s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* for granting leave to bring successor employer applications. Feldman J.A., whose analysis was endorsed in separate concurring reasons by Cronk J.A., was of the view that the traditional *Mancini* test represented too low a threshold when the proposed proceedings were successor employer applications. In her view, an approach was required that took more account of the impact of such litigation on the bankruptcy process.

36 Toutefois, la Cour d'appel s'est divisée quant à l'analyse et à la solution du juge de faillite relativement à la demande présentée par le Syndicat en vue d'être autorisé à intenter des procédures devant la Commission. Les juges ont différé d'avis sur le critère applicable pour accorder ou non, en vertu de l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la permission de présenter des demandes concernant le statut d'employeur successeur. La juge Feldman, à l'analyse de laquelle a souscrit la juge Cronk dans des motifs concourants, a estimé que le critère traditionnel formulé dans *Mancini* n'était pas assez exigeant lorsqu'il s'agissait d'instances relatives au statut d'employeur successeur. À son avis, il fallait un critère tenant davantage compte des conséquences de telles demandes en justice sur le processus de faillite.

The revised test proposed by Feldman J.A. added factors such as the complexity of the receivership; the availability of suitable purchasers; the potential duration of the receiver's operation of the business pending a sale; any arrangements the receiver has made with the Union to accommodate the employees; the likelihood that a subsequent purchaser will be declared a successor employer bound by the obligations under the collective agreement; and the timeliness of the labour board hearing relative to the receiver's temporary operation and ultimate sale of the business.

37 Le nouveau critère proposé par la juge Feldman ajoutait des facteurs comme la complexité du mandat du séquestre, l'existence d'acquéreurs acceptables, la durée possible de l'exploitation de l'entreprise par le séquestre en attendant une vente, tout arrangement pris par le séquestre avec le Syndicat pour prendre en compte la situation des employés, la probabilité qu'un acquéreur soit déclaré employeur successeur lié par les obligations découlant de la convention collective et la possibilité que l'audience de la Commission ait lieu en temps utile vu la nature provisoire de l'administration du séquestre et la vente de l'entreprise.

Feldman J.A. concluded that the bankruptcy judge was obliged not to determine the issue itself, but to determine whether a *prima facie* case of

38 La juge Feldman a conclu que le juge de faillite avait l'obligation, non pas de trancher la question comme telle, mais plutôt de déterminer si le statut

successor employer status had been made out, and, based on the factors she enumerated, to decide whether to grant leave. She accordingly set aside his refusal to grant leave and remitted the leave application back to him for reconsideration based on her enumerated factors.

39 In dissent, MacPherson J.A. saw no basis for erecting a higher threshold for granting leave when the application was for successor employer applications. Other creditors' applications for leave to bring proceedings under s. 215 are usually determined in accordance with the *Mancini* test, the applicability of which had been consistently upheld by the Ontario Court of Appeal, most recently in *Royal Crest Lifecare Group Inc., Re* (2004), 46 C.B.R. (4th) 126. In his view, by formulating what he characterized as a "more vague and more elaborate" (para. 111) test uniquely for successor employer leave applications, the majority was inviting a bankruptcy court to do indirectly through s. 215 what it had decided, correctly in his view, could not be done under s. 47(2), namely, insulate the receiver from successor employer determinations.

40 Applying the test in *Mancini*, MacPherson J.A. concluded that the bankruptcy judge had erred in refusing to grant leave to the Union to bring successor employer and unfair labour practice proceedings against KPMG. His remedy, accordingly, would have been to grant leave to the Union to proceed with its application before the labour board.

41 The Union appealed the Court of Appeal's order denying leave to bring its successorship proceedings before the labour board, and disputed the majority's conclusion that the *Mancini* test set too low a bar for granting leave to bring proceedings before the labour board. The Union also sought to have the Court of Appeal's amended version of para. 15 set aside to the extent that it continues to

d'employeur successeur avait été établi *prima facie* et, eu égard aux facteurs susmentionnés, de décider s'il y avait lieu d'accorder la permission demandée. Elle a donc annulé le refus du juge d'accorder la permission et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il la réexamine en fonction des facteurs qu'elle avait énumérés.

Dans sa dissidence, le juge MacPherson a indiqué qu'il ne voyait aucune raison de resserrer le critère lorsque l'autorisation demandée visait des procédures portant sur le statut d'employeur successeur. Les demandes d'autorisation fondées sur l'art. 215 présentées par d'autres créanciers sont généralement tranchées par application du critère de l'arrêt *Mancini*, dont la Cour d'appel de l'Ontario a invariablement reconnu l'applicabilité, la décision la plus récente à cet égard étant *Royal Crest Lifecare Group Inc., Re* (2004), 46 C.B.R. (4th) 126. À son avis, en formulant — uniquement à l'égard des autorisations de recours portant sur le statut d'employeur successeur — un critère qu'il a qualifié de [TRADUCTION] « plus vague et plus poussé » (par. 111), les juges majoritaires invitaient le tribunal de faillite à faire indirectement, en vertu de l'art. 215, la chose même que, suivant ce qu'ils avaient par ailleurs décidé, et ce, à juste titre selon lui, le par. 47(2) interdisait de faire, c'est-à-dire mettre le séquestre à l'abri de décisions portant sur le statut d'employeur successeur.

Le juge MacPherson a appliqué le critère de l'arrêt *Mancini* et, concluant que le juge de faillite avait à tort refusé d'autoriser le Syndicat à poursuivre KPMG sur le fondement du statut d'employeur successeur et de pratiques déloyales de travail, il a indiqué qu'il aurait donné au Syndicat la permission de présenter sa requête à la Commission.

Le Syndicat se pourvoit contre l'ordonnance de la Cour d'appel qui lui a refusé l'autorisation de saisir la Commission d'un recours portant sur le statut d'employeur successeur et il conteste la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le critère de l'arrêt *Mancini* n'était pas assez rigoureux lorsqu'il s'agissait de décider d'accorder ou non l'autorisation d'engager des instances devant

make declarations with respect to successorship rights.

GMAC cross-appealed the Court of Appeal's amendments to para. 15, taking issue with the court's unanimous conclusion that a bankruptcy judge lacks jurisdiction to declare whether a receiver is a successor employer under the *Labour Relations Act, 1995.*

## II. Analysis

### A. *Can a Bankruptcy Court Judge Determine Successor Rights Issues?*

The first issue decided by the Court of Appeal, and raised in the cross-appeal, relates to whether the bankruptcy court has jurisdiction to decide whether an interim receiver is a successor employer within the meaning of the *Labour Relations Act, 1995.* The unanimous conclusion of the Court of Appeal was that it had no such jurisdiction. I agree.

The bankruptcy court's authority to supervise the interim receiver is found in s. 47(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, which states:

> **47.** . . .
>
> (2) The court may direct an interim receiver appointed under subsection (1) to do any or all of the following:
>
> (*a*) take possession of all or part of the debtor's property mentioned in the appointment;
>
> (*b*) exercise such control over that property, and over the debtor's business, as the court considers advisable; and
>
> (*c*) take such other action as the court considers advisable.

These statutory parameters, though sufficiently flexible to authorize a wide range of conduct dealing with the taking, management, and eventual disposition of the debtor's property, are not open-ended.

la Commission. Il a également demandé la radiation du par. 15 modifié par la Cour d'appel, dans la mesure où celui-ci comporte encore des déclarations relatives au statut d'employeur successeur.

42 GMAC a formé un appel incident relativement à la modification du par. 15 par la Cour d'appel, contestant la conclusion unanime de celle-ci selon laquelle les juges de faillite n'ont pas compétence pour décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur pour l'application de la *Loi de 1995 sur les relations de travail.*

## II. Analyse

### A. *Le juge de faillite peut-il trancher des questions touchant le statut d'employeur successeur?*

43 La première question qu'a tranchée la Cour d'appel et qui est soulevée dans l'appel incident concerne le pouvoir du tribunal de faillite de décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur au sens de la *Loi de 1995 sur les relations de travail.* La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le tribunal de faillite ne possède pas ce pouvoir. Je suis du même avis.

44 Le pouvoir du tribunal de faillite de contrôler l'action du séquestre intérimaire est prévu au par. 47(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, qui est rédigé ainsi :

> **47.** . . .
>
> (2) Le tribunal peut enjoindre au séquestre intérimaire :
>
> *a*) de prendre possession de tout ou partie des biens du débiteur mentionnés dans la nomination;
>
> *b*) d'exercer sur ces biens ainsi que sur les affaires du débiteur le degré de contrôle que le tribunal estime indiqué;
>
> *c*) de prendre toute autre mesure qu'il estime indiquée.

45 Bien qu'ils soient assez souples pour permettre une vaste gamme de mesures en rapport avec la prise en charge, la gestion et l'aliénation éventuelle des biens du débiteur, ces paramètres

The powers given to the bankruptcy court under s. 47(2) are powers to direct the interim receiver's conduct. That section does not, explicitly or implicitly, confer authority on the bankruptcy court to make unilateral declarations about the rights of third parties affected by other statutory schemes.

46 Any doubt about whether s. 47(2) was intended to dispense such jurisdictional largesse vanishes when it is read in conjunction with s. 72(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, which states:

> **72.** (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

47 The effect of s. 72(1) is that the *Bankruptcy and Insolvency Act* is not intended to extinguish legally protected rights unless those rights are in conflict with the *Bankruptcy and Insolvency Act*. The right in issue here is the right found in s. 69 of the Ontario *Labour Relations Act, 1995* to seek a declaration that a subsequent employer is bound by the employment obligations found in the collective agreements of its predecessor. I agree with Feldman J.A. who concluded:

> . . . the first half of [s. 72] clearly states that the *BIA* will not abrogate or supercede any provincial law unless that law is in conflict with the *BIA*. The language of s. 47(2) of the *BIA* does not conflict with the successor employer sections of the *LRA* and therefore does not abrogate or supercede that Act. [para. 30]

48 Section 114(1) of the *Labour Relations Act, 1995* states:

législatifs n'ont pas une portée illimitée. Le paragraphe 47(2) accorde au tribunal de faillite le pouvoir d'enjoindre au séquestre intérimaire de faire certaines choses. Cette disposition n'a pas pour effet d'habiliter — ni explicitement ni implicitement — le tribunal de faillite à rendre des jugements déclaratoires unilatéraux sur les droits de tiers en fonction d'autres régimes législatifs.

Enfin, s'il subsiste encore quelque doute que le par. 47(2) pourrait avoir eu pour but d'attribuer des pouvoirs aussi larges, ce doute est dissipé lorsqu'on lit cette disposition en corrélation avec le par. 72(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, lequel prévoit ce qui suit :

> **72.** (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

Suivant cette disposition, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* n'a pas pour effet d'éteindre des droits garantis par la loi, sauf si ces droits sont incompatibles avec la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. En l'espèce, il s'agit du droit de demander, sur le fondement de l'art. 69 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, un jugement déclarant qu'un employeur subséquent est lié par les obligations en matière d'emploi prévues par les conventions collectives signées par son prédécesseur. Je souscris à la conclusion suivante de la juge Feldman :

> [TRADUCTION] . . . la première moitié de [l'art. 72] énonce clairement que la *LFI* n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer une règle de droit provinciale sauf si celle-ci est incompatible avec la *LFI*. Il n'y a pas d'incompatibilité entre le libellé du par. 47(2) de la *LFI* et les dispositions de la *LRT* concernant le successeur de l'employeur, et, par conséquent, ce paragraphe n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer cette dernière Loi. [par. 30]

Le paragraphe 114(1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* dispose ainsi :

**114.** (1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

**114.** (1) La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente loi ou qui lui sont conférés en vertu de celle-ci et trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise. Ses décisions ont force de chose jugée. Toutefois, la Commission peut à l'occasion, si elle estime que la mesure est opportune, réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, ordonnances, directives ou déclarations.

This means the labour board has exclusive jurisdiction to make a successor employer determination. It is difficult to see how the right to seek such a declaration conflicts in any way with the bankruptcy court's authority under s. 47(2) to direct and supervise the interim receiver's effective management of the debtor's assets. 49

Cela signifie que la Commission a compétence exclusive pour se prononcer sur le statut d'employeur successeur. Il est difficile de voir en quoi le droit de demander une déclaration sur cette question serait incompatible avec le pouvoir que le par. 47(2) accorde au tribunal de faillite de diriger et superviser l'administration efficace de l'actif du débiteur par le séquestre intérimaire.

Trustees, receivers and the specialized courts by which they are supervised, are entitled to a measure of deference consistent with their undisputed expertise in the effective management of a bankruptcy. Flexibility is required to cure the problems in any particular bankruptcy. But guarding that flexibility with boiler plate immunizations that inoculate against the assertion of rights is beyond the therapeutic reach of the *Bankruptcy and Insolvency Act*. 50

Il convient de faire preuve, envers les syndics et les séquestres ainsi qu'envers les tribunaux spécialisés qui les supervisent, du degré de déférence correspondant à leur expertise incontestée en matière de gestion efficace des faillites. Il va de soi que la souplesse est indispensable pour solutionner les problèmes que pose une faillite donnée. Toutefois, la protection de cette souplesse au moyen de dispositions standard immunisant ces intervenants contre l'engagement de procédures les visant dépasse le pouvoir thérapeutique de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

If the s. 47 net were interpreted widely enough to permit interference with all rights which, though protected by law, represent an inconvenience to the bankruptcy process, it could be used to extinguish all employment rights if the bankruptcy court thinks it "advisable" under s. 47(2)(*c*). Explicit language would be required before such a sweeping power could be attached to s. 47 in the face of the preservation of provincially created civil rights in s. 72. As Major J. stated in *Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 60, 2004 SCC 3: 51

Si l'article 47 pouvait recevoir une interprétation assez large pour permettre de porter atteinte à tous les droits qui, bien que protégés par la loi, gênent le processus de faillite, il pourrait être invoqué pour éteindre tous les droits en matière d'emploi si le tribunal de faillite estimait qu'il s'agit d'une mesure « indiquée » aux termes de l'al. 47(2)*c*). Pour que l'art. 47 confère un pouvoir aussi étendu, en dépit de l'existence de l'art. 72 protégeant les droits civils d'origine provinciale, il faudrait un texte explicite. Comme l'a indiqué le juge Major dans l'arrêt *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 60, 2004 CSC 3 :

. . . explicit statutory language is required to divest persons of rights they otherwise enjoy at law. . . . [S]o long as the doctrine of paramountcy is not triggered,

. . . il faut une disposition législative explicite pour priver une personne de droits dont elle jouit par ailleurs en droit. [. . .] [T]ant que la doctrine de la primauté des

federally regulated bankruptcy and insolvency proceedings cannot be used to subvert provincially regulated property and civil rights. [para. 43]

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. [par. 43]

The language of s. 47(2) falls well short of this standard. The bankruptcy court can undoubtedly mandate employment-related conduct by the receiver, but as s. 47(2) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* is presently worded, the court cannot, on its own, abrogate the right to seek relief at the labour board.

Le texte du par. 47(2) est loin de satisfaire à cette condition. Le tribunal de faillite peut indubitablement donner au séquestre des instructions en matière d'emploi, mais, compte tenu du libellé actuel du par. 47(2) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le tribunal n'est pas habilité à abroger de son propre chef le droit de présenter une demande à une commission des relations de travail.

52 Accordingly, the Court of Appeal was correct to conclude that the bankruptcy judge had no jurisdiction to make a declaration about or immunize the receiver from successor employer liability. To the extent that any provision of the order does so, including the amendments added by the Court of Appeal, they should be set aside.

Par conséquent, la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge de faillite n'avait pas compétence pour statuer sur la responsabilité du séquestre en tant qu'employeur successeur ni pour le mettre à l'abri de cette responsabilité. Dans la mesure où quelque élément de l'ordonnance, y compris les modifications apportées par la Cour d'appel, a cet effet, il y a lieu de supprimer cet élément.

### B. *Is a Unique Test Required Under Section 215 for Leave to Bring Successor Rights Applications?*

### B. *L'application de l'art. 215 requiert-elle un critère particulier pour les demandes d'autorisation touchant au statut d'employeur successeur?*

53 Having concluded that the bankruptcy judge has no jurisdiction either to make a determination as to the receiver's status as a successor employer, or to immunize it from such a determination by the labour board, the remaining issue is whether to set aside the bankruptcy judge's refusal to permit the Union remedial access to the Ontario Labour Relations Board.

Vu la conclusion que le juge de faillite n'a compétence ni pour décider si le séquestre a le statut d'employeur successeur ni pour le protéger contre une décision de cette nature de la Commission, il reste à se demander s'il faut infirmer la décision du juge de faillite de refuser au Syndicat la permission de s'adresser à la Commission.

54 The debate between the parties is over the extent of the bankruptcy court's discretion when leave is sought by a union to bring a successor employer application against the receiver or trustee. This shifts the focus to s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, which states:

La question en litige concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal de faillite lorsqu'un syndicat requiert la permission de présenter contre le séquestre ou le syndic une demande relative à la qualité d'employeur successeur. La disposition pertinente de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est alors l'art. 215, qui énonce ce qui suit :

**215.** Except by leave of the court, no action lies against the Superintendent, an official receiver, an interim receiver or a trustee with respect to any

**215.** Sauf avec la permission du tribunal, aucune action n'est recevable contre le surintendant, un séquestre officiel, un séquestre intérimaire ou un syndic

report made under, or any action taken pursuant to, this Act.

For almost 150 years, courts and commentators have been universally of the view that the threshold for granting leave to commence an action against a receiver or trustee is not a high one, and is designed to protect the receiver or trustee against only frivolous or vexatious actions, or actions which have no basis in fact. As L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra stated in *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 3, at p. 7-118.2:

> The court will not refuse leave unless there is no foundation for the claim or the claim is frivolous and vexatious . . . .

Essentially, unless the claim is without merit, the gate to a litigated determination has usually been opened under s. 215 and its statutory predecessors: see *Randfield v. Randfield* (1861), 3 De G. F. & J. 766, 45 E.R. 1075, at p. 1077, *per* Turner L.J. (". . . it is not, as I apprehend, according to the course of the Court, to refuse liberty to try a right which is claimed against its receiver, unless it is perfectly clear that there is no foundation for the claim"); *In re Diehl v. Carritt* (1907), 15 O.L.R. 202 (H.C.J.), at p. 204; *Danny's Cabaret Ltd. v. Horner*, [1980] B.C.J. No. 1293 (QL) (C.A.); *Virden Credit Union Ltd. v. Dunwoody Ltd.* (1982), 45 C.B.R. (N.S.) 84 (Man. Q.B.), at p. 90; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 113 (Ont. C.A.); *RoyNat Inc. v. Allan* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 165 (Q.B.); *B.N.R. Holdings Ltd. v. Royal Bank* (1992), 14 C.B.R. (3d) 233 (B.C.S.C.); *Toronto Dominion Bank v. Alex L. Clark Ltd.* (1993), 22 C.B.R. (3d) 6 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 7; *Nicholas v. Anderson* (1996), 40 C.B.R. (3d) 32 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at paras. 13-15; *Burton v. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9 (Ont. S.C.J.), at para. 13; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Armitage* (2000), 50 O.R. (3d) 688 (C.A.), at para. 2; *Vanderwoude v. Scott and Pichelli Ltd.* (2001), 143 O.A.C. 195, at para. 22; *Bennett on Bankruptcy* (8th ed. 2005), at pp. 416-17; *Bennett on Receiverships* (2nd ed. 1999), at p. 223; and Houlden, Morawetz and Sarra, at p. 7-118.2.

relativement à tout rapport fait ou toute mesure prise conformément à la présente loi.

55 Depuis près de 150 ans, la jurisprudence et la doctrine considèrent unanimement que le critère applicable en matière d'autorisation de poursuivre un séquestre ou un syndic n'est pas très exigeant et qu'il vise à protéger ceux-ci seulement contre les actions frivoles, vexatoires ou dépourvues de fondement factuel. Comme l'ont affirmé L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra dans *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3e éd. (feuilles mobiles)), vol. 3, p. 7-118.2 :

> [TRADUCTION] Le tribunal ne refusera pas la permission demandée à moins que l'action soit sans fondement ou qu'elle soit frivole ou vexatoire . . .

56 Essentiellement, sauf si l'action était sans fondement, celle-ci a généralement été autorisée en vertu de l'art. 215 et des dispositions qui l'ont précédé : voir *Randfield c. Randfield* (1861), 3 De G. F. & J. 766, 45 E.R. 1075, p. 1077, le lord juge Turner ([TRADUCTION] « . . . il n'appartient selon moi, pas au tribunal de refuser la liberté de faire valoir un droit à l'encontre d'un séquestre, à moins que l'action n'ait manifestement aucun fondement »); *In re Diehl c. Carritt* (1907), 15 O.L.R. 202 (H.C.J.), p. 204; *Danny's Cabaret Ltd. c. Horner*, [1980] B.C.J. No. 1293 (QL) (C.A.); *Virden Credit Union Ltd. c. Dunwoody Ltd.* (1982), 45 C.B.R. (N.S.) 84 (B.R. Man.), p. 90; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 113 (C.A. Ont.); *RoyNat Inc. c. Allan* (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 165 (B.R.); *B.N.R. Holdings Ltd. c. Royal Bank* (1992), 14 C.B.R. (3d) 233 (C.S.C.-B.); *Toronto Dominion Bank c. Alex L. Clark Ltd.* (1993), 22 C.B.R. (3d) 6 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 7; *Nicholas c. Anderson* (1996), 40 C.B.R. (3d) 32 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 13-15; *Burton c. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9 (C.S.J. Ont.), par. 13; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. Armitage* (2000), 50 O.R. (3d) 688 (C.A.), par. 2; *Vanderwoude c. Scott and Pichelli Ltd.* (2001), 143 O.A.C. 195, par. 22; *Bennett on Bankruptcy* (8e éd. 2005), p. 416-417; *Bennett on Receiverships* (2e éd. 1999), p. 223, et Houlden, Morawetz et Sarra, p. 7-118.2.

57 In the leading case of *Mancini*, the Court of Appeal summarized the accepted principles as being the following:

> 1. Leave to sue a trustee should not be granted if the action is frivolous or vexatious. Manifestly unmeritorious claims should not be permitted to proceed.
>
> 2. An action should not be allowed to proceed if the evidence filed in support of the motion, including the intended action as pleaded in draft form, does not disclose a cause of action against the trustee. The evidence typically will be presented by way of affidavit and must supply facts to support the claim sought to be asserted.
>
> 3. The court is not required to make a final assessment of the merits of the claim before granting leave. [Citations omitted; para. 7.]

58 The court in *Mancini* explained that the duty of the trustee is to protect both the creditors and the public interest in the proper administration of the bankrupt estate. The gatekeeping purpose of the leave requirement, therefore, in light of this duty, is to prevent the trustee or receiver "from having to respond to actions which are frivolous or vexatious or from claims which do not disclose a cause of action" (para. 17) so that the bankruptcy process is not made unworkable. On the other hand, it ensures that legitimate claims can be advanced.

59 The question under s. 215 is whether the evidence provides the required support for the cause of action sought to be asserted. As Blair J. observed in *Nicholas*:

> The question . . . is whether, in the circumstances of this case, the facts in support of the proposed claim have been disclosed by sufficient affidavit evidence to ensure the claim's proper factual foundation, having regard to the policy of requiring leave in order to protect a trustee from claims which have no basis in fact. [para. 16]

In other words, the evidence must disclose a *prima facie* case.

Dans *Mancini*, l'arrêt-clé sur la question, la Cour d'appel a résumé ainsi les principes reconnus :

> [TRADUCTION]
>
> 1. La permission de poursuivre un syndic ne devrait pas être accordée si l'action est frivole ou vexatoire. Des actions manifestement non fondées ne devraient pas être autorisées.
>
> 2. Il ne faudrait pas permettre la poursuite d'une instance si la preuve soumise à l'appui de la requête, y compris la version préliminaire de la déclaration envisagée, ne révèle pas de cause d'action opposable au syndic. La preuve, qui est habituellement présentée par affidavit, doit faire état des faits allégués à l'appui des conclusions recherchées.
>
> 3. Le tribunal n'a pas à se prononcer sur le bien-fondé de l'action avant d'accorder la permission demandée. [Références omises; par. 7.]

Dans *Mancini*, la Cour d'appel a expliqué que le syndic a le mandat de protéger à la fois les créanciers et l'intérêt du public dans l'administration ordonnée de l'actif du failli. Compte tenu de ce mandat, l'obligation d'obtenir une permission a donc pour but d'éviter au syndic ou au séquestre d'avoir [TRADUCTION] « à se défendre contre des actions qui sont frivoles ou vexatoires, ou qui ne révèlent aucune cause d'action » (par. 17), de façon que le processus de faillite ne soit pas paralysé. En revanche, cette obligation garantit que les actions légitimes peuvent être intentées.

Pour l'application de l'art. 215, il faut déterminer si la preuve étaye la cause d'action invoquée. Comme l'a fait remarquer le juge Blair dans *Nicholas* :

> [TRADUCTION] La question [. . .] consiste à déterminer si, dans les circonstances en cause, une preuve par affidavit suffisante étaye les faits allégués au soutien de l'action envisagée, afin de s'assurer du bien-fondé factuel de l'action, vu la règle qui requiert l'obtention d'une autorisation dans le but de protéger le syndic contre les demandes dépourvues de fondement factuel. [par. 16]

Autrement dit, il doit exister une preuve *prima facie*.

Although the *Mancini* test calls for an investigation into whether the proposed litigation discloses a cause of action, the focus of that inquiry is not a determination of the merits. This is a particularly important observation in circumstances where exclusive jurisdiction to decide the legal questions raised in the proceedings resides elsewhere. As the court said in *Mancini*, at para. 16 "[o]n a continuum of evidence ranging from no evidence to evidence which is conclusive, the evidence required to support an order under [the predecessor of s. 215] must be sufficient to establish that there is a factual basis for the proposed claim and that the proposed claim discloses a cause of action." See also *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, at para. 2.

60 Bien que le critère établi dans *Mancini* exige que le tribunal se demande si la poursuite envisagée révèle une cause d'action, cet examen n'a pas pour objet de trancher la question au fond. Cette observation est particulièrement importante lorsqu'un autre tribunal a compétence exclusive pour statuer sur les questions juridiques soulevées par l'instance. Comme l'a signalé la Cour d'appel dans *Mancini*, par. 16, [TRADUCTION] « [s]ur une échelle qui va de l'absence totale de preuve à une preuve qui est concluante, la preuve nécessaire pour fonder une ordonnance en vertu de [la disposition antérieure à l'art. 215] doit être suffisante pour établir l'existence d'un fondement factuel à l'égard de l'action envisagée, et pour établir que cette action révèle une cause d'action. » Voir aussi l'arrêt *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, par. 2.

This threshold strikes the appropriate balance between the protection of trustees and receivers from the distraction and delay inherent in frivolous or merely tactical suits, and the preservation to the maximum extent possible of the rights of creditors and others as against a trustee or receiver. In this way, *Mancini* is consistent with *Crystalline*'s requirement that there be "explicit statutory language" (para. 43) before the *Bankruptcy and Insolvency Act* is interpreted so as to deprive persons of rights conferred under provincial law.

61 Ce critère établit un juste équilibre entre, d'une part, la protection des syndics et des séquestres contre les dérangements et délais inhérents aux poursuites frivoles ou intentées pour des raisons purement tactiques, et, d'autre part, la protection — dans la plus large mesure possible — des droits des créanciers et autres intéressés contre les décisions et les actes des syndics et des séquestres. En ce sens, l'arrêt *Mancini* est compatible avec l'exigence énoncée dans *Crystalline* selon laquelle il faut « une disposition législative explicite » (par. 43) pour que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* puisse être interprétée de manière à priver une personne de droits conférés par une province.

The approach proposed by the majority in the Court of Appeal would require that courts consider the effect of the proposed proceeding on, among other considerations, the potential for interference with the maximization of stakeholder value. With respect, the result of the application of this higher threshold would necessarily bar some meritorious cases on the basis that other stakeholders would be better off. To allow bankruptcy courts to use the leave requirement in s. 215 to pick and choose between stakeholders' claims on the basis of a standard which, as MacPherson J.A. noted, at para. 111, is both "more vague and more elaborate" than that set out in *Mancini*, would be a profound

62 L'analyse suggérée par les juges majoritaires de la Cour d'appel obligerait les tribunaux à examiner l'effet de l'instance proposée au regard de diverses considérations, notamment la possibilité qu'elle entrave la maximisation de la valeur de l'actif au profit des divers intéressés. En toute déférence, l'application de ce critère plus exigeant aurait nécessairement pour conséquence d'empêcher l'introduction d'actions qui méritent d'être instruites, au motif qu'une telle décision serait plus avantageuse pour certains intéressés. Permettre aux tribunaux de faillite d'utiliser l'obligation d'obtenir une permission prévue à l'art. 215 pour choisir entre les réclamations des personnes intéressées en se

departure from the principles in *Crystalline*. The integrity and efficiency of the bankruptcy process are sufficiently advanced by directing bankruptcy courts to deny leave to frivolous and merely tactical suits.

63 A more interventionist approach is premised on the "single control" theory of bankruptcy litigation. In *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92, a case dealing with the enforceability of bankruptcy court orders across Canada, Binnie J. described the goal of a single court controlling all aspects of a bankruptcy, including litigation, as being "the expeditious, efficient and economical clean-up of the aftermath of a financial collapse" (para. 27). The benefits of avoiding multiple proceedings in multiple provinces underlay the decision. But, as Binnie J. also observed, "[s]ingle control is not necessarily inconsistent with transferring particular disputes elsewhere" (para. 76).

64 "[T]ransferring particular disputes elsewhere" is all that is done when leave under s. 215 is granted. Moreover, I note that the "transfer" in the instant case consists only of permitting the tribunal vested with exclusive jurisdiction over the matter to ultimately decide it. It is one thing to avoid permitting provincial enforcement schemes to defeat legitimate bankruptcy orders, as was held in *Sam Lévy*, it is another to use the bankruptcy process to defeat legitimate assertions of provincially granted rights, including labour and employment rights over which the bankruptcy court has no jurisdiction. The *Mancini* test is not, in short, inconsistent with "single control".

fondant sur une norme qui, comme l'a souligné le juge MacPherson de la Cour d'appel au par. 111, est à la fois [TRADUCTION] « plus vague et plus poussée » que celle énoncée dans *Mancini* constituerait une importante dérogation aux principes formulés dans l'arrêt *Crystalline*. Il suffit, pour assurer l'intégrité et l'efficacité du processus de faillite, que l'on demande aux tribunaux de faillite de ne pas autoriser les poursuites frivoles ou intentées pour des raisons purement tactiques.

Le recours à une démarche plus interventionniste repose sur la théorie du « contrôle unique » des litiges en matière de faillite. Dans *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92, où il était question du caractère exécutoire, partout au Canada, des ordonnances du tribunal de faillite, le juge Binnie a signalé que le recours à un tribunal unique qui contrôle tous les aspects d'une faillite, y compris les litiges, a pour objectif « la gestion expéditive, efficace et économique des retombées d'un effondrement financier » (par. 27). La décision repose sur les avantages qui découlent du fait d'éviter l'instruction de multiples procédures dans plusieurs provinces. Or, comme l'a fait remarquer le juge Binnie, « [l]e contrôle unique n'est pas nécessairement incompatible avec le renvoi de litiges particuliers à d'autres ressorts » (par. 76).

« [L]e renvoi de litiges particuliers à d'autres ressorts » est tout ce qui est accompli lorsque la permission visée à l'art. 215 est accordée. De plus, je souligne qu'en l'espèce le « renvoi » revient uniquement à autoriser le tribunal à trancher, en bout de ligne, une affaire sur laquelle il a par ailleurs compétence exclusive. C'est une chose d'éviter que les régimes d'exécution provinciaux permettent de déroger aux ordonnances légitimes rendues en matière de faillite, comme il a été décidé dans *Sam Lévy*. Par contre, c'en est une autre d'utiliser le processus de faillite pour faire obstacle à la revendication légitime de droits reconnus par une province, y compris des droits en matière de travail et d'emploi qui ne sont pas du ressort du tribunal de faillite. Bref, le critère énoncé dans *Mancini* n'est pas incompatible avec celui du « contrôle unique ».

Ultimately, the appropriate test under s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* remains a question of statutory interpretation, and the Act itself provides important context for the resolution of that question. I think it is instructive that s. 37 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* provides that when the bankrupt, any creditor, or any other person is aggrieved by an act or decision of a trustee or receiver in the administration of the bankrupt estate, he or she may apply to the bankruptcy court. The court may then reverse, modify or confirm the act or decision complained of, making such order as it thinks just. No leave is required under s. 37.

Sections 37 and 215 have been called alternative means of proceeding against a trustee or receiver: see *Virden Credit Union*, at pp. 89-90. The difference, of course, is that under s. 215, permission can be sought to seek a remedy elsewhere than in the bankruptcy court, and certain claims will be beyond the jurisdiction of the bankruptcy court under s. 37. Nevertheless, many actions that may be brought with leave under s. 215 may also be heard in the bankruptcy court on a s. 37 application. What is instructive about s. 37, however, is that it demonstrates that Parliament did not consider it appropriate to immunize court-appointed officers from litigation.

On the other hand, where Parliament has intended to confer immunity on trustees or receivers from certain claims, it has done so explicitly, as in s. 14.06(1.2) (trustee immune from certain liabilities arising from continuing the debtor's business or the employment of the debtor's employees); s. 14.06(4) (trustee immune in certain circumstances from environmental liabilities); s. 41(8) (discharge of liability of trustee upon discharge of trustee); ss. 50(9) and 50.4(5) (trustee not liable for detrimental reliance on cash-flow statements if the trustee reviews the statements reasonably and in good faith); s. 80 (trustee not liable for losses resulting from seizure of

En définitive, le critère approprié pour l'application de l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* demeure une question d'interprétation législative, et la Loi elle-même fournit un contexte important pour résoudre cette question. Je trouve révélateur que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoie, à l'art. 37, que lorsqu'un acte ou une décision d'un syndic ou d'un séquestre relativement à l'administration de l'actif du failli lèse ce dernier, un créancier ou toute autre personne, l'intéressé peut s'adresser au tribunal de faillite. Ce tribunal peut alors infirmer, modifier ou confirmer l'acte ou la décision qui fait l'objet de la plainte et rendre l'ordonnance qu'il juge équitable. L'article 37 n'exige aucune permission. 65

Les articles 37 et 215 ont été considérés comme deux façons différentes de contester les décisions d'un syndic ou d'un séquestre : voir *Virden Credit Union*, p. 89-90. La différence réside bien sûr dans le fait qu'il est possible, en vertu de l'art. 215, de demander la permission d'engager un recours devant un tribunal autre que le tribunal de faillite, et que certaines actions échapperont à la compétence accordée au tribunal de faillite par l'art. 37. Néanmoins, de nombreux recours pouvant être intentés sur autorisation en vertu de l'art. 215 peuvent également être soumis au tribunal de faillite en application de l'art. 37. Toutefois, l'intérêt de cette dernière disposition est qu'elle démontre que le législateur n'a pas jugé indiqué de mettre à l'abri des poursuites les auxiliaires de justice nommés par les tribunaux. 66

En revanche, lorsque le législateur a voulu protéger les syndics ou les séquestres contre certains recours, il l'a fait explicitement, par exemple : par. 14.06(1.2) (immunité à l'égard de certaines réclamations conférées au syndic qui continue l'exploitation de l'entreprise du débiteur ou lui succède comme employeur); par. 14.06(4) (protection du syndic dans certaines circonstances contre les ordonnances en matière environnementale); par. 41(8) (exonération de responsabilité par suite de la libération); par. 50(9) et 50.4(5) (protection du syndic contre la responsabilité pour préjudice subi par un tiers qui s'est fié à l'état de l'évolution de l'encaisse, lorsque l'état a été examiné avec 67

property); s. 148(3) (no action for a dividend lies against a trustee); s. 171(6) (trustee not liable for reasonable and good faith statement of opinion as to the probable cause of the bankruptcy); s. 197(3) (trustee not liable for costs of a proceeding); s. 251 (no action against a receiver for loss resulting from notice of the receiver's appointment); and s. 252 (no action against a receiver for failure to comply with the Act where the receiver reasonably believed the debtor was not insolvent).

68 In the absence of such express protection, the bankruptcy court should not convert the leave mechanism in s. 215 into blanket insulation for court-appointed officers.

69 The issue then becomes whether there is some reason why the long-standing principles governing the granting of leave should be different when the dispute relates to the receiver's obligations to the debtors' employees represented by a union.

70 The argument for a higher, more elaborate threshold advanced by the majority in the Court of Appeal is to enhance the receiver's ability to decide how and when to sell the assets, free from the fear of subsequent scrutiny for labour relations violations. The *Mancini* test does not in any way interfere with the protections that Parliament has deemed necessary to preserve the ability of trustees and receivers to discharge their duties flexibly and efficiently. If the argument is that the receiver should be protected from the threat of litigation by the Union because of its inevitable cost, delay and inconvenience, then no creditor should ever be granted leave to sue. No litigation is without delay, cost and inconvenience. But Parliament has nonetheless decided, through s. 215, that the bankruptcy court should, in its discretion, permit litigation against court-appointed officers. It has made no distinction between unions and other

soin et bonne foi); art. 80 (exonération de responsabilité du syndic à l'égard de pertes découlant de la saisie de biens); par. 148(3) (aucun droit d'action en recouvrement de dividende); par. 171(6) (protection du syndic contre la responsabilité découlant d'une déclaration raisonnable faite de bonne foi sur la cause probable de la faillite); par. 197(3) (exclusion de responsabilité personnelle en matière de frais de justice); art. 251 (protection du séquestre contre les actions fondées sur un préjudice découlant de l'envoi de l'avis de sa nomination); art. 252 (moyen de défense accordé au séquestre qui aurait contrevenu à la Loi s'il avait des motifs raisonnables de croire que le débiteur n'était pas insolvable).

En l'absence de dispositions expresses de ce genre, le tribunal de faillite ne devrait pas convertir la procédure d'autorisation établie à l'art. 215 en mesure de protection générale des auxiliaires de justice désignés par les tribunaux.

Il faut alors se demander pour quelle raison les principes établis de longue date qui régissent l'obtention de la permission devraient différer lorsque le litige a trait aux obligations du séquestre envers les employés syndiqués du débiteur.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont estimé qu'il fallait appliquer un critère plus exigeant et plus poussé afin d'accroître la capacité du séquestre de décider quand et comment il entend vendre l'actif du débiteur, sans craindre qu'on lui reproche plus tard d'avoir contrevenu aux règles en matière de relations de travail. Le critère de l'arrêt *Mancini* ne restreint nullement les mesures de protection que le législateur a jugé nécessaires d'établir pour préserver la capacité des syndics et des séquestres de s'acquitter de leurs fonctions avec souplesse et efficacité. Si l'on prétend qu'il y a lieu de protéger le séquestre contre les risques de poursuites par le Syndicat en raison des coûts, délais et inconvénients inévitables qu'elles occasionnent, il faudrait alors refuser à tout créancier la permission d'intenter des poursuites. Toute action en justice engendre des coûts, des délais et des inconvénients. Le législateur a tout de même décidé, en édictant

creditors in granting this discretionary authority and none should be imputed.

To impose a higher s. 215 threshold when it is a labour board issue is to read into the *Bankruptcy and Insolvency Act* a lower tolerance for the rights of employees represented by unions than for other creditors. I see nothing in the Act that suggests this dichotomy.

A hierarchical approach to s. 215 which makes it significantly more difficult for a successorship case to obtain leave would unduly give trustees and receivers more protection from being answerable to the court for possible misconduct related to potential breaches of labour relations, and offers unique and enhanced protection for trustees who violate labour rights. It is, moreover, an approach that undermines the protection of rights endorsed by this Court in *Crystalline*. As Borins J.A. of the Ontario Court of Appeal observed in *Royal Crest*:

> While the important role performed by bankruptcy trustees is deserving of protection, the rights of labour unions to pursue legitimate issues on behalf of their members must also be respected. [para. 70]

The Court of Appeal unanimously — and correctly — reached the conclusion that the bankruptcy court cannot make declarations about, or immunize court-appointed officers from accountability for contraventions of applicable labour relations laws. Yet, the majority's proposed threshold for leave under s. 215 would not only upset the balance in the Act between the gate-keeper function of the bankruptcy court and protected property and civil rights, it would create a real risk that s. 215 would become a *de facto* means by which the

l'art. 215, que le tribunal de faillite devait posséder le pouvoir discrétionnaire de permettre l'engagement de poursuites contre des auxiliaires de justice nommés par les tribunaux. En accordant ce pouvoir discrétionnaire, il n'a pas fait de distinction entre les syndicats et d'autres créanciers, et il n'y a pas lieu de présumer qu'une telle distinction existe.

71 Resserrer le critère d'application de l'art. 215 lorsque le litige porte sur une question relevant d'une commission des relations de travail équivaut à reconnaître à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, par interprétation, une sensibilité moins grande envers les droits des employés syndiqués qu'envers ceux des autres créanciers. Je ne vois rien dans la Loi qui suggère une telle distinction.

72 Le fait d'appliquer l'art. 215 d'une manière hiérarchique, qui rendrait considérablement plus difficile l'obtention de la permission pour les demandes touchant le statut d'employeur successeur, aurait pour effet d'accorder indûment aux syndics et aux séquestres une protection accrue contre les poursuites fondées sur de possibles fautes reliées à la violation des règles touchant les relations de travail et offrirait aux syndics qui contreviennent aux lois en la matière une protection supplémentaire exceptionnelle. Une telle conception irait de plus à l'encontre de la protection des droits reconnus par notre Cour dans l'arrêt *Crystalline*. Comme l'a signalé le juge Borins de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Royal Crest* :

> [TRADUCTION] Bien que le rôle important que jouent les syndics mérite d'être protégé, le droit des syndicats de défendre les intérêts légitimes de leurs membres doit lui aussi être respecté. [par. 70]

73 La Cour d'appel a à l'unanimité — et à juste titre — conclu que le tribunal de faillite n'est pas habilité à rendre de jugement déclaratoire sur la responsabilité des auxiliaires de la justice désignés par les tribunaux à l'égard de contraventions aux lois applicables en matière de relations de travail, ni à protéger ceux-ci contre une telle responsabilité. Pourtant, le critère proposé par la majorité à l'égard des demandes de permission fondées sur l'art. 215 aurait non seulement pour effet de rompre l'équilibre établi par la Loi entre le rôle de

bankruptcy court could make such declarations, and, contrary to *Mancini*, effectively decide the issue on its merits. That is what happened at first instance in this case. As MacPherson J.A. observed in his dissent:

> In short, and with respect, my colleague introduces through the side door of s. 215 (a leave provision, not a provision conferring authority on the receiver) precisely what she correctly does not permit the receiver to do through the front door of s. 47(2). [para. 115]

74 Section 215 is not designed to protect the trustee from well-founded litigation. It is designed to afford protection from claims for which there is no factual foundation. All major stakeholders, on a plain reading of the statute, have been given similar access for remedying alleged grievances against the trustee under ss. 37 and 215. Absent a statutory intention to the contrary, this symmetry should continue, whatever the identity of the stakeholder. There is no reason to depart from it when what is sought is relief from the labour board rather than from a bankruptcy judge.

75 That brings us to the proposed action in this case, namely a successor rights application before the labour board. Various provincial statutes provide that the successor employer is bound by the collective agreement and required to recognize the exclusive representation of the employees by their union. The statutes declare that the collective agreement is binding if the business has been sold or otherwise transferred to the successor until the tribunal otherwise declares.

76 In *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, Wilson J., in her dissenting reasons, explained that the purpose of the "successor rights"

gardien du tribunal de faillite et la protection de la propriété et des droits civils, mais aussi de faire naître le risque réel que l'art. 215 permette *de facto* au tribunal de faillite de rendre de tels jugements déclaratoires et, contrairement au principe formulé dans l'arrêt *Mancini*, de trancher concrètement la question au fond. C'est ce qui s'est produit en première instance dans la présente affaire. Comme l'a indiqué le juge MacPherson dans ses motifs dissidents :

> [TRADUCTION] Bref, et cela dit en toute déférence, par l'art. 215 (qui est une disposition d'autorisation, et non une disposition conférant quelque pouvoir au séquestre), ma collègue permet indirectement à ce dernier de faire exactement ce qu'elle lui refuse, à juste titre d'ailleurs, de faire en vertu du par. 47(2). [par. 115]

L'article 215 n'a pas pour objet de protéger le syndic contre des actions en justice légitimes, mais bien contre les poursuites qui ne reposent sur aucun fondement factuel. Une simple lecture du texte de loi montre que les art. 37 et 215 offrent à tous les principaux intéressés la même possibilité de faire valoir un grief contre le syndic. En l'absence de toute intention contraire du législateur dans la loi, il faut maintenir cette symétrie, quel que soit l'intéressé. Rien ne justifie que l'on y déroge lorsque la réparation recherchée est du ressort d'une commission des relations de travail plutôt que d'un juge de faillite.

Cela nous amène à l'action envisagée en l'espèce, à savoir la présentation d'une requête à la Commission touchant le statut d'employeur successeur. Diverses lois provinciales disposent que l'employeur successeur est lié par les conventions collectives et tenu de reconnaître le syndicat comme représentant exclusif des employés. Ces lois déclarent que la convention collective continue de s'appliquer si l'entreprise a été vendue ou autrement transférée au successeur, jusqu'à déclaration contraire du tribunal compétent.

Dans *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, la juge Wilson a expliqué, dans ses motifs dissidents, que les dispositions des

provisions in labour legislation is "to prevent the loss of union protection by employees whose company's business is sold or transferred" (p. 652). A successor employer is defined in s. 69(2) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995* as someone who acquires a business by sale or transfer from an employer and is bound by any existing collective agreements until the Ontario Labour Relations Board rules otherwise.

To be found to be a successor employer, as McLachlin J. noted for the majority in *Lester*, a labour board must first determine whether a discernable part of the business was disposed of. This requires an examination of "the nature of the predecessor business, and the nature of the successor business" (p. 676) to determine whether the business of the predecessor is being performed by the successor. Relevant factors include the work covered by the terms of the collective agreement, the type of assets transferred, whether employees are transferred, and whether there is continuity of management or of the work performed. In each case, as McLachlin J. pointed out, the labour relations board must determine "if, within the business context in which the transaction occurred, it can reasonably be said on the factors present that the business or part of the business has been transferred from the predecessor to the successor" (p. 677).

KPMG and GMAC make a number of arguments directed specifically at the obstacles to the Union's successorship claim, including a constitutional paramountcy argument relating to the effect of a successor employer declaration on the priority scheme in the *Bankruptcy and Insolvency Act*. These are matters for the labour board's consideration. They are not germane to whether leave should be granted. And I appreciate the majority of the Court of Appeal's concern that the possibility of subsequent labour relations scrutiny may have an impact on a receiver's decision about how best to maximize stakeholder value. But again, this

lois sur le travail relatives au « statut d'employeur successeur » visaient à « empêcher la perte de l[a] protection syndicale par les employés d'une société dont l'entreprise est vendue ou transférée » (p. 652). Un employeur successeur est défini au par. 69(2) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario comme étant une personne qui acquiert une entreprise par suite de sa vente ou de son transfert par un employeur et qui est liée par les conventions collectives existantes jusqu'à déclaration contraire de la Commission.

77 S'exprimant au nom de la majorité de la Cour dans l'arrêt *Lester*, la juge McLachlin a indiqué que, pour conclure qu'une personne est employeur successeur, une commission des relations de travail doit d'abord déterminer si une partie identifiable de l'entreprise a été aliénée, ce qui exige un examen de « la nature de l'entreprise du prédécesseur ainsi que [de] la nature de l'entreprise du successeur » (p. 676) afin d'établir si l'entreprise du prédécesseur est exploitée par le successeur. Les facteurs pertinents à l'égard de cet examen sont notamment la nature des travaux visés par la convention collective, la sorte d'actif qui a été transféré, la question de savoir si des employés ont été transférés et s'il y a continuité dans la direction ou les travaux accomplis. Dans chaque cas, comme l'a signalé la juge McLachlin, la commission doit déterminer « si, dans le contexte commercial où s'est produit l'opération, on peut raisonnablement affirmer, compte tenu des facteurs en jeu, que l'entreprise ou une partie de l'entreprise a été transférée du prédécesseur au successeur » (p. 677).

78 KPMG et GMAC ont invoqué un certain nombre d'arguments portant expressément sur les obstacles à la requête du Syndicat relative à la qualité de successeur, notamment un argument constitutionnel fondé sur la doctrine de la prépondérance et concernant l'effet, sur l'ordre de priorité prévu dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, d'une déclaration reconnaissant la qualité d'employeur successeur. Il s'agit là de questions que la Commission doit examiner. Elles ne sont pas pertinentes à l'égard de la décision d'accorder ou non la permission d'intenter une action. Je comprends que les juges majoritaires de la Cour d'appel aient craint que la possibilité

goes not to whether leave should be granted, but is a consideration in deciding the merits of the successor rights application. Issues of successorship are within the exclusive jurisdiction of the labour relations board. The labour board has been given exclusive responsibility for deciding these issues because the provincial legislature has confidence in its ability to do so in the public interest, based not only on the expectations of employees, but on those of employers as well.

d'une instance devant la Commission influe sur la décision du séquestre quant à la meilleure façon de maximiser la valeur de l'actif au profit des intéressés. Une fois encore cependant, cette considération n'intervient pas dans la décision d'accorder ou non la permission demandée, mais plutôt dans l'examen au fond de la requête relative à la qualité d'employeur successeur. Ces questions relèvent de la compétence exclusive de la Commission. Le législateur provincial lui a conféré la responsabilité exclusive de trancher ces questions, parce qu'il l'a jugée apte à statuer sur ces questions dans l'intérêt public, eu égard non seulement aux attentes des employés mais également à celles des employeurs.

79 In this case, the Union sought to argue before the Ontario Labour Relations Board that the interim receiver became the employer of the employees after its appointment when it decided to employ them in order to continue operating the warehouse. As an employer, it would be obliged to abide by the collective agreement and applicable labour and employment statutes. The Union alleged it failed to do so by, among other acts, manipulating the sale agreement so that the Union was ousted from the purchaser's workforce.

En l'espèce, le Syndicat a voulu faire valoir devant la Commission que le séquestre intérimaire était devenu l'employeur, après sa nomination, lorsqu'il a décidé d'avoir recours aux employés pour continuer à exploiter l'entrepôt. En sa qualité d'employeur, il serait tenu de respecter la convention collective et les dispositions législatives applicables en matière d'emploi et de travail. Selon le Syndicat, il s'est soustrait à cette obligation, notamment en manipulant l'acte de vente de telle sorte que le Syndicat soit exclu de la main-d'œuvre de l'acquéreur.

80 It is by no means clear how the Board will deal with a particular successorship issue, since the outcome will be determined by the facts. But where, as here, it cannot be said that the Union's claim is frivolous or without an evidentiary foundation, it should be allowed to proceed.

Il est difficile de prévoir la décision de la Commission sur une question donnée touchant la qualité d'employeur successeur, car chaque situation dépendra des faits qui lui sont propres. Toutefois, comme en l'espèce il est impossible d'affirmer que la demande du Syndicat est frivole ou n'est appuyée d'aucune preuve, celui-ci doit être autorisé à la présenter.

81 A postscript: No notice of the motion appointing an interim receiver was given to the Union, the exclusive bargaining agent of the employees. I appreciate that what happened in this case is not uncommon: receivers routinely seek an *ex parte* order from the bankruptcy judge with a draft order agreed upon by the debtor corporation and major creditors. Unions, as in this case, receive no notice, thereby losing the opportunity at the earliest possible stage to participate in the formulation of the plan for dealing with the debtor's assets. Notice is

Un dernier point : aucun avis de la requête sollicitant la nomination d'un séquestre intérimaire n'a été donné au Syndicat, l'agent négociateur exclusif des employés. Je suis consciente que cette façon de faire n'est pas rare : les séquestres présentent couramment aux juges de faillite une demande d'ordonnance *ex parte* accompagnée d'un projet d'ordonnance sur lequel l'entreprise débitrice et les principaux créanciers se sont entendus. Comme ce fut le cas en l'espèce, les syndicats ne reçoivent aucun avis, perdant ainsi dès le départ la possibilité de participer à

no guarantee either of cooperation or resolution, but, arguably, a union shut out of the process early will eventually, like any major creditor, likely seek to protect its interests. As Iacobucci J. observed in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701:

> The point at which the employment relationship ruptures is the time when the employee is most vulnerable and hence, most in need of protection. In recognition of this need, the law ought to encourage conduct that minimizes the damage and dislocation (both economic and personal) that result . . . . [para. 95]

While advance negotiations with unions on important decisions may not eliminate a subsequent claim for successor employer liability, they could potentially yield a greater possibility for resolution than ignoring them would. Optimally, advance discussions about the impact on employees if the business is continued will lead to compromise rather than litigation.

This would have resulted, in this case, in the immediate integration of a significantly affected party into the development and supervision of the orderly, fair and effective management of the insolvency process. It would not, of course, necessarily have avoided a multiplicity of proceedings. Nor would it have guaranteed the Union's blessing of the proposed methodology for preserving and realizing the assets. But it would have, at the very least, ensured that its legitimate concerns were factored into the planning at an early enough stage, thereby possibly avoiding later proceedings such as those which arose in this case.

## III. Disposition

I would allow the appeal with costs throughout, grant leave to the Union to bring its proceeding

l'établissement du plan de gestion de l'actif du débiteur. Bien que l'avis ne garantisse ni la coopération ni une solution, il est néanmoins possible de soutenir qu'un syndicat exclu dès le départ du processus cherchera tôt ou tard, comme tout autre créancier important, à protéger ses intérêts. Comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701 :

> Le moment où il y a rupture de la relation entre l'employeur et l'employé est celui où l'employé est le plus vulnérable et a donc le plus besoin de protection. Pour reconnaître ce besoin, le droit devrait encourager les comportements qui réduisent au minimum le préjudice et le bouleversement (tant économique que personnel) qui résultent . . . [par. 95]

82 Même si la tenue de négociations préalables avec un syndicat sur des décisions importantes n'empêche pas nécessairement la présentation subséquente d'un recours fondé sur la responsabilité du successeur de l'employeur, de telles négociations peuvent quand même offrir plus de chance de parvenir à une solution que si le syndicat est maintenu à l'écart. Idéalement, des discussions préalables au sujet des effets de la poursuite des activités de l'entreprise sur les employés entraîneront un compromis plutôt qu'un litige.

83 En l'espèce, une telle mesure aurait eu pour effet d'associer d'entrée de jeu au déroulement et à la supervision de l'administration ordonnée, équitable et efficace du processus de faillite une partie nettement concernée par ce processus. Bien sûr, cela n'aurait pas nécessairement permis d'éviter une multiplicité de procédures. Cela n'aurait pas non plus assuré l'approbation par le Syndicat de la méthode proposée pour préserver et réaliser l'actif. Mais, à tout le moins, une telle démarche aurait fait en sorte que les préoccupations légitimes du Syndicat soient prises en compte suffisamment tôt dans le processus, évitant possiblement de ce fait des recours ultérieurs, comme ceux intentés dans la présente affaire.

## III. Dispositif

84 Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'accorder au syndicat la

before the labour board, and set aside those parts of the order that make a declaration about, or immunize the receiver from, successor employer liability. I would dismiss the cross-appeal with costs.

English version of the reasons delivered by

85 DESCHAMPS J. (dissenting on the appeal) — What factors guide a bankruptcy judge when hearing an application for leave to bring proceedings against a trustee? That is the main issue in this case. To resolve it, however, the Court must consider the limits on the application of provincial law in bankruptcy matters. For the reasons that follow, I am of the view that a judge who decides an application under s. 215 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*"), must do so in a manner consistent with federal and provincial heads of power so as to avoid any constitutional conflicts. I would therefore affirm the Court of Appeal's judgment ((2004), 71 O.R. (3d) 54) remitting the case to the Superior Court of Justice for reconsideration in light of the principles set out below.

86 I have read the reasons of Abella J. She concludes (at para. 78) that it is the Ontario Labour Relations Board ("OLRB") that must decide the constitutional question. In my view, the *BIA* provides for a step that is specifically designed to avoid any constitutional conflicts, and the administrative tribunal should not be allowed to make an unconstitutional declaration. Thus, we disagree as to the forum that should hear and determine the conflict issue. A superior court judge presiding over a bankruptcy case acts as a specialized tribunal. He or she is very familiar with the duties and responsibilities of trustees and serves as the initial jurisdiction to which someone wanting to bring proceedings against a trustee must apply. I propose that the application for leave to bring proceedings pursuant to s. 215 *BIA* be analysed based on the actual effect of the proceedings on the duties and responsibilities of the trustee as set out in the *BIA*. Such an analysis is the only way to

permission de soumettre sa requête à la Commission et d'annuler les éléments de l'ordonnance concernant la responsabilité du séquestre en tant que successeur de l'employeur ou lui accordant l'immunité contre cette responsabilité. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente quant au pourvoi principal) — Quels facteurs guident le juge de faillite saisi d'une requête sollicitant la permission de poursuivre un syndic? Telle est la principale question en litige. Cette question amène cependant la Cour à se pencher sur les limites de l'application du droit provincial dans le contexte d'une faillite. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le juge appelé à statuer sur une requête fondée sur l'art. 215 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), doit assurer le respect des compétences législatives fédérales et provinciales, de façon à éviter tout conflit constitutionnel. Je confirmerais donc le jugement de la Cour d'appel ((2004), 71 O.R. (3d) 54) qui renvoie le dossier à la Cour supérieure de justice pour réexamen à la lumière des principes exposés ci-dessous.

J'ai pris connaissance de l'opinion de la juge Abella. Elle conclut (par. 78) que c'est la Commission des relations de travail de l'Ontario (« CRTO ») qui doit trancher la question constitutionnelle. Pour ma part, j'estime que la *LFI* prévoit une étape qui permet justement d'éviter tout conflit constitutionnel et que le tribunal administratif ne peut être autorisé à prononcer une déclaration inconstitutionnelle. Nous sommes donc divisées sur l'identité de la juridiction devant laquelle la question du conflit doit être débattue. Les juges des cours supérieures qui siègent en faillite agissent comme tribunal spécialisé. Ils connaissent les devoirs et responsabilités du syndic. Ils constituent le premier guichet auquel doit s'adresser la personne qui veut poursuivre le syndic. Je propose une analyse des demandes de permission de poursuivre fondées sur l'art. 215 *LFI* qui s'attache à l'effet concret des poursuites sur les devoirs et responsabilités du syndic aux termes de la *LFI*. Seule

guarantee compliance with the principles of constitutional law.

In order to assess the areas of conflict between the *BIA* and the provisions of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A ("*LRA*"), concerning successor employers, it will be helpful to begin by briefly reviewing the trustee's role in the context of the 1992 reform of the bankruptcy scheme. I will then discuss the effect of successor employer declarations made by the OLRB before turning to the constitutional principles applicable in the event of conflict. I will conclude by identifying the specific criteria for avoiding conflicts and then making a few comments on the case before the Court.

## 1. Powers and Responsibilities of the Trustee

### 1.1 *Role of the Trustee*

Viewed generally, the administration of a bankruptcy is straightforward. The trustee receives the assets in one hand, then settles any claims with the other using the proceeds of realization of the assets. In concrete terms, the trustee, in performing these functions, plays an active role in the liquidation of the bankrupt's estate. The trustee's duties and responsibilities are explicitly governed by the *BIA*. The bankrupt's property vests in the trustee (s. 71). The trustee's powers with respect to the property are set out in the *BIA* (ss. 30 and 31). Subject to the rights of secured creditors and certain other exceptions, the remedies of all the creditors are stayed (s. 69.1). The *BIA* also governs the nature of provable claims and the claims procedure (s. 121). A trustee who carries on the bankrupt's business or continues the employment of the bankrupt's employees is not personally liable for any claims arising before the bankruptcy (s. 14.06(1.2)). However, trustees are authorized to settle such claims out of the assets vested in them (s. 67) by distributing the proceeds of realization of the assets in accordance with the *BIA*, based on the priority of payment for which that Act provides (ss. 136 to 147).

The trustee is, first and foremost, an officer of the court:

une telle analyse garantit le respect des règles du droit constitutionnel.

87 Afin de pouvoir évaluer les zones de conflit entre la *LFI* et les dispositions de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A (« *LRT* »), concernant la succession à titre d'employeur, il est utile, d'abord, de faire un survol du rôle du syndic dans le contexte de la réforme de 1992 du régime de la faillite. J'examinerai ensuite l'effet de la déclaration d'employeur par la CRTO, puis les règles constitutionnelles applicables en cas de conflit. Enfin, je terminerai en dégageant les critères propres à éviter les conflits et en formulant quelques commentaires sur le dossier dont la Cour est saisie.

## 1. Pouvoirs et responsabilités du syndic

### 1.1 *Rôle du syndic*

88 Considérée globalement, l'administration d'une faillite se fait selon une règle simple. Le syndic reçoit les actifs d'une main, puis de l'autre il règle les réclamations au moyen du produit de la réalisation de ces actifs. De façon concrète, ces fonctions se traduisent par un rôle actif du syndic dans la liquidation du patrimoine du failli. Les devoirs et responsabilités du syndic sont régis explicitement par la *LFI*. Les biens du failli lui sont dévolus (art. 71). Ses pouvoirs à l'égard de ces biens sont prévus par la *LFI* (art. 30 et 31). Sous réserve des droits des créanciers garantis et de quelques exceptions, les recours de tous les créanciers sont suspendus (art. 69.1). La *LFI* régit aussi la nature des réclamations prouvables de même que la procédure de réclamation (art. 121). Le syndic qui continue l'exploitation de l'entreprise du failli ou lui succède comme employeur n'est personnellement responsable d'aucune réclamation antérieure à la faillite (par. 14.06(1.2)). Il est cependant autorisé à les régler sur les actifs qui lui sont dévolus (art. 67), en répartissant le produit de leur réalisation conformément à la *LFI* et en suivant l'ordre de priorité établi par celle-ci (art. 136 à 147).

89 Le syndic est, avant tout, un auxiliaire de justice :

. . . and the Court regards him as its officer, and he is to hold money in his hands upon trust for its equitable distribution among the creditors.

(*Ex parte James, In re Condon* (1874), L.R. 9 Ch. App. 609, at p. 614)

90 The basis for the trustee's long-recognized role as an officer of the court is found in s. 16(4) *BIA*; under the *BIA*, the trustee has the same status as the interim receiver: *Parsons v. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160 (H.L.), at p. 167; L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at C§10 and C§44. This status obliges the trustee to act equitably and prudently, to cooperate with the court and, in a more general manner, to contribute to the proper administration of justice (*L'Heureux (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 945 (C.A.), at p. 949; *Caisse populaire de Pontbriand v. Domaine St-Martin Ltée*, [1992] R.D.I. 417 (C.A.); *Azco Mining Inc. v. Sam Lévy & Associés Inc.*, [2000] R.J.Q. 392 (C.A.); *Re Reed* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 83 (Ont. C.A.); J. Auger and A. Bohémier, "The Status of the Trustee in Bankruptcy" (2003), 37 *R.J.T.* 57, at pp. 99-100).

91 The *BIA* protects trustees while they are acting as officers of the court and exercising the powers conferred upon them by law. A trustee is not personally bound by the bankrupt's obligations. In addition to being protected by the provisions that confer immunity upon them (ss. 14.06(1.2), (2) and (4), 50(9) and 50.4(5)), trustees benefit from the screening of the proceedings provided for in s. 215, which is central to the litigation in the case at bar. The provisions that protect trustees against proceedings are a clear indication of Parliament's intent to give trustees the flexibility they need to discharge the duties imposed on them by the *BIA*.

92 It is also interesting to note that similar protections exist for monitors appointed under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11.7(4) and 11.8(1), (3) and (5), and liquidators acting pursuant to the *Winding-up*

[TRADUCTION] . . . et le tribunal le considère comme son auxiliaire, chargé de conserver l'argent qui lui est confié afin qu'il puisse être réparti équitablement entre les créanciers.

(*Ex parte James, In re Condon* (1874), L.R. 9 Ch. App. 609, p. 614)

Le rôle d'auxiliaire de justice, qui est depuis longtemps reconnu par la jurisprudence, prend sa source dans le par. 16(4) *LFI*; la *LFI* confère au syndic un statut identique à celui du séquestre intérimaire : *Parsons c. Sovereign Bank of Canada*, [1913] A.C. 160 (H.L.), p. 167; L. W. Houlden, G. B. Morawetz et J. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, C§10 et C§44. Ce statut impose au syndic d'agir avec équité et prudence, de collaborer avec le tribunal et, plus généralement, de concourir à la saine administration de la justice (*L'Heureux (Syndic de)*, [1999] R.J.Q. 945 (C.A.), p. 949; *Caisse populaire de Pontbriand c. Domaine St-Martin Ltée*, [1992] R.D.I. 417 (C.A.); *Azco Mining Inc. c. Sam Lévy & Associés Inc.*, [2000] R.J.Q. 392 (C.A.); *Re Reed* (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 83 (C.A. Ont.); J. Auger et A. Bohémier, « The Status of the Trustee in Bankruptcy » (2003), 37 *R.J.T.* 57, p. 99-100).

La *LFI* protège le syndic lorsqu'il agit comme auxiliaire de justice et qu'il exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Il n'est pas tenu personnellement aux obligations du failli. En plus d'être protégé par les dispositions lui conférant une immunité (par. 14.06(1.2), (2) et (4), 50(9) et 50.4(5)), le syndic bénéficie du mécanisme de filtrage des poursuites que prévoit l'art. 215 et sur lequel repose tout le litige dans la présente affaire. Les dispositions protégeant le syndic contre les poursuites indiquent clairement l'intention du Parlement d'accorder au syndic la marge de manœuvre dont il a besoin pour accomplir les devoirs que lui impose la *LFI*.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que le contrôleur d'un arrangement nommé en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, par. 11.7(4) et 11.8(1), (3) et (5), ainsi que le liquidateur agissant

*and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, ss. 35.1 and 76(2).

1.2 *1992 Reform*

The rules governing bankruptcy changed considerably with the coming into force of the 1992 reform. The most striking change was the priority given to the reorganization of companies, as opposed to the interruption of business. D. C. A. Tay comments as follows on the significance of the *BIA*'s new thrust:

> The main impact of the *BIA* is to change the thrust of Canada's bankruptcy legislation from liquidation to rehabilitation. Whereas the old Act dealt primarily with who gets what from the remains of the bankrupt's estate, the *BIA* tries to provide more ways for an insolvent debtor to stay alive and to restructure and reorganize its affairs.
>
> (*Implications of the New Bankruptcy and Insolvency Act* (1993), article VI, "The *Bankruptcy and Insolvency Act*: Striking a Balance Between the Rights of the Debtor and its Creditors", at p. 2)

This change is fundamental, and it unquestionably constitutes one of the main objectives behind the reform. Its effect, in concrete terms, in the case at bar is that the trustee was obliged to facilitate the sale of a going concern rather than to cease operations and liquidate the assets. The objective of continuing operations is a factor that must be incorporated into the constitutional analysis when considering whether a provincial statute frustrates the purpose of the *BIA*.

The trustee's duties and responsibilities as a public officer permeate these new functions. The trustee has been transformed from a mere liquidator into an agent of financial restructuring. If trustees are responsible for ensuring that businesses survive and that jobs are preserved, then it follows that they must manage the businesses until purchasers can be found. The trustee's management role is essentially a temporary one. Although the length of

aux termes de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, art. 35.1 et par. 76(2), bénéficient de protections similaires.

1.2 *Réforme de 1992*

93 Les règles régissant la faillite ont été considérablement modifiées par l'entrée en vigueur de la réforme de 1992. Le changement le plus marquant est la priorité donnée à la réorganisation des entreprises plutôt qu'à l'interruption des affaires. L'auteur D. C. A. Tay signale l'importance de la nouvelle orientation imprimée par la loi :

> [TRADUCTION] La *LFI* a pour principale conséquence que la législation canadienne en matière de faillite est désormais axée non plus sur la liquidation, mais sur la réhabilitation. Alors que l'ancienne loi régissait essentiellement la détermination du partage des biens du failli entre les créanciers, la *LFI* tend à offrir au débiteur insolvable un plus grand nombre de moyens d'éviter la faillite et de restructurer et réorganiser ses affaires.
>
> (*Implications of the New Bankruptcy and Insolvency Act* (1993), article VI, « The *Bankruptcy and Insolvency Act* : Striking a Balance Between the Rights of the Debtor and its Creditors », p. 2)

94 Il s'agit d'un changement fondamental, qui constitue sans nul doute l'un des principaux objectifs ayant motivé la réforme. Dans le présent dossier, cela signifie concrètement que le syndic devait favoriser la vente d'une entreprise en exploitation plutôt que l'interruption des activités et la liquidation de l'actif démembré. L'objectif de maintien des activités est un élément qui doit être intégré à l'analyse constitutionnelle lorsqu'il s'agit de déterminer si une loi provinciale fait obstacle à la réalisation de l'objet de la *LFI*.

95 Les devoirs et responsabilités du syndic à titre d'auxiliaire de justice imprègnent ses nouvelles fonctions. De simple liquidateur, le syndic est devenu réorganisateur financier. S'il doit voir à la survie de l'entreprise et préserver les emplois, il s'ensuit qu'il doit la gérer, le temps de trouver un acquéreur. La gestion du syndic est essentiellement temporaire. Bien que la durée de son administration puisse varier selon la nature de l'entreprise et

the trustee's administration may vary depending on the nature of the business and the economic conditions at the time, the trustee serves essentially as a bridge in maintaining or reorganizing the business before handing it over to a purchaser.

96 It is clear from this crucial role of the trustee that bankruptcy inevitably has consequences for labour relations, which is why it is important to review the interrelationship of the rules of bankruptcy and those of labour relations, more specifically those applicable to the successor employer declaration.

## 2. Purpose and Effect of the Successor Employer Declaration

### 2.1 *Purpose of the Declaration*

97 Every Canadian legislature has enacted a provision pursuant to which employees' union protection remains in effect should the business they work for be transferred. The Ontario provision that is relevant to the instant case reads as follows:

> **69.** . . .
>
> (2) Where an employer who is bound by or is a party to a collective agreement with a trade union or council of trade unions sells his, her or its business, the person to whom the business has been sold is, until the Board otherwise declares, bound by the collective agreement as if the person had been a party thereto and, where an employer sells his, her or its business while an application for certification or termination of bargaining rights to which the employer is a party is before the Board, the person to whom the business has been sold is, until the Board otherwise declares, the employer for the purposes of the application as if the person were named as the employer in the application.

98 Without this protection, employees could, although still working at the same jobs, albeit for a new employer, be stripped of the rights their union had negotiated on their behalf.

99 In *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R.

les conditions économiques du moment, le syndic sert essentiellement de pont lorsqu'il maintient ou réorganise l'entreprise avant de la remettre à un acquéreur.

À la lumière de ce rôle crucial du syndic, on comprend qu'une faillite entraîne inévitablement des conséquences sur les relations de travail au sein de l'entreprise, d'où l'importance d'examiner l'interrelation entre les règles de la faillite et les relations de travail, plus spécifiquement la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur.

## 2. But et effet de la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur

### 2.1 *But de la déclaration*

Tous les législateurs canadiens ont adopté une disposition permettant aux employés de conserver la protection syndicale en cas de transfert de l'entreprise pour laquelle ils travaillent. La disposition ontarienne pertinente en l'espèce est rédigée ainsi :

> **69.** . . .
>
> (2) Si l'employeur qui est lié par une convention collective ou qui y est partie vend son entreprise, la personne à qui l'entreprise a été vendue est, jusqu'à déclaration contraire de la Commission, également lié [*sic*] par la convention collective comme s'il [*sic*] en était partie. Si l'employeur vend son entreprise alors qu'il est partie à une requête en accréditation ou en révocation du droit de négocier en cours devant la Commission, la personne à qui l'entreprise a été vendue est, jusqu'à déclaration contraire de la Commission, également l'employeur aux fins de la requête.

Sans cette protection, les employés pourraient dans les faits continuer à occuper le même emploi chez un nouvel employeur, mais en étant privés des droits que leur syndicat avait négociés en leur faveur.

Dans *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale*

644, McLachlin J., as she then was, explained the purpose of the successor employer declaration as follows:

> The basic aim of such provisions is to prevent employees from losing union protection when a business is sold or transferred or when changes are made to the corporate structure of a business. . . . [p. 671]

Numerous factors are taken into consideration when establishing whether the purchaser of a business has succeeded to the vendor as employer. To determine whether the business has been transferred, the usual practice is to ask whether sufficient significant elements of its assets have been sold to the purchaser and assess the degree of continuity in the business's operations. Each case turns on its own facts, and no single factor is determinative. The decision maker may compare both the human aspects (employee know-how, management system, licences, patents, goodwill) and physical aspects (tangible assets of the business, equipment, land, location) of the assigned business with those of the new one to decide whether there has been a sale. The decision maker also determines whether the constituent parts of the business have been transferred as a whole that is sufficiently coherent for the transfer to be equivalent to the sale of the business as a "functional economic vehicle" and for the survival of the rights arising out of collective bargaining to be justified (*Lester*, at p. 676; *Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 197 (Ont.), at p. 208; *Lincoln Hydro Electric Commission*, [1999] O.L.R.B. Rep. May/June 397, at pp. 415-16; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (looseleaf)), at pp. 8-4 to 8-23).

### 2.2 *Effect of the Declaration*

The effect of a declaration by the OLRB that an entity has succeeded to another as an employer is that the entity in respect of which the declaration is made becomes a party to the collective agreement and becomes liable to perform all the obligations set out in that agreement, including those that were binding on the former employer before the business was transferred. The new employer becomes personally liable for the predecessor employer's

*740*, [1990] 3 R.C.S. 644, la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, met en relief le but de la déclaration de successeur à titre d'employeur :

> Le but fondamental de ces dispositions est d'empêcher que des employés ne perdent leur protection syndicale lorsqu'une entreprise est vendue ou transférée ou lorsque des modifications sont apportées à la structure d'une entreprise. . . [p. 671]

100 De nombreux critères sont utilisés pour déterminer si l'acquéreur à qui l'entreprise a été transférée succède à son vendeur à titre d'employeur. Afin de décider s'il y a eu transfert de l'entreprise, on se demande généralement si suffisamment d'éléments importants de l'actif de cette entreprise ont été vendus à l'acquéreur et on évalue le degré de continuité des activités associées à cette entreprise. Chaque situation est un cas d'espèce et aucun critère n'est déterminant. Le décideur peut considérer autant l'aspect humain (savoir-faire des employés, système de gestion, licences, brevets, achalandage) que l'aspect physique (actif matériel de l'entreprise, équipement, terrain, emplacement) de l'entreprise cédée et de la nouvelle entreprise afin de conclure ou non à une vente. Le décideur vérifie aussi si les éléments composant l'entreprise sont transmis comme un tout suffisamment cohérent pour équivaloir à la vente de l'entreprise en tant que « véhicule économique fonctionnel » et justifier la survie des droits découlant de la négociation collective (*Lester*, p. 676; *Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can. L.R.B.R. 197 (Ont.), p. 208; *Lincoln Hydro Electric Commission*, [1999] O.L.R.B. Rep. May/June 397, p. 415-416; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 8-4 à 8-23).

### 2.2 *Effet de la déclaration*

101 Une déclaration par la CRTO qu'une entité succède à une autre à titre d'employeur a pour effet de faire de l'entité visée par cette déclaration une partie liée par la convention collective et de la rendre responsable de toutes les obligations y afférentes, y compris celles qui incombaient à l'ancien employeur avant le transfert de l'entreprise. Le nouvel employeur devient personnellement responsable tant des dettes de l'employeur précédent

debts, as well as for any violations of the collective agreement occurring before the sale. For example, the successor may be bound by an arbitration award against the predecessor and be forced to assume responsibility for unfair labour practices. Generally speaking, the successor is personally liable to perform the predecessor's obligations (*Adam v. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 S.C.R. 683, at pp. 694-95; *Man of Aran* (1974), 6 L.A.C. (2d) 238 (Ont.); *Woodbridge Hotel* (1976), 13 L.A.C. (2d) 96 (Ont.); *Uncle Ben's Industries*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 126 (B.C.); *Re United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 3054 and Cassin-Remco Ltd.* (1979), 105 D.L.R. (3d) 138 (Ont. H.C.J.); *Radio CJYQ-930 Ltd.* (1978), 34 di 617; Adams, at pp. 8-38.2 to 8-39; D. D. Carter, G. England, B. Etherington and G. Trudeau, *Labour Law in Canada* (5th ed. 2002), at pp. 280-81).

102 Although protecting employees upon the sale of a business is straightforward in the context of the transfer of obligations to the purchaser, a number of questions are raised when the issue arises in a situation involving a trustee. The difficulties faced by trustees are exacerbated by a lack of uniformity both in labour relations legislation across Canada and in the case law relating to that legislation (Adams, at pp. 8-4 *et seq.* and 8-39 *et seq.*).

103 It is common ground that the *LRA* confers the exclusive power to decide who is a "successor employer" on the OLRB. However, since the Ontario statute cannot frustrate the purpose of the *BIA*, it is necessary to determine to what extent a declaration that a trustee is a successor employer is compatible with the *BIA*.

### 3. Conflicts Between the *BIA* and the *LRA*

104 I have already discussed the effect of a successor employer declaration made under the *LRA*. Section 69(2) *LRA* provides that the purchaser of the business is bound by the obligations of the employer-vendor who signed the collective agreement as if the purchaser had been a party to that agreement. I

que des violations de la convention collective survenues avant la vente. Il peut, par exemple, être lié par une sentence arbitrale prononcée contre l'employeur précédent et devoir assumer la responsabilité découlant de pratiques de travail déloyales. De façon générale, il est personnellement tenu de respecter les obligations de l'employeur précédent (*Adam c. Daniel Roy Ltée*, [1983] 1 R.C.S. 683, p. 694-695; *Man of Aran* (1974), 6 L.A.C. (2d) 238 (Ont.); *Woodbridge Hotel* (1976), 13 L.A.C. (2d) 96 (Ont.); *Uncle Ben's Industries*, [1979] 2 Can. L.R.B.R. 126 (C.-B.); *Re United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 3054 and Cassin-Remco Ltd.* (1979), 105 D.L.R. (3d) 138 (H.C.J. Ont.); *Radio CJYQ-930 Ltd.* (1978), 34 di 617; Adams, p. 8-38.2 à 8-39; D. D. Carter, G. England, B. Etherington et G. Trudeau, *Labour Law in Canada* (5e éd. 2002), p. 280-281).

Si la protection des employés, lors de la vente d'une entreprise, se conçoit facilement dans le contexte du transfert des obligations à l'acquéreur, cela ne va pas toutefois sans soulever plusieurs questions lorsqu'il s'agit d'appliquer cette notion à la situation du syndic. Les difficultés avec lesquelles le syndic doit composer sont accrues du fait que les lois sur les relations de travail ne sont pas uniformes à travers le Canada, pas plus d'ailleurs que la jurisprudence sur celles-ci (Adams, p. 8-4 et suiv.; p. 8-39 et suiv.).

Il est admis que la *LRT* confère à la CRTO le pouvoir exclusif de décider qui est « employeur successeur ». Cependant, comme la loi ontarienne ne saurait entraver la réalisation de l'objet de la *LFI*, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure une déclaration attribuant à un syndic la qualité d'employeur successeur est compatible avec la *LFI*.

### 3. Conflits entre la *LFI* et la *LRT*

J'ai déjà souligné l'effet d'une déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur prononcée en vertu de la *LRT*. Selon le par. 69(2) *LRT*, l'acquéreur de l'entreprise est lié par les obligations de l'employeur-vendeur qui avait signé la convention collective, comme s'il était partie à celle-ci.

also mentioned above that a declaration that a trustee is an employer within the meaning of the *LRA* would raise a number of questions. Even a cursory review brings a number of conflicts to light.

The most obvious conflict results from claims for unpaid wages. The effect of a successor employer declaration is that the person to whom it applies is liable for the obligations of the employer who signed the collective agreement. The new "employer", the trustee in the case at bar, would be liable for all wages left unpaid by the bankrupt. This obligation is in direct conflict with two provisions of the *BIA*.

The first is s. 14.06(1.2), which explicitly provides as follows:

(1.2) Notwithstanding anything in any federal or provincial law, where a trustee carries on in that position the business of the debtor or continues the employment of the debtor's employees, the trustee is not by reason of that fact personally liable in respect of any claim against the debtor or related to a requirement imposed on the debtor to pay an amount where the claim arose before or upon the trustee's appointment.

As the declaration binds the trustee to perform all the obligations of the employer who signed the collective agreement, its effect is to impose on this officer of the court a personal liability from which he or she is explicitly exempted by s. 14.06(1.2).

The second incompatible provision is s. 136(1)(*d*), which gives priority to claims of the bankrupt's employees for up to six months' back pay, to a maximum of $2,000 per employee. Any claims in excess of this amount are treated as ordinary claims and paid rateably (s. 141). If the trustee is considered to be an employer, he or she must pay the employees' claims in full, which is inconsistent with the *BIA*. This is another situation in which there is a direct conflict because it is impossible to comply with both the *BIA* and the *LRA*. Although not all bankrupt employers accumulate debts for back pay in excess of the limits provided for in the *BIA*, when one does, the bankruptcy court cannot unconditionally allow a union

J'ai aussi mentionné plus haut que, si un syndic est déclaré employeur au sens de la *LRT*, cette déclaration n'est pas sans soulever plusieurs questions. En fait, un examen, même sommaire, permet de faire ressortir plusieurs conflits.

105 Le conflit le plus flagrant résulte des réclamations pour salaire impayé. Une déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur rend la personne qui en fait l'objet responsable des obligations de l'employeur qui a signé la convention collective. Le nouvel « employeur », ici le syndic, serait responsable de tous les salaires impayés par le failli. Cette obligation entre en conflit direct avec deux dispositions de la *LFI*.

106 La première est le par. 14.06(1.2), qui énonce explicitement ce qui suit :

(1.2) Par dérogation au droit fédéral et provincial, le syndic qui, ès qualités, continue l'exploitation de l'entreprise du débiteur ou succède à celui-ci comme employeur est dégagé de toute responsabilité personnelle découlant de toute réclamation contre le débiteur ou liée à l'obligation de celui-ci de payer une somme si la réclamation est antérieure à sa nomination ou découle de celle-ci.

La déclaration assujettissant le syndic à toutes les obligations de l'employeur qui a signé la convention collective a pour effet d'imposer à cet auxiliaire de justice une responsabilité personnelle dont il est explicitement dégagé par le par. 14.06(1.2).

107 La deuxième disposition incompatible est l'al. 136(1)*d*), qui donne priorité aux créances des employés du failli pour les arriérés de salaire d'au plus six mois, jusqu'à concurrence de 2 000 $ par employé. Toute créance excédentaire est traitée comme une réclamation ordinaire et acquittée au prorata des réclamations (art. 141). Si le syndic est considéré comme un employeur, il doit alors payer la réclamation des employés au complet, ce qui est incompatible avec la *LFI*. Il s'agit ici aussi d'un conflit direct résultant d'une impossibilité de se conformer à la fois à la *LFI* et à la *LRT*. Toutefois, tous les employeurs faillis n'accumulent pas des arriérés excédant les limites prévues par la *LFI*. Lorsqu'ils accumulent de tels arriérés, la cour de

to request that the trustee be declared the bankrupt's successor.

108 Another conflict may arise in situations similar to the one in *Adam v. Daniel Roy Ltée.* In that case, the new employer was ordered to reinstate and indemnify an employee who had been dismissed by the predecessor employer because of her union activities. Such a decision, if applied to a trustee, would require the trustee to reinstate an employee even though the bankruptcy had, in principle, terminated his or her employment (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27).

109 Other conflict situations are more subtle. One example is where a trustee must continue operating a business with only a few remaining employees. Procedures relating to lay-offs or to relocation may impose constraints that are incompatible with reorganization for bankruptcy purposes.

110 A final conflict results from the fact that the successor employer declaration is not time-limited. In the case of an actual purchaser, this poses no problems. In principle, the transfer of the business, like the declaration, is final. The same is not true in the case of a trustee, since the trustee, as an officer of the court, is entitled to be discharged once the administration of the assets has been completed (s. 41(2) *BIA*). An unconditional declaration would make the trustee an employer even though the reorganization has been completed and the trustee has been discharged by the bankruptcy court.

111 The above examples clearly illustrate that the successor employer declaration is not free of pitfalls when it applies to a trustee who must discharge his or her duties in accordance with the *BIA*. If in my first example it is clearly impossible to apply the two statutes concurrently, a situation in which the trustee could be held personally liable for debts of the bankrupt connected with the collective agreement would just as obviously frustrate the purpose

faillite ne peut, sans réserve, autoriser un syndicat à demander que le syndic soit déclaré successeur du failli.

Un autre conflit peut résulter d'une situation analogue à celle qui s'est produite dans l'arrêt *Adam c. Daniel Roy Ltée.* Dans cette affaire, le nouvel employeur a été condamné à réintégrer et à indemniser une employée congédiée pour activités syndicales par l'employeur précédent. Appliquée au syndic, une telle décision signifierait que celui-ci devrait réintégrer une employée, alors que la faillite a, en principe, mis fin à l'emploi de celle-ci (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27).

D'autres situations conflictuelles sont plus subtiles. C'est le cas par exemple lorsque le syndic doit assurer la continuité de l'entreprise en ne recourant qu'à quelques employés seulement. La procédure de mise à pied ou de déplacement peut imposer des contraintes incompatibles avec la réorganisation pour les besoins de la faillite.

Enfin, un autre conflit résulte du fait que la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur n'est pas limitée dans le temps. Lorsqu'il s'agit du véritable acquéreur, l'absence de délai ne présente pas de difficultés. Le transfert de l'entreprise, comme la déclaration, ont en principe un caractère définitif. Il en va autrement dans le cas du syndic, puisque, en tant qu'auxiliaire de justice, il a le droit d'être libéré lorsque l'administration de l'actif est terminée (par. 41(2) *LFI*). Une déclaration non assortie de réserves fera du syndic un employeur, et ce, malgré la fin de la réorganisation et sa libération comme syndic par la cour de faillite.

Ces exemples illustrent clairement que la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur n'est pas sans créer d'embûches lorsqu'elle vise un syndic qui doit exercer ses fonctions conformément à la *LFI*. Si mon premier exemple constitue un cas patent d'impossibilité d'application concurrente des deux lois, l'hypothèse de la responsabilité personnelle pour les dettes du failli se rapportant à la convention collective est un cas tout aussi

of the *BIA*. As Feldman J.A. stated in the instant case:

These bankruptcy considerations are critically important where an interim receiver could be declared a successor employer of the debtor if it carries on the debtor's business in order to sell it as a going concern. Whether to carry on the business is one of the most significant decisions that the receiver must make. That decision affects the entire direction of the bankruptcy and its outcome and, importantly, the ability of the receiver to maximize the value of the bankrupt's estate for the benefit of the affected stakeholders. [para. 53]

The decision to continue operating the business is central to the trustee's role under the *BIA*. This role cannot be disregarded. The parties must strike a balance between the trustee's duties and immunities under the *BIA* and the employees' rights under the *LRA*. In the event of conflict, the parties must refer to constitutional principles. A brief review of the relevant doctrines is therefore in order.

## 4. Double Aspect and Paramountcy Doctrines

Conflicts of legislative powers are not tolerated in constitutional law. A number of doctrines have been developed to ensure that federal and provincial powers are respected. Two of them are relevant here: double aspect and paramountcy. The doctrine of paramountcy has been considered in a number of this Court's decisions dealing specifically with bankruptcy, and it would be helpful to summarize those decisions.

### 4.1 *Double Aspect Doctrine*

Provincial legislatures have jurisdiction over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* (the "Constitution"). The regulation of conditions of employment falls under this head of power. No one is questioning the constitutionality either of the *LRA* as a whole or of s. 69(2). As for Parliament, it has jurisdiction over bankruptcy and insolvency under s. 91(21) of the Constitution, and neither its jurisdiction nor the

évident d'entrave à la réalisation de l'objet de la *LFI*. Comme le dit la juge Feldman de la Cour d'appel dans la présente affaire :

[TRADUCTION] Ces considérations relatives à la faillite sont de toute première importance lorsqu'un séquestre intérimaire pourrait être déclaré employeur successeur du débiteur, s'il exploite l'entreprise du débiteur en vue de la vendre à titre d'entreprise en activité. La décision d'exploiter ou non l'entreprise est une des plus importantes que doit prendre le séquestre. Elle a des incidences sur l'ensemble du déroulement de la faillite et sur l'issue de celle-ci, et, chose importante, sur la capacité du séquestre de maximiser la valeur de l'actif du failli au bénéfice de tous les intéressés. [par. 53]

112 La décision de continuer les activités de l'entreprise est au cœur de la mission confiée au syndic par la *LFI*. Cette mission ne peut être occultée. Les parties doivent identifier le point d'équilibre entre les devoirs et immunités du syndic en vertu de la *LFI* et les droits reconnus aux employés par la *LRT*. En cas de conflit, les parties doivent se reporter aux règles constitutionnelles. Il est donc opportun de faire un bref rappel des doctrines pertinentes.

## 4. Doctrines du double aspect et de la prépondérance

113 Le droit constitutionnel ne tolère pas le conflit de compétences législatives. Plusieurs doctrines ont été élaborées pour assurer le respect des compétences fédérales et provinciales. Deux d'entre elles sont pertinentes en l'espèce, le double aspect et la prépondérance. Cette dernière a fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour dans le contexte particulier de la faillite et il sera utile d'en rappeler les grandes lignes.

### 4.1 *La théorie du double aspect*

114 Les législateurs provinciaux ont compétence sur la propriété et les droits civils en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (la « Constitution »). La réglementation des conditions de travail relève de ce pouvoir. Ni la validité constitutionnelle de l'ensemble de la *LRT* ni celle du par. 69(2) ne sont remises en question. Par ailleurs, la compétence du Parlement à l'égard de la faillite et de l'insolvabilité repose sur le par. 91(21)

provisions granting powers and immunities to trustees are being contested. Thus, each of these statutes, in its own field, is within the jurisdiction of the level of government that enacted it.

115 When effect is given to federal and provincial statutes, they can often be applied concurrently. The Privy Council recognized this possibility at a very early stage:

> . . . subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91.

(*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at p. 130)

Thus, when trustees manage businesses while searching for a buyer, they derive their powers from the *BIA*, which is within federal jurisdiction. However, they are not exempt from the application of all provincial legislation. The *BIA* even makes express provision for the application of compatible provincial legislation relating to property and civil rights. Section 72(1) reaffirms the applicability of laws that are not in conflict with the *BIA*:

> **72.** (1) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

A trustee who operates a business must satisfy a large number of requirements. For example, he or she may neither fail to collect source deductions from employees' pay nor violate minimum labour standards.

116 As a result, because of the division of legislative powers between the levels of government, trustees are subject to a large number of provincial statutes. Courts that hear disputes relating to the difficulty of applying federal and provincial

de la Constitution et n'est pas non plus contestée, pas plus du reste que les dispositions conférant des pouvoirs ou immunités au syndic. Il s'agit donc de deux lois relevant, chacune dans son domaine, de la compétence du niveau de gouvernement qui l'a adoptée.

Lorsque des lois fédérales et provinciales sont mises en œuvre, elles peuvent souvent être appliquées concurremment. Le Conseil privé a très tôt reconnu cette possibilité :

> [TRADUCTION] . . . des matières qui, sous un aspect donné et pour un objet précis, relèvent de l'art. 92 peuvent, sous un autre aspect et pour un objet différent, relever de l'art. 91.

(*Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, p. 130)

Ainsi, lorsque le syndic gère une entreprise le temps de trouver un acheteur, il tire ses pouvoirs de la *LFI*, qui est de compétence fédérale. Il n'est toutefois pas exempté de l'application de l'ensemble des lois provinciales. La *LFI* prévoit même explicitement l'application des règles provinciales compatibles concernant la propriété et les droits civils. Le paragraphe 72(1) réaffirme le maintien des lois non incompatibles :

> **72.** (1) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

Le syndic qui exploite une entreprise est assujetti à un grand nombre d'exigences à cet égard. Par exemple, il ne pourrait omettre de prélever les retenues à la source des salaires des employés ou déroger aux normes minimales du travail.

En raison du partage des pouvoirs législatifs entre les niveaux de gouvernement, le syndic est donc assujetti à un grand nombre de lois provinciales. Les tribunaux saisis de contestations portant sur la difficulté d'appliquer concurremment

statutes concurrently must attempt to reconcile the application of those statutes in a manner consistent with the respective jurisdictions of the two levels of government: *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56. Where conflict is unavoidable, another doctrine may apply, namely, paramountcy.

### 4.2 *Paramountcy Doctrine*

The paramountcy of federal laws over provincial laws in the event of conflict is a doctrine that was established long ago: W. R. Lederman, "The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada" (1963), 9 *McGill L.J.* 185. Conflicts that will trigger recourse to this doctrine may occur where it is impossible to apply a federal statute and a provincial statute simultaneously (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191), but may also occur where the application of a provincial statute frustrates the legislative purpose of a federal one: *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, and *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13, at para. 12.

While this principle is easily stated, it is not always easy to apply, as can be seen from the numerous cases on this subject.

### 4.3 *Specific Context of Bankruptcy*

The *BIA* and the *LRA* are not necessarily incompatible. While it is important to acknowledge potential conflicts, it is just as important to ensure that the paramountcy doctrine is not interpreted in a way that makes it impossible to apply provincial provisions in respect of aspects that are compatible with the federal statute. The double aspect doctrine is as important as the doctrine of paramountcy. Courts must ensure that the balance struck by the Constitution is respected and that each level of government can exercise its jurisdiction fully when this can be done without impeding action by the other level.

des lois fédérales et provinciales doivent tenter de concilier l'application de ces lois de façon à respecter les champs de compétence respectifs des deux ordres de gouvernement : *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56. Lorsque le conflit est inévitable, une autre doctrine peut être pertinente, celle de la prépondérance.

### 4.2 *La doctrine de la prépondérance*

117 La prépondérance des lois fédérales sur les lois provinciales en cas de conflit est une doctrine établie de longue date : W. R. Lederman, « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963), 9 *McGill L.J.* 185. Un conflit propre à déclencher le recours à cette doctrine peut résulter de l'impossibilité d'appliquer simultanément une loi fédérale et une loi provinciale : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191, mais peut aussi naître du fait que l'application de la loi provinciale entrave la réalisation de l'objet de la loi fédérale : *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, et *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13, par. 12.

118 S'il est facile d'énoncer ce principe, son application n'est pas toujours aisée, comme en font foi les nombreux litiges sur la question.

### 4.3 *Contexte particulier de la faillite*

119 La *LFI* et la *LRT* ne sont pas d'emblée incompatibles. S'il est important de reconnaître les conflits potentiels, il est tout aussi important de faire en sorte que la doctrine de la prépondérance ne soit pas interprétée de façon à empêcher l'application des dispositions provinciales pour les aspects qui sont compatibles avec la loi fédérale. La théorie du double aspect revêt une importance tout aussi grande que celle de la prépondérance. Les tribunaux doivent s'assurer que l'équilibre prévu par la Constitution est respecté et que chaque niveau de gouvernement peut exercer pleinement ses compétences lorsque cela peut se faire sans entraver l'action de l'autre niveau.

120 In several important judgments on the subject of bankruptcy, this Court has considered the relationship between bankruptcy legislation and various aspects of provincial property law: *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785; *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, and *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 564, 2005 SCC 52.

121 In *Husky Oil*, Gonthier J., writing for the majority, summarized the principles that can serve as a basis for a "consistent and general philosophy as to the purposes of the federal system of bankruptcy and its relation to provincial property arrangements" (para. 31). He not only noted that provinces may not *directly* affect priorities under the *Bankruptcy Act*, but also stated propositions that permit the paramountcy doctrine to be applied where provincial legislation *indirectly* conflicts with the *BIA* (paras. 32 (quoting A. J. Roman and M. J. Sweatman, "The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77, at pp. 78-79) and 39):

> (1) provinces cannot create priorities between creditors or change the scheme of distribution on bankruptcy under s. 136(1) of the Bankruptcy Act;
>
> (2) while provincial legislation may validly affect priorities in a non-bankruptcy situation, once bankruptcy has occurred section 136(1) of the Bankruptcy Act determines the status and priority of the claims specifically dealt with in that section;
>
> (3) if the provinces could create their own priorities or affect priorities under the Bankruptcy Act this would invite a different scheme of distribution on bankruptcy from province to province, an unacceptable situation; . . .

En matière de faillite, plusieurs arrêts importants de la Cour étudient les rapports entre la législation relative à la faillite et divers aspects du droit provincial régissant la propriété : *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, et *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52.

Dans *Husky Oil*, le juge Gonthier, qui s'exprimait pour la majorité, résume les principes permettant de formuler une « philosophie cohérente et générale quant aux objets du régime fédéral de la faillite et au lien qu'il a avec les dispositions provinciales en matière de droit des biens » (par. 31). Non seulement rappelle-t-il que les provinces ne peuvent modifier *directement* l'ordre de priorité établi par la *Loi sur la faillite*, mais il énonce aussi les propositions qui permettent d'appliquer la théorie de la prépondérance là où une loi provinciale entre en conflit *indirectement* avec la *LFI* (par. 32 (citant A. J. Roman et M. J. Sweatman, « The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act : The War is Over » (1992), 71 *R. du B. can.* 77, p. 78-79) et 39) :

> (1) les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au par. 136(1) de la Loi sur la faillite;
>
> (2) bien qu'une loi provinciale puisse validement modifier l'ordre de priorité dans un contexte autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le par. 136(1) de la Loi sur la faillite qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;
>
> (3) si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la Loi sur la faillite, cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;

(4) the definition of terms such as "secured creditor", if defined under the Bankruptcy Act, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for purposes of the Bankruptcy Act[;]

. . .

(5) in determining the relationship between provincial legislation and the *Bankruptcy Act*, the form of the provincial interest created must not be allowed to triumph over its substance. The provinces are not entitled to do indirectly what they are prohibited from doing directly;

(6) there need not be any provincial intention to intrude into the exclusive federal sphere of bankruptcy and to conflict with the order of priorities of the *Bankruptcy Act* in order to render the provincial law inapplicable. It is sufficient that the *effect* of provincial legislation is to do so. [Emphasis in original.]

Although the propositions enunciated in *Husky Oil* relate more specifically to conflicts between provincial statutes and the scheme of distribution established in the *BIA*, they have a scope that extends beyond that specific context, and they demonstrate how the paramountcy doctrine applies in the context of bankruptcy.

In principle, a trustee should not be bound by obligations that interfere with the resolution of the bankruptcy. However, all the conflicts to which I have alluded will not occur every time the OLRB makes a successor employer declaration. On the one hand, it may be that in the particular circumstances of a case, the trustee's conduct is inconsistent with the role entrusted to him or her by the *BIA*; on the other hand, the OLRB may make a partial declaration if the union does not require the transfer of all the former employer's obligations. The case at bar is a good example of the latter situation. The union argues that it is not seeking a declaration of liability for debts owed before the appointment of the receiver. While this clarification is helpful, it does not avert every potential conflict.

(4) en matière de faillite, des expressions comme « créancier garanti », lorsqu'elles sont définies dans la Loi sur la faillite, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la Loi sur la faillite[;]

. . .

(5) pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la *Loi sur la faillite*, il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l'emporte sur le fond. Les provinces n'ont pas le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement;

(6) pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la *Loi sur la faillite*. Il suffit que la loi provinciale ait cet *effet*. [Souligné dans l'original.]

122 Même si les propositions énoncées dans *Husky Oil* traitent plus particulièrement des conflits entre les lois provinciales et le plan de répartition établi par la *LFI*, elles ont une portée qui déborde ce cadre spécifique et servent à démontrer comment la doctrine de la prépondérance s'applique dans le contexte de la faillite.

123 En principe, le syndic ne doit pas être assujetti à des obligations qui entravent le règlement de la faillite. Tous les conflits auxquels j'ai fait allusion ne se produiront cependant pas à chaque fois que la CRTO prononce une déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur. D'une part, les circonstances particulières d'une affaire peuvent révéler une conduite du syndic qui se démarque du rôle qui lui est confié par la *LFI* et, d'autre part, la CRTO peut prononcer une déclaration partielle lorsque le syndicat ne requiert pas le transfert de toutes les obligations de l'ancien employeur. La présente affaire est un bon exemple de ce dernier cas. Le syndicat plaide qu'il ne cherche pas à obtenir une déclaration de responsabilité pour les dettes dues avant la nomination du séquestre. Cette précision est utile, mais elle n'écarte pas tous les conflits potentiels.

124 The Superior Court plays a decisive role in identifying potential conflicts and must not authorize proceedings that could give rise to a conflict. A judge who denies leave to bring proceedings does not declare the provincial provision to be of no force or effect; he or she merely avoids the conflict by relying on the paramountcy doctrine in a preventive manner, hence the importance of the screening mechanism of s. 215 *BIA*.

5. Section 215 *BIA*

5.1 *Purpose of Section 215 BIA*

125 As I mentioned earlier, Parliament's intent to give trustees flexibility in administering bankruptcies is evident in the immunities provided for in the *BIA*. Section 215 plays an important role in protecting trustees, because a superior court must, in applying it, screen proceedings that could be brought against them. It reads as follows:

> **215.** Except by leave of the court, no action lies against the Superintendent, an official receiver, an interim receiver or a trustee with respect to any report made under, or any action taken pursuant to, this Act.

126 My colleague Abella J. objects to incorporating factors related to the special nature of a declaration that a trustee is an employer into the criteria for applying s. 215 *BIA*. To do so would in her view be to create a special and exceptional test for such a declaration. I myself see it as an incorporation of constitutional principles and an adjustment to new dimensions of the remedies that may be authorized against trustees.

127 Like Feldman and Cronk JJ.A., I am of the opinion that s. 215 acts as a screening mechanism for the purpose of ensuring that provincial and federal statutes do not conflict with each other. The bankruptcy judge acts as a specialized tribunal. Not only is the bankruptcy judge responsible for applying the federal statute, which must take precedence over provincial legislation in the event of

La Cour supérieure joue un rôle déterminant dans l'identification des conflits potentiels et elle ne doit pas autoriser une poursuite qui risque de créer un conflit. Le juge qui refuse d'autoriser une poursuite ne déclare pas nulle ou inopérante la disposition provinciale, il ne fait qu'éviter le conflit en recourant de façon préventive à la doctrine de la prépondérance. De là l'importance du mécanisme de filtrage de l'art. 215 *LFI*.

5. L'article 215 *LFI*

5.1 *Le but de l'art. 215 LFI*

J'ai dit plus tôt que l'intention du Parlement de faire bénéficier le syndic d'une marge de manœuvre dans l'administration de la faillite ressort des immunités prévues par la *LFI*. L'article 215 joue un rôle important dans la protection accordée au syndic, parce qu'en application de celui-ci une cour supérieure doit filtrer les poursuites susceptibles d'être intentées contre lui. Cette disposition est rédigée ainsi :

> **215.** Sauf avec la permission du tribunal, aucune action n'est recevable contre le surintendant, un séquestre officiel, un séquestre intérimaire ou un syndic relativement à tout rapport fait ou toute mesure prise conformément à la présente loi.

Ma collègue la juge Abella s'oppose à l'intégration, dans les critères d'application de l'art. 215 *LFI*, de facteurs qui prendraient en considération la nature particulière d'une déclaration attribuant au syndic la qualité d'employeur. Elle y voit la création d'un test particulier et exceptionnel à l'égard de cette déclaration. J'y vois plutôt l'incorporation des règles constitutionnelles et une adaptation aux nouvelles dimensions des recours pouvant être autorisés contre un syndic.

À l'instar des juges Feldman et Cronk, je suis d'avis que l'art. 215 agit comme mécanisme de contrôle permettant d'éviter que des lois provinciale et fédérale n'entrent en conflit l'une avec l'autre. Le juge de faillite agit à titre de tribunal spécialisé. Non seulement est-il chargé d'appliquer la loi fédérale, laquelle doit primer sur les lois provinciales en cas de conflit, mais il est aussi le premier à être

conflict, but he or she is also the first person before whom the issue of the potential conflict is raised and the only one in a position to assess all the interests at stake. It is the bankruptcy judge who must decide all issues relating to the application of the *BIA*.

In *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, [2006] 1 S.C.R. 513, 2006 SCC 14, the Court recognized the central role of the first court or tribunal to which a claimant applies. That case required a decision as to which of two administrative tribunals should decide an issue relating to human rights. In the case at bar, the choice is between the Superior Court and an administrative tribunal, the OLRB, and, what is more, it involves a constitutional question. In light of the Superior Court's expertise in bankruptcy matters and in matters relating to the Constitution, there is all the more reason to choose the Superior Court instead of the administrative tribunal. The bankruptcy court must be permitted to play its central role in full before the tribunal external to the bankruptcy considers the application against the trustee: *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92. In contrast, the OLRB specializes in labour relations, and its mission is to apply the *LRA* and, more specifically in the case at bar, s. 69(2), the purpose of which is to protect employees. Since the bankruptcy of a business affects the interests of all the creditors, not just of the employees, the bankruptcy judge is in a better position to evaluate the interests at stake and prevent conflicts.

I agree with my colleague Abella J. that the trustee is not immunized by the *BIA*. There are two sections that provide for supervision of the trustee's activities: ss. 37 and 215. Section 37 allows any interested person to apply to the bankruptcy court to have it confirm, reverse or modify an act or decision of a trustee that is the subject of a complaint. This remedy is not conditional on first obtaining leave and it sometimes constitutes an alternative remedy to s. 215 *BIA*. What distinguishes s. 37 from s. 215 is that the latter allows proceedings to be brought in a court or tribunal *other* than the

saisi de la question du conflit potentiel et est le seul qui soit en mesure d'évaluer l'ensemble des intérêts en jeu. Il est celui qui sera chargé de tous les aspects de l'application de la *LFI*.

128 Dans *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14, la Cour a reconnu le rôle central du premier tribunal auquel un réclamant s'adresse. Dans cette affaire, il s'agissait de décider lequel de deux organismes administratifs devait décider d'une question touchant les droits de la personne. En l'espèce, le choix oppose la Cour supérieure et un tribunal administratif, la CRTO, et concerne de surcroît une question constitutionnelle. Vu l'expertise de la Cour supérieure en matière de faillite et en matière constitutionnelle, le choix doit, à plus forte raison, s'arrêter sur celle-ci plutôt que sur le tribunal administratif. Il faut laisser la cour de faillite jouer pleinement son rôle central avant que le tribunal externe à la faillite soit saisi de la demande contre le syndic : *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 978, 2001 CSC 92. Par contraste, la CRTO est spécialisée dans les relations de travail et a comme mission d'appliquer la *LRT* et, plus particulièrement ici, le par. 69(2), qui a pour but de protéger les employés. Comme la faillite d'une entreprise met en cause les intérêts de tous les créanciers et non pas seulement ceux des employés, le juge de faillite est dans une meilleure position pour évaluer les intérêts en cause et prévenir les conflits.

129 D'ailleurs, je suis d'accord avec ma collègue la juge Abella lorsqu'elle dit que le syndic n'est pas immunisé par la *LFI*. Deux dispositions pourvoient au contrôle de l'activité du syndic : les art. 37 et 215. L'article 37 permet à tout intéressé de s'adresser à la cour de faillite pour lui demander de confirmer, d'infirmer ou de modifier un acte ou une décision du syndic qui fait l'objet d'une plainte. Ce recours ne requiert pas de permission préalable et constitue parfois un recours alternatif à l'art. 215 *LFI*. Ce qui distingue l'art. 37 de l'art. 215 est que cette dernière disposition permet d'intenter un recours

bankruptcy court and that it requires leave. Leave is required here because Parliament intended that the bankruptcy court have control over the proceedings. The other court or tribunal is not one that specializes in bankruptcy matters.

130 The vast majority of the decisions based on s. 215 are from cases involving alleged wrongdoing by a trustee: *Alamo Linen Rentals Ltd. v. Spicer Macgillivry Inc.* (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 38 (Ont. Prov. Ct.); *Beatty Limited Partnership (Re)* (1991), 1 O.R. (3d) 636 (Gen. Div.); *Chastan Ventures Ltd., Re* (1993), 23 C.B.R. (3d) 115 (B.C.S.C.); *Willows Golf Corp. (Bankrupt), Re* (1994), 119 Sask. R. 208 (Q.B.); *McKyes, Re*, 1996 CarswellQue 2575 (Sup. Ct.); *Nicholas v. Anderson* (1998), 5 C.B.R. (4th) 256 (Ont. C.A.); *Gallo v. Beber* (1998), 7 C.B.R. (4th) 170 (Ont. C.A.); *Kearney v. Feldman*, [1998] O.J. No. 5109 (QL) (Gen. Div.); *Burton v. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9 (Ont. S.C.J.); *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Armitage* (2000), 20 C.B.R. (4th) 160 (Ont. C.A.); *Mann v. KPMG Inc.* (2000), 197 Sask. R. 181, 2000 SKQB 460; *Vanderwoude v. Scott & Pichelli Ltd.* (2001), 25 C.B.R. (4th) 127 (Ont. C.A.); *Caswan Environmental Services Inc., Re* (2001), 24 C.B.R. (4th) 191, 2001 ABQB 240; *K.D.N. Distribution & Warehousing Ltd., Re* (2002), 33 C.B.R. (4th) 77 (Ont. S.C.J.); *Canada 3000 Inc. (Re)*, [2002] O.J. No. 3266 (QL) (S.C.J.); *MacLean v. Morash* (2003), 219 N.S.R. (2d) 83, 2003 NSSC 219; *Down, Re* (2003), 46 C.B.R. (4th) 58, 2003 BCSC 1286; *Jiwani v. Devgan*, [2005] O.J. No. 2868 (QL) (S.C.J.); *105497 Ontario Inc. v. Schwartz Levinsky Feldman Inc.* (2005), 12 C.B.R. (5th) 122 (Ont. S.C.J.); and *477470 Alberta Ltd., Re* (2005), 12 C.B.R. (5th) 125, 2005 ABQB 430.

131 The courts have hesitated to grant leave to bring proceedings against a trustee for the purpose of obtaining a declaration that the trustee is a successor employer. The instant case exemplifies this, but the Court of Appeal is not alone in this respect: *588871 Ontario Ltd., Re* (1995), 33 C.B.R. (3d) 28 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

devant un tribunal *autre* que la cour de faillite et qu'une permission est requise. Cette permission est requise parce que le Parlement a voulu que la cour de faillite exerce un contrôle sur les poursuites qui sont intentées. L'autre tribunal n'est pas un tribunal spécialisé en matière de faillite.

La vaste majorité des décisions fondées sur l'art. 215 concernent des cas où une faute est reprochée au syndic : *Alamo Linen Rentals Ltd. c. Spicer Macgillivry Inc.* (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 38 (C. prov. Ont.); *Beatty Limited Partnership (Re)* (1991), 1 O.R. (3d) 636 (Div. gén.); *Chastan Ventures Ltd., Re* (1993), 23 C.B.R. (3d) 115 (C.S.C.-B.); *Willows Golf Corp. (Bankrupt), Re* (1994), 119 Sask. R. 208 (B.R.); *McKyes, Re*, 1996 CarswellQue 2575 (C.S.); *Nicholas c. Anderson* (1998), 5 C.B.R. (4th) 256 (C.A. Ont.); *Gallo c. Beber* (1998), 7 C.B.R. (4th) 170 (C.A. Ont.); *Kearney c. Feldman*, [1998] O.J. No. 5109 (QL) (Div. gén.); *Burton c. Kideckel* (1999), 13 C.B.R. (4th) 9 (C.S.J. Ont.); *Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada c. Armitage* (2000), 20 C.B.R. (4th) 160 (C.A. Ont.); *Mann c. KPMG Inc.* (2000), 197 Sask. R. 181, 2000 SKQB 460; *Vanderwoude c. Scott & Pichelli Ltd.* (2001), 25 C.B.R. (4th) 127 (C.A. Ont.); *Caswan Environmental Services Inc., Re* (2001), 24 C.B.R. (4th) 191, 2001 ABQB 240; *K.D.N. Distribution & Warehousing Ltd., Re* (2002), 33 C.B.R. (4th) 77 (C.S.J. Ont.); *Canada 3000 Inc. (Re)*, [2002] O.J. No. 3266 (QL) (C.S.J.); *MacLean c. Morash* (2003), 219 N.S.R. (2d) 83, 2003 NSSC 219; *Down, Re* (2003), 46 C.B.R. (4th) 58, 2003 BCSC 1286; *Jiwani c. Devgan*, [2005] O.J. No. 2868 (QL) (C.S.J.); *105497 Ontario Inc. c. Schwartz Levinsky Feldman Inc.* (2005), 12 C.B.R. (5th) 122 (C.S.J. Ont.), et *477470 Alberta Ltd., Re* (2005), 12 C.B.R. (5th) 125, 2005 ABQB 430.

Par ailleurs, le tribunal se montre réticent à accorder une permission lorsqu'il s'agit de poursuivre le syndic pour faire déclarer qu'il succède à titre d'employeur successeur. La présente affaire l'illustre, mais la Cour d'appel ne faisait pas cavalier seul : *588871 Ontario Ltd., Re* (1995), 33 C.B.R. (3d) 28 (C. Ont. (Div. gén.)).

With the evolution of administrative law and the growing number of specialized tribunals, s. 215 is now used for a much wider variety of purposes than before. I agree with what Feldman J.A. said on this subject:

> In cases to date dealing with leave under s. 215 of the *BIA*, such as *Mancini*, where the issue has been trustee wrongdoing, factors relating to the bankruptcy court's control over the process have not arisen. In such cases, if leave is granted, the trustee will hire a lawyer to defend it in court, and the trustee will proceed to carry out its duties conducting the receivership or bankruptcy. [para. 54]

Applications for leave based on grounds other than negligence or refusal by the trustee to discharge his or her duties are thus a fairly recent occurrence. It is quite clear from the few reported cases that bankruptcy judges are desirous of preserving the trustee's flexibility and that they ensure that proceedings brought before the other court or tribunal do not impede action by the trustee. For instance, in *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, the Ontario Superior Court dismissed a union's motion for leave to apply to the OLRB on the following basis:

> There has been no allegation, let alone evidence, that the Trustee here (even if one were to consider E&Y Inc. in its capacity as IR) has been dragging its feet or will do so. The CUPE cross-motion for leave is dismissed without prejudice to such a motion being brought back on again with appropriate factual underpinning which I would be of the view ought to demonstrate that the Trustee has slipped over from functioning *qua* realizor of assets in a diligent fashion to the role of being predominantly an employer in its activities. [para. 29]

On an appeal from that judgment ((2004), 46 C.B.R. (4th) 126, at para. 27), the Ontario Court of Appeal explicitly approved the Superior Court's approach, although it noted the constraints inherent in the bankruptcy context:

> A bankruptcy is a disaster. A company has failed; in many cases it will not survive. Creditors, who provided goods and services in good faith, may lose

Avec le développement du droit administratif et la multiplication des tribunaux spécialisés, l'art. 215 est maintenant utilisé à des fins beaucoup plus variées qu'auparavant. J'approuve à ce sujet ce que dit la juge Feldman de la Cour d'appel : 132

> [TRADUCTION] Dans les décisions rendues jusqu'ici au sujet de la permission exigée à l'art. 215 de la *LFI*, par exemple *Mancini*, et où le litige portait sur une faute du syndic, il n'était pas question de facteurs touchant au contrôle exercé par le tribunal de faillite sur le processus. Dans de tels cas, si la permission est accordée, le syndic retient les services d'un avocat pour se défendre devant le tribunal, et il peut continuer à accomplir ses fonctions relatives à la mise sous séquestre ou à la faillite. [par. 54]

Les demandes de permission fondées sur des moyens autres que la négligence ou le refus du syndic de remplir les devoirs de sa charge sont donc une réalité assez récente. Les quelques cas répertoriés montrent bien que les juges de faillite sont soucieux de préserver la marge de manœuvre du syndic et s'assurent que les poursuites intentées devant l'autre tribunal n'entravent pas l'action du syndic. Ainsi, dans *Royal Crest Lifecare Group, Re* (2003), 40 C.B.R. (4th) 146, la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté, pour les motifs suivants, la requête du syndicat demandant la permission de s'adresser à la CRTO : 133

> [TRADUCTION] Il n'a pas été allégué — et encore moins prouvé — qu'en l'espèce le syndic (même si E&Y Inc. était considéré en sa qualité de séquestre intérimaire) a traîné les pieds ou le fera. La requête incidente de permission présentée par le SCFP est rejetée, sans préjudice de la possibilité que soit soumise ultérieurement une requête semblable sur une base factuelle appropriée, laquelle devrait à mon avis démontrer que le syndic a cessé d'agir avec diligence en tant que liquidateur pour jouer principalement le rôle d'employeur. [par. 29]

En appel de ce jugement ((2004), 46 C.B.R. (4th) 126, par. 27), la Cour d'appel de l'Ontario appuie explicitement l'approche adoptée par la Cour supérieure, tout en rappelant les contraintes inhérentes au contexte de la faillite :

> [TRADUCTION] Une faillite est une catastrophe. Une entreprise a échoué; dans biens des cas, elle ne survivra pas. Les créanciers, qui de bonne foi lui ont fourni des

substantial sums of money. Employees of the bankrupt company instantly lose their jobs.

The bankruptcy judge is thrown into the middle of the disaster. The judge will need to make important decisions that will affect the future of the company, creditors and employees. The qualities of a good bankruptcy judge are therefore expertise, sensitivity and speed.

. . .

The trustee has many responsibilities — to the estate it is managing, to creditors and to the court. Where, as here, a trustee in bankruptcy seeks to hire former employees of the bankrupt company, the trustee also has a responsibility to those employees. The trustee's decision to bring a motion on the first day of its trusteeship seeking a declaration that it not be deemed a successor employer "for any purpose whatsoever" was, in the bankruptcy judge's view, premature. Accordingly, he dismissed the motion. The trustee does not appeal this component of his decision.

Equally, the appellants' cross-motion, understandable perhaps because of the trustee's motion, was also, arguably, misconceived. The first day of a bankruptcy is hardly "business as usual" for anyone, including the employees. The relationship between the trustee and the employees of the bankrupt company cannot be resolved instantly. Care, sensitivity, negotiation and at least some time will be necessary before an appropriate relationship can be set in place. The bankruptcy judge regarded the union's cross-motion as premature as well. Accordingly, he dismissed it, but without foreclosing the possibility that such a motion could succeed once the parties, at a minimum, had explored the establishment of an appropriate employment relationship. Again, I see no basis for interfering with the bankruptcy judge's exercise of discretion in this regard. [paras. 21, 22, 31 and 32]

134 Thus, the purpose of ss. 37 and 215 is not to immunize the trustee against legitimate proceedings, but to permit the trustee's administration to be supervised without impeding it. Facilitating a form of supervision by the bankruptcy court supports the trustee's role. The *BIA* establishes a scheme under which the effectiveness of the trustee's administration can be taken into account without shielding

biens et des services, risquent de perdre des sommes importantes. Les employés de la société en faillite perdent immédiatement leur emploi.

Le juge siégeant en matière de faillite est plongé au cœur de cette catastrophe. Il lui faudra prendre des décisions importantes qui auront une incidence sur l'avenir de la société, de ses créanciers et de ses employés. Les qualités d'un bon juge de faillite sont par conséquent l'expertise, la sensibilité et la rapidité.

. . .

Le syndic a de nombreuses obligations — envers le patrimoine qu'il a pour mission de gérer, envers les créanciers et envers le tribunal. Lorsque, comme en l'espèce, un syndic de faillite souhaite engager d'anciens employés de la société faillie, il a également une obligation envers ces employés. La décision du syndic de présenter, le jour même où il a commencé à exercer sa fonction, une requête demandant au tribunal de déclarer qu'il ne devait pas être considéré, « pour quelque fin que ce soit », comme un employeur successeur était, de l'avis du juge de faillite, prématurée. Ce dernier a donc rejeté cette requête. Le syndic n'interjette pas appel de ce volet de la décision.

De même, la requête incidente des appelants, compréhensible sans doute vu la requête du syndic, était dans un sens elle aussi mal fondée. La première journée d'une faillite ne constitue certainement pas une « journée comme les autres » pour quiconque, y compris les employés. La relation entre le syndic et les employés de la société en faillite ne peut être résolue instantanément. Il faudra de l'attention, de la sensibilité, de la négociation et au moins un certain temps pour qu'une relation appropriée puisse s'établir. Le juge de faillite a estimé que la requête incidente du syndicat était elle aussi prématurée. Il l'a par conséquent rejetée, mais sans exclure la possibilité qu'une telle requête puisse être accueillie une fois que les parties auraient, à tout le moins, exploré l'établissement d'une relation d'emploi appropriée. Là encore, il n'existe selon moi aucune raison d'intervenir à l'encontre de l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire à ce sujet. [par. 21, 22, 31 et 32]

Le but des art. 37 et 215 n'est donc pas d'immuniser le syndic contre des poursuites légitimes, mais de permettre la supervision de son administration sans toutefois l'entraver. Favoriser l'exercice d'un contrôle par la cour de faillite appuie le rôle du syndic. La *LFI* met en place un régime qui permet de tenir compte de l'efficacité de l'administration du syndic tout en ne soustrayant pas le syndic au

the trustee from the courts' power of supervision. Section 215 does not indicate what criteria must be met. The flexibility afforded by Parliament permits the bankruptcy court to adapt to new realities, including successor employer declarations.

pouvoir de surveillance des tribunaux. L'article 215 n'énonce pas les critères d'application. La flexibilité laissée par le Parlement permet à la cour de faillite de s'adapter aux nouvelles réalités, y compris une déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur.

### 5.2 *Criteria for Granting Leave*

*Mancini (Bankrupt) v. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332 (C.A.), is often cited as the source of the analysis that the judge must conduct. Although the criteria established in that case are easy to apply to a simple claim against a trustee for breach of his or her duties, they must be tailored to the specific nature of each application for leave.

### 5.2 *Les critères d'autorisation*

135 L'affaire *Mancini (Bankrupt) c. Falconi* (1993), 61 O.A.C. 332 (C.A.), est souvent citée comme étant celle qui a établi l'analyse qui s'impose au juge. D'application facile lorsqu'il s'agit d'une simple réclamation contre un syndic pour contravention à ses devoirs, les critères qui y sont énoncés doivent cependant être adaptés à la nature particulière de chaque demande.

#### 5.2.1 *Mancini* and the Sufficiency of the Evidence

There is a need to demystify the analysis developed in *Mancini*. In that case, the moving parties applied for leave to commence an action by way of counterclaim for damages against a trustee. They alleged that the trustee's proceeding constituted an abuse of process and that the trustee had organized a criminal prosecution. The moving parties thus accused the trustee of wrongdoing and asked for an award of damages against the trustee personally. This was not a proceeding likely to impair the application of the *BIA*. The judge did not need to consider the effect the proceeding might have in this regard. However, the Court of Appeal clearly differentiated between two matters a judge must consider on an application for leave under s. 215: the seriousness of the cause of action and the sufficiency of the evidence. On the seriousness of the cause of action, the Court of Appeal in *Mancini* did not set out the applicable analysis, but simply summarized the case law.

#### 5.2.1 L'affaire *Mancini* et la suffisance de la preuve

136 Il y a lieu de démythifier l'analyse élaborée dans l'arrêt *Mancini*. Dans cette affaire, les parties requérantes demandaient la permission d'intenter contre un syndic une action incidente en dommages-intérêts. Elles prétendaient que le syndic avait commis un abus de procédures et organisé une poursuite criminelle. Les requérants reprochaient donc au syndic des actes qu'ils estimaient fautifs et réclamaient une condamnation pécuniaire personnelle contre celui-ci. Il ne s'agissait pas d'une poursuite susceptible d'entraver l'application de la *LFI*. Le juge n'avait pas à s'interroger sur l'effet que la poursuite pouvait avoir à cet égard. La Cour d'appel a cependant distingué clairement deux questions auxquelles doit répondre le juge saisi d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'art. 215 : le sérieux de la cause d'action et la suffisance de la preuve. Relativement au sérieux de la cause d'action, la Cour d'appel n'a pas établi l'analyse applicable dans *Mancini*, mais a simplement résumé l'état de la jurisprudence.

In my view, the most interesting aspect of that case was the court's discussion about the standard of proof. Moreover, that was the main issue in the case. The Court of Appeal wrote the following:

137 L'aspect le plus intéressant de cette affaire est, à mon avis, l'examen de la norme de preuve qui y est fait. Il s'agissait d'ailleurs de la principale question en litige. La Cour d'appel a écrit :

In considering whether leave should be granted under s. 186 [now s. 215] of the *Bankruptcy Act* to commence an action against the trustee, the motions court judge was required to consider the evidence, very generally reviewed above, in the context of the counterclaim sought to be made against the trustee. The issue is not whether the evidence on the s. 186 motion discloses the existence of a cause of action against the trustee, but rather whether the evidence provides the required support for the cause of action sought to be asserted by way of the appellants' counterclaim. Thus, it is necessary to examine the claims that the appellants sought to make against the trustee.

. . .

The appellants submit that the motions court judge erred in holding that the evidence filed in support of their motion under s. 186 of the *Bankruptcy Act* must be sufficient to establish a factual foundation for the claim that the appellants propose to make against the trustee. The appellants submit that the test under s. 186 requires no more than some evidence providing a factual foundation for the claim they seek to assert. In my opinion, the motions court judge was correct in reaching the conclusion he did on this issue. On a continuum of evidence ranging from no evidence to evidence which is conclusive, the evidence required to support an order under s. 186 must be sufficient to establish that there is a factual basis for the proposed claim and that the proposed claim discloses a cause of action.

The sufficiency of the evidence must be measured in the context of the purpose of s. 186 which, as stated earlier, is to prevent the trustee from having to respond to actions which are frivolous or vexatious or from claims which do not disclose a cause of action. As I have previously noted, the evidence on a motion under s. 186 does not have to be sufficient to enable the motions court judge to make a final assessment of the merits of the claim sought to be made, but it must be sufficient to address the issues that I have identified, having in mind the objectives of s. 186. [Emphasis added; paras. 12, 16 and 17.]

138 In saying this, the Court of Appeal was affirming the decision of the trial judge ((1989), 76 C.B.R. (N.S.) 90), who had adopted a clear formulation of what evidence would be sufficient for leave to be granted to bring proceedings against a trustee:

[TRADUCTION] Pour décider s'il y avait lieu de permettre, en vertu de l'art. 186 [maintenant art. 215] de la *Loi sur la faillite*, qu'une action soit engagée contre le syndic, le juge des requêtes devait tenir compte de la preuve, décrite à très grands traits ci-dessus, dans le contexte de la demande reconventionnelle qu'on voulait déposer contre le syndic. Il s'agit de déterminer, non pas si la preuve produite à l'appui de la requête fondée sur l'art. 186 révèle l'existence d'une cause d'action contre le syndic, mais si la preuve étaye suffisamment la cause d'action invoquée dans la demande reconventionnelle des appelants. Il est par conséquent nécessaire d'examiner les prétentions que les appelants souhaitent formuler contre le syndic.

. . .

Les appelants soutiennent que le juge des requêtes a fait erreur en statuant que la preuve produite à l'appui de leur requête fondée sur l'art. 186 de la *Loi sur la faillite* doit être suffisante pour établir un fondement factuel à l'action qu'ils entendent intenter contre le syndic. Les appelants soutiennent que le critère prévu par l'art. 186 exige seulement la présentation de quelques éléments de preuve donnant un fondement factuel à l'action qu'ils souhaitent intenter. Selon moi, le juge des requêtes a eu raison de conclure comme il l'a fait. Sur une échelle qui va de l'absence totale de preuve à une preuve qui est concluante, la preuve nécessaire pour fonder une ordonnance en vertu de l'art. 186 doit être suffisante pour établir l'existence d'un fondement factuel à l'égard de l'action envisagée, et pour établir que cette action révèle une cause d'action.

C'est dans le contexte de l'objectif visé par l'art. 186 qu'il faut déterminer si la preuve est suffisante. Cet objectif, comme nous l'avons vu, consiste à éviter que le syndic ait à se défendre contre des actions qui sont frivoles ou vexatoires, ou qui ne révèlent aucune cause d'action. Comme je l'ai souligné plus tôt, il n'est pas nécessaire que la preuve à l'appui d'une requête fondée sur l'art. 186 soit suffisante pour permettre au juge des requêtes de statuer de façon définitive sur le fond de l'action qu'on veut intenter; cependant, elle doit être suffisante pour qu'il soit possible de répondre aux questions que j'ai signalées, en ayant à l'esprit les objectifs de l'art. 186. [Je souligne; par. 12, 16 et 17.]

La Cour d'appel confirmait par là la décision du juge de première instance ((1989), 76 C.B.R. (N.S.) 90), qui avait adopté une formulation claire de ce qu'est une preuve suffisante pour qu'une poursuite contre un syndic soit autorisée :

Because the decision requires an exercise of discretion, the Court must make a more thorough enquiry than when considering whether or not a claim, *as a matter of law*, discloses a cause of action. In considering whether a claim discloses *a cause of action*, the Court presumes the allegations in the claim to be true to determine whether those allegations can provide the basis for a remedy. On a section 186 application, the Court must consider whether there is *evidence* of a factual basis for the proposed claim. The policy of section 186 is to protect the Trustee from claims which have no basis in fact. Ensuring a proper factual foundation for a proposed claim requires that the alleged facts must be disclosed by sufficient affidavit evidence. Facts are not allegations merely to be accepted at face value. [pp. 93-94]

[TRADUCTION] Comme la décision suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit effectuer un examen plus approfondi que lorsqu'il s'agit de déterminer si une déclaration, *en droit*, révèle une cause d'action. Lorsqu'il doit décider si, oui ou non, une déclaration révèle *une cause d'action*, le tribunal tient pour avérées les allégations faites dans la déclaration afin de déterminer si elles peuvent constituer le fondement d'un recours. Dans le cas d'une requête fondée sur l'art. 186, le tribunal doit se demander s'il existe dans la *preuve* un fondement factuel pour l'action envisagée. L'article 186 vise à protéger le syndic contre des actions sans fondement factuel. Si on veut s'assurer que l'action envisagée repose sur un fondement factuel approprié, il faut que les faits allégués soient révélés par une preuve par affidavit suffisante. Les faits ne sont pas des allégations qu'il faut tout bonnement accepter telles quelles. [p. 93-94]

If *Mancini* can be considered to have laid down a threshold or test of some sort, I would say that the test relates to the standard of proof required for the bankruptcy court to grant leave to bring proceedings.

139 Si l'affaire *Mancini* peut être considérée comme ayant formulé un quelconque seuil ou critère, je dirais que c'est à l'égard de la norme de preuve requise pour que la cour de faillite accorde la permission de poursuivre.

With regard to the sufficiency of the evidence, *Mancini* thus makes it clear that the judge to whom an application for leave is made under s. 215 cannot accept vague allegations. The allegations must be supported by the evidence. The judge does not have to be convinced that the action is well founded, since he or she is not the trier of fact. However, the judge must ensure that there is sufficient factual evidence, whether in the form of affidavits or exhibits, to support the allegations. To do this, the judge must review the evidence. In ordinary usage, the standard of proof in civil proceedings is often characterized as requiring either proof on the balance of probabilities or *prima facie* evidence. The threshold under s. 215 is not the trial judge's threshold of proof on the balance of probabilities, but *prima facie* evidence.

140 Pour ce qui est de la suffisance de la preuve, cet arrêt précise donc que le juge à qui une demande de permission est présentée en vertu de l'art. 215 ne peut pas se contenter de vagues allégations. La preuve doit justifier les allégations. Le juge n'a pas besoin d'être convaincu du bien-fondé de la poursuite, puisqu'il n'est pas lui-même juge du fond. Il doit cependant s'assurer qu'une preuve factuelle suffisante soutient les allégations, soit par des affirmations sous serment, soit par la production de pièces. Pour ce faire, le juge doit examiner la preuve. Dans le langage usuel, l'intensité de la norme de preuve au civil est souvent qualifiée soit de prépondérante, soit de *prima facie*. Le seuil requis par l'art. 215 n'est pas celui auquel est tenu le juge du fond, à savoir la prépondérance de la preuve, mais la preuve *prima facie*.

Unlike in *Mancini*, what is in issue in the case at bar is not the question *of fact* of the sufficiency of the evidence, but the question *of law* that is considered at the stage of the review of the seriousness of the cause of action.

141 À la différence de l'affaire *Mancini*, le débat ne porte pas en l'espèce sur la question *de fait* qu'est la suffisance de la preuve, mais plutôt sur la question *de droit* qui est étudiée à l'étape de l'examen du sérieux de la cause d'action.

5.2.2 Seriousness of the Cause of Action

142 The review of the seriousness of the cause of action must be adapted to the nature of the proceedings the applicant intends to bring. If, as in *Mancini* and the majority of the cases submitted to the courts until quite recently, a monetary award is all that is sought, the proceedings do not prevent the trustee from carrying out his or her duties or impose a burden on the trustee that is incompatible with the *BIA*.

143 However, bankruptcy judges clearly cannot grant leave to bring proceedings that are incompatible with the *BIA*. Thus, a bankruptcy judge could not authorize proceedings aimed at holding a trustee liable where the *BIA* immunizes trustees against the liability in question, as in the case of environmental damage. Since a full defence is available to the trustee pursuant to s. 14.06(2) and (4), such proceedings could not be characterized as serious or, in the words used in *Mancini*, "not frivolous". When a proceeding is not a simple action in damages based on wrongdoing by the trustee, the judge must therefore assess the nature and scope of the proceeding in light of the evidence.

144 Thus, in proceedings in which the OLRB is asked to declare that a trustee has succeeded to the bankrupt as employer, the review by the bankruptcy judge enables the judge to identify the union's actual objective in making this request. This makes it possible for the bankruptcy judge to reconcile the employees' interests with those of anyone else who has interests in the bankruptcy.

145 The judge's review does not have the effect of giving special or different treatment to successor employer declarations. Regardless of the reason the judge gives for granting leave to bring proceedings, the general context of the bankruptcy remains relevant. The judge must play an active role, anticipate the consequences of the proceedings, and limit their scope if need be. Screening the proceedings in this way is in fact what the trial judge did when he amended the order appointing

5.2.2 Le sérieux de la cause d'action

L'examen du sérieux de la cause d'action doit être modulé suivant la nature de la poursuite que le demandeur cherche à intenter. S'il s'agit d'une simple réclamation pécuniaire, comme dans *Mancini* ou dans la majorité des affaires soumises aux tribunaux jusqu'à tout récemment, la poursuite n'empêche pas le syndic d'accomplir ses devoirs et ne lui impose pas un fardeau incompatible avec la *LFI*.

Il est cependant clair que le juge de faillite ne peut accorder la permission d'intenter un recours incompatible avec la *LFI*. Il ne pourrait autoriser une poursuite ayant pour but d'imposer au syndic une responsabilité contre laquelle celui-ci est immunisé par la *LFI*, en matière de dommages environnementaux par exemple. Comme le syndic bénéficie, en vertu des par. 14.06(2) et (4) d'une défense complète, une telle poursuite ne saurait être qualifiée de sérieuse ou, selon l'expression utilisée dans *Mancini*, de [TRADUCTION] « non frivole ». Lorsque le recours n'est pas une simple poursuite en dommages-intérêts fondée sur une faute du syndic, le juge doit en conséquence évaluer la nature et la portée du recours à la lumière de la preuve.

Ainsi, dans le cas d'une poursuite demandant à la CRTO de déclarer qu'un syndic succède au failli comme employeur, l'examen que fait le juge de faillite lui permet de déterminer l'objectif réel que poursuit le syndicat en présentant cette demande. Ce faisant, le juge de faillite peut concilier les intérêts des employés avec ceux des autres intéressés dans la faillite.

L'examen fait par le juge n'a pas pour effet d'accorder un traitement particulier ou différent aux déclarations attribuant la qualité d'employeur successeur. Quel que soit le motif pour lequel un juge autorise une poursuite, le contexte général de la faillite demeure pertinent. Le juge doit jouer un rôle dynamique, anticiper les conséquences de la poursuite et en limiter la portée, au besoin. Ce filtrage des recours est d'ailleurs l'exercice auquel s'est livré le juge de première instance lorsqu'il a

the receiver so as to limit the protection of the receiver to acts it carried out in the context of the liquidation of the property. This limitation should be qualified if, for example, the issue concerns the rate of wages paid by the trustee. The process engaged in by the trial judge is nevertheless an example of what bankruptcy judges can be required to do on a regular basis in the course of their interactions with the parties. They can tailor the leave they grant to the specific needs of each case. When reviewing the seriousness of the cause of action, the bankruptcy judge must be vigilant and must deal with conflicts that could impair the application of the *BIA*.

modifié l'ordonnance de nomination du séquestre pour limiter la protection dont jouit le séquestre aux gestes que pose celui-ci dans le contexte de la liquidation des biens. Cette limitation mérite d'être nuancée, par exemple si le débat touche au taux des salaires payés par le syndic. L'exercice auquel s'est livré le juge de première instance constitue cependant un exemple de ce que les juges de faillite peuvent être appelés à accomplir de façon routinière dans leur interaction avec les parties. Ils peuvent ajuster leur autorisation en fonction des besoins spécifiques de chaque dossier. Dans l'examen du sérieux de la cause d'action, le juge de faillite doit être vigilant et parer aux conflits qui seraient susceptibles d'entraver l'application de la *LFI*.

In the case at bar, Feldman J.A. concluded that an operational conflict results each time a bankruptcy judge denies leave to bring proceedings under s. 69(2) *LRA*:

> Because the denial of leave under s. 215 of the *BIA* can be used by the bankruptcy court in appropriate circumstances to preclude the OLRB from exercising its exclusive jurisdiction to declare a person a successor employer, it is in operational conflict with s. 69 of *LRA* when such leave is denied. When that occurs, s. 72(1) of the *BIA* is engaged, with the result that s. 69(12) of the *LRA* is superceded by s. 215 of the *BIA*. [para. 69]

146 Dans la présente affaire, la juge Feldman de la Cour d'appel conclut qu'il y a conflit d'application chaque fois que le juge de faillite refuse la permission d'intenter le recours visé au par. 69(2) *LRT* :

> [TRADUCTION] Étant donné que le tribunal de faillite peut, lorsque les circonstances le justifient, refuser une demande de permission fondée sur l'art. 215 de la *LFI* et ainsi empêcher la CRTO de déclarer, en vertu de sa compétence exclusive en la matière, qu'une personne est employeur successeur, il y a en conséquence incompatibilité d'application entre cette disposition et l'art. 69 de la *LRT* en cas de refus de la permission demandée. En pareil cas, le par. 72(1) de la *LFI* entre alors en jeu, avec pour conséquence que l'art. 215 de la *LFI* l'emporte sur le par. 69(12) de la *LRT*. [par. 69]

I myself would present this idea from a positive perspective. Judges who exercise their jurisdiction under s. 215 are in a position to avoid operational conflicts. By ensuring that the conclusions being sought do not impair the application of the *BIA* and, if need be, limiting the scope of proceedings based on a provincial statute, the bankruptcy judge permits the federal statute and provincial legislation to be applied simultaneously.

147 Je présenterais plutôt cette idée sous une perspective positive. Le juge qui exerce sa compétence en vertu de l'art. 215 est en mesure d'éviter le conflit d'application. En s'assurant que les conclusions recherchées n'entravent pas l'application de la *LFI* et, au besoin, en limitant la portée d'une poursuite fondée sur une loi provinciale, les juges de faillite permettent l'application simultanée de la loi fédérale et des lois provinciales.

If the union seeks only to maintain wage rates, the proceedings can be limited to that purpose. Similarly, the problem of the period during which the declaration will be effective can be resolved by specifying that the trustee's liability will terminate when the business is transferred to the purchaser.

148 Si le syndicat ne cherche qu'à assurer le maintien du taux de salaire, la poursuite peut être limitée à cet objet. De même, le problème de la période de validité de la déclaration peut être résolu en précisant que la responsabilité du syndic prend fin lors de la transmission de l'entreprise à l'acquéreur.

149 Some cases, such as those involving seniority, may be difficult to evaluate. The issues in such cases will turn on the specific facts of each bankruptcy situation and will sometimes require an assessment of the overall impact of the proceedings.

150 Feldman J.A. mentioned the following factors:

> The factors that the bankruptcy court applies on a s. 215 application will relate to both procedural and substantive aspects of the process. Some important factors will include: the timing of the application, the complexity of the receivership and the demands on the receiver as it carries out its obligations, the potential duration of the period that the receiver intends to operate the business before it can be sold (normally as brief as possible), the availability of potential purchasers and their financial strength, and the likelihood that a purchaser will be declared a successor employer and assume all of the obligations under the collective agreement. This latter factor may be particularly important because it will give practical assurance to the union that all of the terms of the collective agreement will be honoured and the employees protected. Another key factor is the practicality of proceeding before the OLRB and the timeliness of a hearing before that tribunal in the context of the proposed temporary operation of the business and its sale. [para. 58]

These factors could be applied incorrectly. They inevitably overlap with those that will determine the decision on the merits. The bankruptcy judge must take care not to supplant the court or tribunal that will rule on the merits.

151 Using the factors proposed by Feldman J.A. entails a second risk. These factors do not expressly mention the employees' rights. The trustee represents the interests of all the creditors, including the employees. The proposed factors must therefore be resituated in the context of the exercise of a remedy that necessarily implies constraints relating to the rights of all the creditors. They cannot serve to allow the trustee to evade the application of a statute that, although it may create a constraint, does not hinder the trustee's

Plusieurs cas peuvent être difficiles à évaluer, par exemple le respect de l'ancienneté. De telles questions dépendront des faits propres à chaque faillite et exigeront parfois une évaluation globale de l'incidence de la poursuite.

La juge Feldman de la Cour d'appel mentionne les critères suivants :

> [TRADUCTION] Les facteurs appliqués par le tribunal de faillite pour statuer sur une demande présentée en vertu de l'art. 215 concernent tant des aspects procéduraux que des aspects substantiels du processus. Parmi les facteurs importants, mentionnons : le moment où la requête est présentée, la complexité de la mise sous séquestre et les contraintes auxquelles fait face le séquestre dans l'exécution de ses obligations, la durée possible de la période pendant laquelle le séquestre a l'intention d'exploiter l'entreprise avant qu'elle puisse être vendue (cette période est normalement la plus brève possible), l'existence d'acquéreurs possibles et leur solidité financière et la probabilité qu'un acquéreur soit déclaré employeur successeur et assume la totalité des obligations découlant de la convention collective. Ce dernier facteur peut s'avérer particulièrement important, parce qu'il donnera au syndicat l'assurance concrète que toutes les clauses de la convention collective seront respectées et que les salariés seront protégés. Un autre facteur clé est l'utilité de la procédure devant la CRTO et la possibilité que l'audience devant ce tribunal administratif puisse avoir lieu en temps opportun dans le contexte de l'exploitation temporaire de l'entreprise et de la vente proposées. [par. 58]

Ces critères risquent d'être mal appliqués. Ils chevauchent inévitablement ceux qui dicteront la décision sur le fond. Le juge de faillite doit prendre garde de ne pas se substituer au tribunal qui statuera sur le fond.

L'utilisation des critères suggérés par la juge Feldman comporte un deuxième danger. Les critères ne font pas mention explicitement des droits des employés. Or, le syndic représente les intérêts de tous les créanciers, y compris les employés. Les critères suggérés doivent donc être replacés dans le contexte de l'exercice d'un recours qui implique nécessairement des contraintes concernant les droits de tous les créanciers. Ils ne peuvent pas être utilisés pour permettre au syndic d'esquiver l'application d'une loi qui crée peut-être une contrainte,

work. Judges must therefore bear in mind that they will be justified in limiting the scope of proceedings or denying leave to bring them only if the proceedings would genuinely hinder the trustee's work. The judge's first task is therefore to enquire into the actual effect of the application, not a vaguely defined effect on the administration of the bankruptcy.

Employees' wage rates are one example of a constraint related to the application of the collective agreement that does not ordinarily hinder the trustee's work. Trustees who retain employees' services do not necessarily have the right to reduce their wages. Consequently, if a union seeks a declaration that a trustee is the bankrupt's successor for the sole purpose of maintaining wage rates, and if the interests of the parties cannot be reconciled at the hearing before the bankruptcy court, then leave should normally be granted. An order that a monitor pay recalled employees in accordance with the terms of the collective agreement has been made in the context of the *Companies' Creditors Arrangement Act*. Such an order does not generally lead to conflict with the duties of a liquidator or a trustee: *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. v. Jeffrey Mines Inc.*, [2003] Q.J. No. 264 (QL) (C.A.).

Moreover, the review before the bankruptcy judge of the consequences of a declaration is likely to make the parties aware of their respective interests and create an atmosphere conducive to the respect of everyone's rights. When considering the application, the judge must therefore bear in mind all the interests at stake and accept that every constraint does not necessarily hinder the trustee's work. An approach that focussed too much on the management flexibility required by the trustee could all too easily lead the judge to find that a conflict exists and would hardly be in keeping with s. 72 *BIA*.

To sum up, a judge who must decide whether to grant leave to bring proceedings against a trustee must determine the actual scope of the remedy being sought, identify potential conflicts and tailor

mais ne constitue pas une entrave à son travail. Le juge doit donc conserver à l'esprit que seule une entrave réelle justifie de limiter la portée du recours ou de refuser la permission d'intenter celui-ci. Sa tâche première consiste donc à s'interroger sur l'effet concret de la demande et non sur quelque effet diffus de celle-ci sur l'administration de la faillite.

152 Le taux des salaires versés aux employés est un exemple de contrainte liée à l'application de la convention collective qui ne constitue pas habituellement une entrave au travail du syndic. Lorsqu'un syndic retient les services d'employés, il n'a pas nécessairement le droit de réduire leur salaire. En conséquence, si un syndicat veut faire déclarer un syndic successeur du failli dans le seul but de maintenir le taux des salaires et que l'audience devant la cour de faillite ne permet pas de concilier les intérêts des parties, la permission devrait normalement être accordée. Une ordonnance obligeant le contrôleur à payer les employés rappelés selon les termes prévus à la convention collective a été prononcée dans le contexte de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Une telle ordonnance n'entraîne généralement pas de conflit avec les devoirs d'un liquidateur ou d'un syndic : *Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. c. Mine Jeffrey inc.*, [2003] R.J.Q. 420 (C.A.).

153 L'examen des conséquences d'une déclaration devant le juge de faillite est d'ailleurs de nature à sensibiliser les parties à leurs intérêts respectifs et à créer une atmosphère propice au respect des droits de tous. Le juge doit donc aborder la demande en ayant à l'esprit tous les intérêts en jeu et en acceptant que toute contrainte ne constitue pas nécessairement une entrave au travail du syndic. Une approche trop axée sur la flexibilité requise par le syndic dans sa gestion risquerait d'amener trop facilement à conclure à l'existence d'un conflit et serait peu respectueuse de l'art. 72 *LFI*.

154 En résumé, le juge appelé à décider s'il y a lieu d'accorder la permission de poursuivre un syndic doit évaluer concrètement la portée du recours recherché, identifier les conflits potentiels

the leave so as to avoid a situation in which proceedings based on provincial law have the effect of hindering the discharge of the trustee's duties and responsibilities under the *BIA*. Determining the scope of the remedy is part of the review of the cause of action. Since conflicts of jurisdiction are not tolerated in constitutional law, proceedings that lead to a constitutional conflict have no basis in law. The judge must tailor the leave. If the conflict cannot be avoided in this way, then leave to bring the proceedings must be denied.

et moduler l'autorisation de façon à éviter qu'une poursuite fondée sur le droit provincial n'ait pour effet d'entraver l'exécution des devoirs et responsabilités imposés au syndic par la *LFI*. La détermination de la portée du recours fait partie de l'évaluation de la cause d'action. Comme le droit constitutionnel ne tolère pas les conflits de compétence, une poursuite entraînant un conflit constitutionnel n'a pas de fondement juridique. Le juge doit moduler la permission de poursuivre. Si une telle modulation ne permet pas d'éviter le conflit, il doit alors refuser la permission demandée.

6. Application to the Case at Bar

6. Application à l'espèce

155 My colleague Abella J. concludes that leave to bring proceedings should be granted. I myself believe that the case should be reconsidered by the Superior Court. The union has not stated its objective other than to say that the proceedings do not concern debts incurred prior to the trustee's appointment, but this is insufficient to eliminate every potential conflict of jurisdiction, and it is also insufficient for us to substitute our assessment for that of the trial judge.

Ma collègue la juge Abella conclut que la permission de poursuivre doit être accordée. J'estime pour ma part que le dossier doit être réévalué par la Cour supérieure. L'objectif poursuivi par le syndicat n'est pas précisé, sinon pour dire que la poursuite ne vise pas les dettes antérieures à la nomination. Cette information ne permet pas d'éliminer tous les conflits de compétence potentiels et ne saurait nous autoriser à substituer notre appréciation à celle du juge de première instance.

156 To appreciate the nature of the analysis the bankruptcy judge must carry out, it will be helpful to set out the facts of the case.

Pour apprécier la nature de l'analyse que le juge de faillite doit faire, il est utile d'exposer les faits de l'affaire.

157 On January 18, 2002, the respondent GMAC Commercial Credit Corporation — Canada ("GMAC"), the principal creditor of the respondents T.C.T. Logistics Inc. and T.C.T. Warehousing Logistics Inc. ("T.C.T."), was informed that T.C.T. had artificially inflated its accounts receivable and had obtained advances from GMAC that exceeded the value of its security by $21 million. On January 24, 2002, at GMAC's request, the Ontario Superior Court appointed KPMG Inc. as interim receiver of T.C.T.'s property. The appointment order provided that no proceedings could be commenced against KPMG without leave of the Superior Court. The order also stated that KPMG would not be considered to have succeeded to T.C.T. as employer. On February 25, 2002, T.C.T. made an assignment in bankruptcy. KPMG was appointed trustee in bankruptcy. As of the date of the bankruptcy, T.C.T. was

Le 18 janvier 2002, l'intimée Société de crédit commercial GMAC — Canada (« GMAC »), principale créancière des intimées T.C.T. Logistics Inc. et T.C.T. Warehousing Logistics Inc. (« T.C.T. »), est informée que T.C.T. a gonflé artificiellement ses comptes à recevoir et a obtenu de GMAC des avances dépassant de 21 millions de dollars la valeur des garanties. Le 24 janvier 2002, à la demande de GMAC, la Cour supérieure de l'Ontario nomme l'intimée KPMG Inc. à titre de séquestre intérimaire aux biens de T.C.T. L'ordonnance de nomination prévoit qu'aucune procédure ne peut être intentée contre KPMG sans la permission de la Cour supérieure. L'ordonnance précise aussi que KPMG ne sera pas considérée comme ayant succédé à T.C.T. à titre d'employeur. Le 25 février 2002, T.C.T. fait cession de ses biens. KPMG est nommée syndic à la faillite. Au moment de la

operating a brokerage, logistics, trucking and warehousing business in Canada and the United States. The sale of the business was considered urgent (refusal by GMAC to advance additional funds, trucks located across Canada and the U.S., perishable goods still in transit or in warehouses, storage of property at risk, etc.).

T.C.T. had 1,357 employees across Canada, including unionized employees represented by 13 different unions. There were 225 employees in the warehousing division, which included warehouses located in Edmonton, Calgary and Toronto. The operation of these warehouses was subject to collective agreements covering 78 employees, including the 42 employees in the Toronto warehouse, who were represented by the appellant, Industrial Wood & Allied Workers of Canada, Local 700 (the "union"). On April 12, 2002, KPMG reached an agreement with Spectrum Supply Chain Solutions Inc. ("Spectrum") under which Spectrum would buy certain specified assets of T.C.T.'s warehouses. The letter of intent initially signed by Spectrum and KPMG provided that Spectrum would operate the warehouses and continue to employ most of the employees. After evaluating the assets, however, Spectrum decided that two of the warehouses were of no interest to it, including the one in Toronto, which was considered to be in disrepair. The final agreement provided that the employees would be terminated and that the lease of the Toronto warehouse would not be assigned to Spectrum. On April 16, 2002, the Toronto employees were informed of the agreement with Spectrum and were also informed that KPMG would be applying to the Superior Court for approval of the agreement on April 18, 2002. The Toronto warehouse was closed on May 23, 2002.

On May 13, 2002, the union filed two applications with the OLRB in which KPMG was named as a responding party. The purpose of the first was to have Spectrum declared to be the successor employer to T.C.T. and KPMG under s. 69(2) *LRA*. The second was a complaint of unfair labour practices. KPMG contested the applications, submitting that all proceedings were stayed pursuant to the appointment order and the *BIA* and that the

faillite, T.C.T. exploite au Canada et aux États-Unis une entreprise de courtage, logistique, transport et entreposage. La vente de l'entreprise est considérée urgente (refus de GMAC d'avancer des fonds additionnels, camions dispersés à travers le Canada et les États-Unis, biens périssables en transit ou en entreposage, garde des biens à risque, etc.).

158 T.C.T. emploie 1 357 employés à travers le Canada, y compris des employés syndiqués représentés par 13 syndicats différents. Deux cent vingt-cinq employés travaillent dans la division de l'entreposage qui comprend des entrepôts situés à Edmonton, Calgary et Toronto. Les activités de ces entrepôts sont encadrées par des conventions collectives visant 78 employés, dont les 42 employés de l'entrepôt de Toronto, qui sont représentés par l'appelant, Syndicat des travailleurs de l'industrie du bois et leurs alliés, section locale 700 (le « syndicat »). Le 12 avril 2002, KPMG conclut avec Spectrum Supply Chain Solutions Inc. (« Spectrum ») une entente suivant laquelle Spectrum achète certains actifs spécifiques des entrepôts de T.C.T. La lettre d'entente initialement signée par Spectrum et KPMG prévoit que Spectrum exploitera les entrepôts et maintiendra la plupart des emplois. Toutefois, à la suite de l'examen des actifs, Spectrum estime que deux des entrepôts ne présentent aucun intérêt, dont celui de Toronto, qui est jugé délabré. L'entente finale prévoit que les employés sont licenciés et que Spectrum ne se porte pas cessionnaire du bail de l'entrepôt de Toronto. Le 16 avril 2002, les employés de Toronto sont informés de l'entente avec Spectrum et du fait que, le 18 avril 2002, KPMG demandera à la Cour supérieure de l'approuver. L'entrepôt de Toronto est fermé le 23 mai 2002.

159 Le 13 mai 2002, le syndicat présente à la CRTO deux requêtes dans lesquelles KPMG est désignée comme intimée. La première vise à faire déclarer Spectrum employeur succédant à T.C.T. et à KPMG suivant le par. 69(2) *LRT*. La deuxième est une plainte pour pratiques de travail déloyales. KPMG conteste les requêtes, plaidant que toute procédure est suspendue en vertu de l'ordonnance de nomination et de la *LFI* et que le syndicat n'a pas demandé

union had not applied to the Superior Court for leave, as required by the appointment order and by s. 215 *BIA*. On August 27, 2002, the OLRB ruled in the trustee's favour and stayed the hearing of the applications.

160 The proceedings in the Superior Court concerned only KPMG. The union's application to have Spectrum recognized as the successor to T.C.T. with respect to its obligations as an employer was not in issue.

161 The reasons given by Ground J. of the Superior Court on the merits of the remedy the union sought to exercise were clear ((2003), 42 C.B.R. (4th) 221). Ground J. concluded that the trustee had merely acted as a liquidator and should not, as such, be declared the bankrupt's successor. He did not consider the actual objective being pursued by the union or the possibility of limiting the scope of the proceedings that could be brought before the OLRB. Moreover, it is impossible to determine whether he considered these proceedings to be frivolous or to have no chance of succeeding or whether he felt that the evidence did not *prima facie* support the union's cause of action. In any event, the judge analysed the merits of the case as if he himself was the trier of fact.

162 One observation is necessary here. The unqualified conclusions sought by the union are likely to result in direct conflicts with the application of the *BIA*. Neither the facts in the record nor the positions advanced by the parties are sufficient for this Court to engage in the review that is the Superior Court's responsibility. The union and GMAC do not agree on the scope of the successor employer declaration sought by the union in the instant case. The union does not seek to place a time limit on the declaration that the receiver and trustee is a successor employer. Nor has it stated if it is seeking a monetary award or the reinstatement of all unionized employees in the context of the unfair labour practices complaint. Does the dispute concern only wages or does it also relate to transfers and terminations of staff? Other issues could be raised by the parties, who are familiar with all aspects of the case. Not only is it necessary to assess the

la permission de la Cour supérieure comme l'exigent l'ordonnance de nomination et l'art. 215 *LFI*. Le 27 août 2002, la CRTO donne raison au syndic et suspend l'audition des requêtes.

Devant la Cour supérieure, le débat ne concerne que KPMG. La requête du syndicat visant à faire reconnaître Spectrum comme employeur succédant aux obligations de T.C.T. n'est aucunement en cause.

Le juge Ground, de la Cour supérieure, livre clairement son opinion sur le fond du recours que le syndicat veut exercer ((2003), 42 C.B.R. (4th) 221). Il conclut que le syndic n'a agi que comme liquidateur et que, en tant que tel, il ne doit pas être déclaré successeur du failli. Il ne s'interroge pas sur l'objectif concret recherché par le syndicat ou sur la possibilité de réduire la portée du recours qui pourrait être exercé devant la CRTO. De plus, il est impossible de déterminer s'il considère être en présence d'un cas de recours frivole ou n'ayant aucune chance de succès, ou s'il estime que la preuve ne soutient pas *prima facie* la cause d'action du syndicat. Quoiqu'il en soit, le juge analyse le fond du dossier comme s'il en était lui-même saisi.

Un constat s'impose. Les conclusions sans réserve sollicitées par le syndicat sont susceptibles d'entraîner des conflits directs avec l'application de la *LFI*. Ni les faits consignés au dossier ni les positions avancées par les parties ne permettent à la Cour de procéder à l'examen auquel la Cour supérieure doit se livrer. Le syndicat et GMAC ne s'entendent pas sur la portée de la déclaration attribuant la qualité d'employeur successeur recherchée en l'espèce par le syndicat. Le syndicat ne cherche pas à limiter dans le temps la déclaration attribuant au séquestre et au syndic la qualité d'employeur successeur. Il ne précise pas s'il sollicite une condamnation pécuniaire ou le réengagement de tous les syndiqués dans le contexte de la poursuite pour pratiques de travail déloyales. Le litige porte-t-il seulement sur les salaires ou aussi sur les déplacements de personnel et les licenciements? D'autres questions pourraient être soulevées par

sufficiency of the evidence, but the uncertainty surrounding the scope of the proceedings and the union's actual objective prevents the Court, incontrovertibly in my view, from granting the union the leave it seeks and that was denied by the judge of the Superior Court.

les parties, qui connaissent le dossier sous tous ses aspects. Non seulement y a-t-il lieu de vérifier la suffisance de la preuve, mais l'incertitude quant à la portée des recours et à l'objectif réel poursuivi par le syndicat empêche, péremptoirement selon moi, la Cour d'accorder au syndicat la permission qu'il demande et que le juge de la Cour supérieure a refusée.

## 7. Conclusion

## 7. Conclusion

The analytical approaches of the Court of Appeal and the Superior Court had the effect of avoiding a constitutional conflict, but they could block legitimate actions. Even in their role as liquidators, trustees are often required to conform to obligations imposed on them by provincial legislation. Not every constraint inherent in a proceeding for a successor employer declaration is liable to hinder the administration of the bankruptcy. The criteria proposed by the Superior Court and the Court of Appeal are therefore too demanding.

163 Les analyses faites par la Cour d'appel et la Cour supérieure avaient pour effet d'éviter le conflit constitutionnel, mais pouvaient bloquer des recours légitimes. Même dans son rôle de liquidateur, le syndic est souvent tenu de se conformer à des obligations qui lui sont imposées par des lois provinciales. Toutes les contraintes inhérentes à une poursuite en vue d'obtenir une déclaration attribuant la qualité de successeur à titre d'employeur ne sont pas susceptibles d'entraver l'administration de la faillite. Les critères suggérés par la Cour supérieure et par la Cour d'appel sont en conséquence trop exigeants.

I propose instead to incorporate into s. 215 a review designed to prevent constitutional conflicts. Under this approach, the paramountcy doctrine would apply only where the third party's proposed action would hinder the application of the *BIA*.

164 Je préconise plutôt d'incorporer à l'art. 215 un examen visant à prévenir les conflits constitutionnels. Cette approche limiterait l'application de la doctrine de la prépondérance aux seuls cas où le recours que le tiers veut exercer entrave la mise en œuvre de la *LFI*.

Furthermore, I believe that this Court should not supplant the Superior Court to assess the cause of action and the sufficiency of the evidence. In the review required by s. 215, the trier of fact has an active role to play. It is the trier of fact who must conduct the review.

165 Par ailleurs, je crois que notre Cour ne devrait pas se substituer à la Cour supérieure dans l'évaluation de la cause d'action et de la suffisance de la preuve. L'évaluation requise par l'art. 215 amène le juge des faits à jouer un rôle actif. C'est à lui qu'il revient d'évaluer le dossier.

The Court of Appeal ordered that the case be remitted to the Superior Court. That was a sound decision. The matter must therefore be remitted not only for a review from the constitutional standpoint, but also for a review of the seriousness of the cause of action and the sufficiency of the evidence. The Superior Court did not conduct this more complete review. The Court of Appeal's disposition should accordingly be confirmed.

166 La Cour d'appel a ordonné le renvoi du dossier à la Cour supérieure. Cette décision était judicieuse. Le renvoi du dossier s'impose donc non seulement pour l'évaluation du dossier sous l'angle constitutionnel, mais aussi pour l'examen du sérieux de la cause d'action et de la suffisance de la preuve. Cet exercice plus complet n'a pas été fait par la Cour supérieure. Le dispositif de la Cour d'appel devrait donc être confirmé.

167 For these reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal.

*Appeal allowed with costs,* DESCHAMPS J. *dissenting. Cross-appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Koskie Minsky, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Ogilvy Renault, Toronto.*

*Solicitors for the respondent KPMG Inc.: Goodmans, Toronto.*

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les appels principal et incident.

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge* DESCHAMPS *est dissidente. Pourvoi incident rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Koskie Minsky, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Ogilvy Renault, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée KPMG Inc. : Goodmans, Toronto.*

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada


**Part 2, 2006 Vol. 2**

**2e cahier, 2006 Vol. 2**

**Cited as [2006] 2 S.C.R. 189-398**

**Renvoi [2006] 2 R.C.S. 189-398**

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

## CONTENTS

**Baier *v.* Alberta** ..... **311**

Civil procedure — Appeals — Supreme Court of Canada — Stay — Court of Appeal's judgment declaring constitutional legislative amendments precluding school board employees from running for election as school trustees anywhere in province — Applicants and other school board employees accordingly disqualified from holding their positions as school trustees — Applicants appealing Court of Appeal's judgment and bringing motion to stay judgment pending leave to appeal — Motion granted — Stay order exempting from operation of relevant legislation school board employees who are presently sitting as school board trustees as result of valid election — Relevant legislation not suspended and remaining operative in all other circumstances.

**Blank *v.* Canada (Minister of Justice)** ..... **319**

Access to information — Exemptions — Solicitor-client privilege — Distinction between solicitor-client privilege and litigation privilege — Claimant requesting documents relating to prosecutions of himself and a company for federal regulatory offences — Charges subsequently quashed or stayed — Request for access denied by government on various grounds including solicitor-client privilege exemption set out in s. 23 of Access to Information Act — Whether documents once subject to litigation privilege remain privileged when litigation ends — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 23.

Law of professions — Barristers and solicitors — Solicitor-client privilege — Litigation privilege — Distinction between solicitor-client privilege and litigation privilege — Nature, scope and duration of litigation privilege.

**Celanese Canada Inc. *v.* Murray Demolition Corp.** ..... **189**

Civil procedure — Removal of counsel — Plaintiffs' lawyers seizing electronic documents from defendants' premises pursuant to Anton Piller order later found to include documents subject to solicitor-client privilege — Plaintiffs' lawyers conducting partial review of documents — Defendants seeking to remove plaintiffs' lawyers as solicitors of record — Whether onus on plaintiffs to rebut presumption of prejudice — Whether plaintiffs' lawyers should be removed.

Civil procedure — Anton Piller order — Requirements for order — Guidelines for preparation and execution of order.

**D.B.S. *v.* S.R.G.; L.J.W. *v.* T.A.R.; Henry *v.* Henry; Hiemstra *v.* Hiemstra** ..... **231**

Family law — Maintenance — Child support — Retroactive support — Whether court can make retroactive child

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

**Baier *c.* Alberta** ..... **311**

Procédure civile — Appels — Cour suprême du Canada — Sursis — Jugement de la Cour d'appel déclarant constitutionnelles les modifications législatives interdisant aux employés d'un conseil scolaire de briguer un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — Requérants et autres employés du conseil scolaire devenus inhabiles à occuper leur poste de conseiller à la suite de cette décision — Requérants portant en appel le jugement de la Cour d'appel et déposant une requête en sursis d'exécution de ce jugement jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande d'autorisation d'appel — Requête accordée — Ordonnance de sursis soustrayant à l'application de la mesure législative pertinente les employés d'un conseil scolaire qui occupent actuellement un poste de conseiller scolaire à la suite d'une élection valide — Mesure législative pertinente non suspendue et demeurant opérante dans tous les autres cas.

**Blank *c.* Canada (Ministre de la Justice)** ..... **319**

Accès à l'information — Exemptions — Secret professionnel de l'avocat — Distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige — Requérant demandant l'accès à des documents relatifs à des poursuites intentées contre lui et une société pour des infractions réglementaires fédérales — Annulation des accusations ou arrêt des procédures — Accès refusé par le gouvernement pour divers motifs dont l'exemption du secret professionnel de l'avocat prévue à l'art. 23 de la Loi sur l'accès à l'information — Les documents protégés par le privilège relatif au litige, continuent-ils à bénéficier de cette protection lorsque le litige prend fin? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 23.

Droit des professions — Avocats et procureurs — Secret professionnel de l'avocat — Privilège relatif au litige — Distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige — Nature, portée et durée du privilège relatif au litige.

**Celanese Canada Inc. *c.* Murray Demolition Corp.** ..... **189**

Procédure civile — Déclaration d'inhabilité d'un avocat à occuper — Avocats des demanderesses saisissant dans les locaux des défenderesses, conformément à une ordonnance Anton Piller, des documents électroniques dont certains se sont par la suite révélés assujettis au privilège avocat-client — Avocats des demanderesses effectuant un examen partiel des documents — Défenderesses demandant que les avocats des demanderesses soient déclarés inhabiles à occuper — Les demanderesses ont-elles l'obligation de réfuter la présomption de préjudice? — Y a-t-il lieu de déclarer les avocats des demanderesses inhabiles à occuper?

*Suite à la page suivante*

support order — If so, in what circumstances is it appropriate to do so — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.1, 17, 25.1 — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 1 to 4, 9, 10, 14, 25 — Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, c. P-1.

**Isen *v.* Simms** ..... **349**

Maritime law — Scope — Pleasure craft — Limitation of liability — Boat being prepared for transport on highway — Boat owner using bungee cord to secure engine cover — Plaintiff suffering personal injury when metal hook at end of bungee cord struck him in eye — Plaintiff bringing action in damages against boat owner — Whether limitation of liability provision contained in federal shipping legislation applicable — Whether plaintiff's claim falling within ambit of federal maritime law — Canada Shipping Act, R.S.C. 1985, c. S-9, s. 577.

Constitutional law — Division of powers — Navigation and shipping — Scope — Pleasure craft — Boat being prepared for transport on highway — Boat owner using bungee cord to secure engine cover — Plaintiff suffering personal injury when metal hook at end of bungee cord struck him in eye — Plaintiff bringing action in damages against boat owner — Boat owner claiming benefit of limitation of liability provision contained in federal shipping legislation — Whether matter governed by federal power over navigation and shipping or provincial power over property and civil rights — Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92(13).

**R. *v.* Hazout** ..... **361**

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — No dissent on question of law alone — Appeal quashed.

**R. *v.* Kong** ..... **347**

Criminal law — Defences — Self-defence — Victim stabbed during altercation between two groups — Accused testified that he feared for his safety and waved knife in self-defence — Trial judge found defence did not have air of reality and refused to charge jury with defence of self-defence under s. 34(1) of Criminal Code — Accused convicted of manslaughter — Court of Appeal erred in upholding trial judge's decision to not put defence of self-defence before jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34(1).

**Robertson *v.* Thomson Corp.** ..... **363**

Intellectual property — Copyright — Infringement — Right to reproduce work — Newspaper publishers reproducing in databases and CD-ROMs articles by freelance and staff writers published in newspapers — Freelance author bringing class action against newspaper publishers for copyright

*Continued on next page*



Procédure civile — Ordonnance Anton Piller — Conditions applicables à l'ordonnance — Lignes directrices applicables à la préparation et à l'exécution de l'ordonnance.

**D.B.S. *c.* S.R.G.; L.J.W. *c.* T.A.R.; Henry *c.* Henry; Hiemstra *c.* Hiemstra** ..... **231**

Droit de la famille — Pension alimentaire — Pensions alimentaires pour enfants — Pension alimentaire rétroactive — Un tribunal peut-il rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant? — Dans l'affirmative, quelles circonstances s'y prêtent? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15.1, 17, 25.1 — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 1 à 4, 9, 10, 14, 25 — Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, ch. P-1.

**Isen *c.* Simms** ..... **349**

Droit maritime — Champ d'application — Embarcation de plaisance — Limitation de responsabilité — Préparation d'un bateau en vue de son transport par route — Utilisation par le propriétaire du bateau d'un câble élastique pour fixer le couvercle du moteur — Blessures subies par le demandeur lorsqu'il a reçu dans l'œil un crochet en métal se trouvant à l'extrémité du câble élastique — Action en dommages-intérêts intentée par le demandeur contre le propriétaire du bateau — La disposition de limitation de la responsabilité figurant dans une loi fédérale concernant la marine marchande est-elle applicable? — La créance du demandeur relève-t-elle du champ d'application du droit maritime fédéral? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. 1985, ch. S-9, art. 577.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Navigation et bâtiments ou navires — Champ d'application — Embarcation de plaisance — Préparation d'un bateau en vue de son transport par route — Utilisation par le propriétaire du bateau d'un câble élastique pour fixer le couvercle du moteur — Blessures subies par le demandeur lorsqu'il a reçu dans l'œil un crochet en métal se trouvant à l'extrémité du câble élastique — Bénéfice de la disposition de limitation de la responsabilité figurant dans une loi fédérale concernant les bâtiments et navires invoqué par le propriétaire du bateau — La question relève-t-elle du pouvoir de légiférer du fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires ou du pouvoir de la province de légiférer sur la propriété et les droits civils? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92(13).

**R. *c.* Hazout** ..... **361**

Droit criminel — Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Absence de dissidence sur une question de droit seulement — Appel cassé.

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS** (Concluded)

infringement — Whether newspaper publishers entitled to reproduce in databases and CD-ROMs freelance articles acquired for publication in newspapers and staff written articles — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1).

Intellectual property — Copyright — Licences — Whether licence from freelance author granting right to newspaper publishers to republish his or her articles in databases and CD-ROMs must be in writing — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 13.

Civil procedure — Class actions — Class members — Newspaper publishers reproducing in databases and CD-ROMs freelance and staff writers' articles published in newspapers — Freelance author bringing class action against newspaper publishers for copyright infringement — Whether staff writers should have been certified as members of class.

**SOMMAIRE** (Fin)

**R. *c.* Kong** ..... **347**

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Victime poignardée au cours d'une altercation entre deux groupes — Témoignage de l'accusé portant qu'il avait agi en état de légitime défense en brandissant un couteau parce qu'il craignait pour sa sécurité — Juge du procès ne jugeant pas ce moyen de défense vraisemblable et refusant de donner des directives au jury sur la légitime défense prévue à l'art. 34(1) du Code criminel — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Décision du juge du procès de ne pas soumettre la question de la légitime défense au jury confirmée à tort par la Cour d'appel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34(1).

**Robertson *c.* Thomson Corp.** ..... **363**

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Droit de reproduire une œuvre — Articles de pigistes et d'employés publiés dans un journal reproduits par les éditeurs du journal dans des bases de données et sur des CD-ROM — Recours collectif pour violation du droit d'auteur intenté par les auteurs pigistes contre les éditeurs du journal — Les éditeurs de journaux peuvent-ils reproduire dans des bases de données électroniques et sur des CD-ROM les articles qu'ils acquièrent de pigistes en vue de les publier dans leurs journaux et les articles rédigés par leurs employés? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1).

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences — La concession par un pigiste d'une licence accordant aux éditeurs de journaux le droit de reproduire ses articles dans des bases de données et sur des CD-ROM doit-elle être constatée par écrit? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 13.

Procédure civile — Recours collectifs — Membres du groupe — Articles de pigistes et d'employés publiés dans un journal reproduits par les éditeurs du journal dans des bases de données et sur des CD-ROM — Recours collectif pour violation du droit d'auteur intenté par les auteurs pigistes contre les éditeurs du journal — Les employés auraient-ils dû être autorisés à participer au recours collectif?

**Canadian Bearings Ltd., Farrokh Khalili, Hossein Banijamali and Canadian Petroleum Processing & Equipment Inc.** *Appellants*

*v.*

**Celanese Canada Inc. and Celanese Ltd.** *Respondents*

and

**Advocates' Society and Canadian Bar Association** *Interveners*

**INDEXED AS: CELANESE CANADA INC. *v.* MURRAY DEMOLITION CORP.**

**Neutral citation: 2006 SCC 36.**

File No.: 30652.

2005: December 12; 2006: July 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Civil procedure — Removal of counsel — Plaintiffs' lawyers seizing electronic documents from defendants' premises pursuant to Anton Piller order later found to include documents subject to solicitor-client privilege — Plaintiffs' lawyers conducting partial review of documents — Defendants seeking to remove plaintiffs' lawyers as solicitors of record — Whether onus on plaintiffs to rebut presumption of prejudice — Whether plaintiffs' lawyers should be removed.*

*Civil procedure — Anton Piller order — Requirements for order — Guidelines for preparation and execution of order.*

Celanese sued Canadian Bearings for alleged industrial espionage. Following an *ex parte* application, a motions judge granted Celanese an *Anton Piller* order against Canadian Bearings. The order did not contain a provision dealing with privileged documents. It

**Canadian Bearings Ltd., Farrokh Khalili, Hossein Banijamali et Canadian Petroleum Processing & Equipment Inc.** *Appelants*

*c.*

**Celanese Canada Inc. et Celanese Ltd.** *Intimées*

et

**Advocates' Society et Association du Barreau canadien** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : CELANESE CANADA INC. *c.* MURRAY DEMOLITION CORP.**

**Référence neutre : 2006 CSC 36.**

N° du greffe : 30652.

2005 : 12 décembre; 2006 : 27 juillet.

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

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

*Procédure civile — Déclaration d'inhabilité d'un avocat à occuper — Avocats des demanderesses saisissant dans les locaux des défenderesses, conformément à une ordonnance Anton Piller, des documents électroniques dont certains se sont par la suite révélés assujettis au privilège avocat-client — Avocats des demanderesses effectuant un examen partiel des documents — Défenderesses demandant que les avocats des demanderesses soient déclarés inhabiles à occuper — Les demanderesses ont-elles l'obligation de réfuter la présomption de préjudice? — Y a-t-il lieu de déclarer les avocats des demanderesses inhabiles à occuper?*

*Procédure civile — Ordonnance Anton Piller — Conditions applicables à l'ordonnance — Lignes directrices applicables à la préparation et à l'exécution de l'ordonnance.*

Celanese a poursuivi Canadian Bearings en l'accusant d'espionnage industriel. À la suite d'une demande *ex parte*, un juge des requêtes a accordé à Celanese une ordonnance *Anton Piller* contre Canadian Bearings. Aucune disposition de l'ordonnance ne portait sur les

was executed by an accounting firm. The search was overseen by an independent supervising solicitor. The solicitors for Canadian Bearings, BLG, were also present at the search, but given the volume of electronic materials and the pace at which the search proceeded, BLG lawyers later complained that they were not given time to review the material adequately. Frequently, entire folders would be copied electronically without examination of individual documents. However, material that could be identified as potentially privileged was segregated into an electronic folder which was labelled "Borden Ladner Gervais". In the course of the search, about 1,400 electronic documents thought to be relevant, but not then screened for potential solicitor-client privilege claims, were downloaded by the accounting firm onto a portable hard drive and copied onto CD-ROMs. These were placed in a plastic envelope and sealed. The seal was initialled by a BLG lawyer and by the supervising solicitor. The envelope was then given to the accounting firm. Contrary to the express provision in the *Anton Piller* order, no complete list of the seized documents was made prior to their removal from the searched premises. A lawyer from the law firm of CBB, representing Celanese, later directed the accounting firm to copy the envelope's contents. The seal was broken without the knowledge or consent of BLG or Canadian Bearings, and the contents copied onto CBB's computer. A copy was also provided to Celanese's U.S. counsel, KBTF. When BLG became aware that privileged documents had been transferred to CBB and KBTF, it dispatched a letter requesting their immediate return. CBB and KBTF, rather than returning the documents as requested, advised BLG that the documents subject to the privilege claim had been deleted from their respective systems. Canadian Bearings then brought this motion to disqualify CBB and KBTF from continuing to act for Celanese, but this was dismissed by the motions judge. The Divisional Court allowed Canadian Bearings' appeal and ordered that CBB and KBTF be removed. The Court of Appeal set aside that decision, finding that neither of the courts below had applied the correct test for removal. In its view, Canadian Bearings bore the onus of demonstrating that there is a real risk that opposing counsel will use information obtained from privileged documents to the prejudice of Canadian Bearings and that such prejudice cannot realistically be overcome by a remedy short of disqualification. The matter was therefore remitted back to the motions judge for further consideration.

documents privilégiés. L'ordonnance a été exécutée par un cabinet comptable. La perquisition a été supervisée par un avocat indépendant. Les avocats de Canadian Bearings, BLG, étaient aussi présents sur les lieux, mais en raison de la taille des documents électroniques et du rythme auquel s'est déroulée la perquisition, les avocats de BLG se sont plaints, par la suite, de ne pas avoir disposé du temps nécessaire pour examiner convenablement les documents. À maintes reprises, une copie électronique de dossiers complets a été effectuée sans que l'on vérifie le contenu de chaque document. Toutefois, des documents pouvant être décrits comme étant potentiellement privilégiés ont été placés séparément dans un dossier électronique nommé « Borden Ladner Gervais ». Durant la perquisition, le cabinet comptable a téléchargé sur un disque dur portable et copié sur des cédéroms environ 1 400 documents électroniques jugés pertinents qui n'avaient cependant pas encore été étudiés afin de déterminer s'ils pouvaient faire l'objet d'une revendication de privilège avocat-client. Ces documents ont été placés dans une enveloppe de plastique et mis sous scellés. Un avocat de BLG et l'avocat superviseur ont apposé leurs initiales sur le scellé. L'enveloppe a ensuite été remise au cabinet comptable. Contrairement à ce que prévoyait explicitement l'ordonnance *Anton Piller*, aucune liste complète des documents saisis n'a été dressée avant qu'ils soient retirés des lieux de la perquisition. Un avocat du cabinet CBB, représentant Celanese, a par la suite demandé au cabinet comptable de copier le contenu de l'enveloppe. L'enveloppe scellée a été ouverte à l'insu ou sans le consentement de BLG ou de Canadian Bearings, et son contenu a été copié dans l'ordinateur de CBB. Une copie a également été remise aux avocats américains de Celanese, KBTF. Quand il a appris que des documents privilégiés avaient été transmis à CBB et à KBTF, BLG a, par lettre, demandé la restitution immédiate de ces documents. Au lieu de restituer les documents demandés, CBB et KBTF ont informé BLG que les documents faisant l'objet d'une revendication de privilège avaient été supprimés de leurs systèmes respectifs. Canadian Bearings a alors déposé une requête visant à faire déclarer CBB et KBTF inhabiles à continuer d'occuper pour Celanese, mais le juge des requêtes l'a rejetée. La Cour divisionnaire a accueilli l'appel de Canadian Bearings et a ordonné à CBB et à KBTF de cesser d'occuper. La Cour d'appel a annulé cette décision, statuant que ni l'une ni l'autre des instances inférieures n'avait appliqué le bon critère pour décider si une déclaration d'inhabilité à occuper s'imposait. À son avis, Canadian Bearings avait l'obligation de démontrer qu'il existe un risque réel que l'avocat de la partie adverse utilise à son préjudice les renseignements provenant de documents privilégiés, et que la déclaration d'inhabilité à occuper représente le seul moyen réaliste d'écarter ce risque de préjudice. L'affaire a donc été renvoyée au juge des requêtes pour qu'il en poursuive l'examen.

*Held*: The appeal should be allowed.

This dispute presents a clash between two competing values — solicitor-client privilege and the right of a party to select counsel of choice. The conflict here must be resolved on the basis that no one has the right to be represented by counsel who has had access to relevant solicitor-client confidences in circumstances where such access ought to have been anticipated and, without great difficulty, avoided and where the searching party has failed to rebut the presumption of a resulting risk of prejudice to the party against whom the *Anton Piller* order was made. [2]

It is procedurally unfair not only to subject the defendant to the intrusion of a surprise search under the exceptional remedy of an *Anton Piller* order in the course of which its solicitor-client confidences are disclosed to its opponent, but then to throw on it the onus of clearing up the problem created by Celanese's carelessness. The principal source of the present difficulty lies in the post-search conduct of Celanese's solicitors. Having created the problem, it should bear the burden of resolving it. [51]

An *Anton Piller* order is not placed in the hands of a public authority for execution, but authorizes a private party to insist on entrance to the premises of its opponent to seize and preserve evidence to further its claim in a private dispute. The only justification for such an extraordinary remedy is that the plaintiff has a strong *prima facie* case and can demonstrate that on the facts, absent such an order, there is a real possibility relevant evidence will be destroyed or otherwise made to disappear. The protection of the party against which an *Anton Piller* order is issued ought to be threefold: (1) a carefully drawn order which identifies the material to be seized and sets out safeguards to deal, amongst other things, with privileged documents; (2) a vigilant court-appointed supervising solicitor who is independent of the parties; and (3) a sense of responsible self-restraint on the part of those executing the order with a focus on its limited purpose namely to preserve relevant evidence not to rush to exploit it. [1] [31]

Under a properly executed *Anton Piller* order, the searching solicitors should be able to show with some precision what they have seized, what they have seen, who has seen it and the steps taken to contain the wrongful disclosure of confidences. If Celanese's solicitors, who were in frequent telephone contact with the supervising solicitor during the search, had insisted on a proper listing at the site of all the materials seized,

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

Il est question, en l'espèce, d'un conflit entre deux valeurs opposées : le privilège avocat-client et le droit d'une partie à l'avocat de son choix. Pour résoudre ce conflit, il faut tenir pour acquis que le droit d'être représenté par un avocat ayant eu accès à des communications pertinentes effectuées à titre confidentiel entre un avocat et son client n'existe pas dans le cas où cet accès aurait dû être prévu et être sans trop de peine évité et où la partie ayant sollicité la perquisition n'a pas réfuté la présomption de risque de préjudice en résultant pour la partie visée par l'ordonnance *Anton Piller*. [2]

Il est inéquitable sur le plan procédural de faire subir à la défenderesse l'atteinte que représente une perquisition-surprise effectuée en vertu du recours extraordinaire qu'est l'ordonnance *Anton Piller* et au cours de laquelle des communications avocat-client confidentielles sont divulguées à la partie adverse, pour ensuite la contraindre à résoudre le problème causé par l'incurie de Celanese. La présente difficulté découle principalement de la conduite adoptée par les avocats de Celanese après la perquisition. Comme ils sont à l'origine du problème, il devrait leur appartenir de le résoudre. [51]

Aucune autorité publique ne se voit confier l'exécution d'une ordonnance *Anton Piller*, laquelle autorise plutôt une partie privée à exiger que la partie adverse la laisse entrer dans ses locaux pour qu'elle puisse saisir et conserver des éléments de preuve susceptibles d'étayer ses allégations dans un litige privé. Ce recours extraordinaire n'est justifié que dans le cas où le demandeur dispose d'une preuve *prima facie* solide et peut démontrer que, selon les faits, il y a tout lieu de croire qu'à défaut de cette ordonnance des éléments de preuve pertinents risquent d'être détruits ou supprimés de quelque autre manière. La partie visée par une ordonnance *Anton Piller* devrait bénéficier d'une triple protection : (1) une ordonnance soigneusement rédigée décrivant les documents à saisir et énonçant les garanties applicables notamment au traitement de documents privilégiés; (2) un avocat superviseur vigilant et indépendant des parties, nommé par le tribunal; (3) un sens de la mesure de la part des personnes qui exécutent l'ordonnance, l'accent devant être mis sur son objet précis qui est de conserver des éléments de preuve, et non d'en permettre l'utilisation précipitée. [1] [31]

Lorsqu'une ordonnance *Anton Piller* est exécutée correctement, les avocats qui effectuent la perquisition doivent être en mesure d'établir avec une certaine précision ce qui a été saisi, ce qu'ils ont vu et qui l'a vu, et quelles mesures ont été prises pour empêcher la communication abusive de renseignements confidentiels. Si les avocats de Celanese, qui, au cours de la perquisition, ont eu des conversations téléphoniques fréquentes avec l'avocat

the universe of potential confidences would as a starting point have been established. Nevertheless, since the disputed electronic documents had been isolated on a hard drive and on CD-ROMs and placed in a sealed envelope in the custody of the accounting firm, a complete listing could have been made in the days following the search with BLG counsel present. This too was foreclosed by the precipitous and unilateral conduct of CBB. There was no pressing need to open the envelope. Neither CBB nor KBTF set out to obtain access to, or to gain some advantage from privileged material. Their problem stems from carelessness and an excessively adversarial approach in circumstances that called for careful restraint in recognition of the exceptional position of responsibility imposed by the unilateral and intrusive nature of an *Anton Piller* order. Remedial action in cases such as this is intended to be curative not punitive. [34] [52-54]

Here, the Court of Appeal erred in placing on Canadian Bearings' lawyers the onus of establishing a real risk of prejudice. Celanese's lawyers who undertook a search under the authority of an *Anton Piller* order and thereby took possession of relevant confidential information attributable to a solicitor-client relationship, bear the onus of showing there is no real risk such confidences will be used to the prejudice of Canadian Bearings. Difficulties of proof compounded by errors in the conduct of the search and its aftermath should fall on the heads of those responsible for the search, not of the party being searched. The onus was not met by the searching party in this case. [55]

The right of a plaintiff to continue to be represented by counsel of its choice is an important element of our adversarial system of litigation. In modern commercial litigation, mountains of paper are sometimes exchanged. Mistakes will be made. There is no such thing, in these circumstances, as automatic disqualification. If a remedy short of removing the searching solicitors will cure the problem, it should be considered. In this respect, a number of factors should be taken into account: (i) how the documents came into the possession of the plaintiff or its counsel; (ii) what the plaintiff and its counsel did upon recognition that the documents were potentially subject to solicitor-client privilege; (iii) the extent of review made of the

superviseur, avaient insisté pour qu'une liste en bonne et due forme de tous les documents saisis soit dressée sur les lieux de la perquisition, l'ensemble des documents potentiellement confidentiels aurait été connu au départ. Néanmoins, étant donné que les documents électroniques en cause avaient été téléchargés sur un disque dur et des cédéroms, puis placés dans une enveloppe scellée dont la garde avait été confiée au cabinet comptable, il aurait été possible, dans les jours qui ont suivi la perquisition, de dresser une liste complète en présence d'un avocat de BLG. Cela n'a pas pu se faire non plus en raison de la conduite précipitée et unilatérale de CBB. Aucun besoin pressant ne justifiait l'ouverture de l'enveloppe. Ni CBB ni KBTF n'a tenté d'avoir accès aux documents privilégiés ou d'en tirer quelque avantage. Leur problème découle d'une incurie et d'une attitude trop agressive dans des circonstances qui commandaient la modération en reconnaissance de la situation de responsabilité exceptionnelle qu'impose la nature unilatérale et attentatoire d'une ordonnance *Anton Piller*. Dans un cas comme la présente affaire, la mesure corrective est censée être réparatrice et non punitive. [34] [52-54]

En l'espèce, la Cour d'appel a eu tort d'imposer aux avocats de Canadian Bearings le fardeau d'établir l'existence d'un risque réel de préjudice. Les avocats de Celanese qui ont effectué une perquisition en vertu d'une ordonnance *Anton Piller* et qui, de ce fait, sont entrés en possession de renseignements confidentiels pertinents ayant été obtenus grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client ont l'obligation de démontrer qu'il n'y a aucun risque réel que ces renseignements soient utilisés au préjudice de Canadian Bearings. Les problèmes de preuve auxquels s'ajoutent les erreurs commises pendant et après la perquisition doivent être résolus par les gens qui sont responsables de la perquisition, et non par la partie qui en a fait l'objet. En l'espèce, la partie ayant sollicité la perquisition ne s'est pas acquittée de ce fardeau. [55]

Le droit d'un demandeur de continuer à être représenté par les avocats de son choix constitue un élément important de notre système de justice accusatoire. Dans les litiges commerciaux modernes, il y a parfois un échange important de documents. Des erreurs sont commises. Dans ces circonstances, il n'est pas question d'inhabilité automatique à occuper. S'il est possible de remédier au problème sans avoir à déclarer inhabiles à occuper les avocats ayant effectué la perquisition, il faut examiner cette possibilité. À cet égard, il y a lieu de prendre en considération un certain nombre de facteurs : (i) la manière dont le demandeur ou ses avocats sont entrés en possession des documents; (ii) les mesures que le demandeur et ses avocats ont prises lorsqu'ils

privileged documents; (iv) the contents of the solicitor-client communications and the degree to which they are prejudicial; (v) the stage of the litigation; (vi) the potential effectiveness of a firewall or other precautionary steps to avoid mischief. [56-59]

As to the first factor, the privileged documents came into the hands of CBB and KBTF under the *Anton Piller* order in a way that was unintended but avoidable. Inadequate precautions were taken and those who fail to take precautions must bear the responsibility. As to the second factor, CBB failed to have the electronic documents listed at the search site as required by the order, ignored the obvious significance of BLG's initials on the sealed envelope containing the electronic documents and declined to return to BLG the material over which privilege was claimed as requested. Although, CBB did take steps, as did KBTF, to contain the resulting damage, as a result of their errors the Court does not know, and Canadian Bearings cannot know, the potential scale of that damage. As to the third factor, CBB and KBTF deny any substantive review of the privileged documents, but their review must have been sufficiently thorough for one of KBTF's lawyers to classify documents as "Relevant, Irrelevant, Proprietary, and Hot". Moreover, some of the documents initially read and classified as "Relevant" turned out (on a second reading) to be potentially subject to a claim of privilege. As to the fourth factor, CBB and KBTF failed to discharge the onus of identifying the contents of the solicitor-client communications which they accessed in the course of classifying the material. It is therefore not possible to determine the degree to which they are prejudicial. Again, Celanese's solicitors created this problem by their failure to proceed with prudence. As to the fifth factor, the litigation is at an early stage, and notice of the removal application was made near the outset. Lastly, while CBB advised the court of a number of measures taken, it seems apparent that appropriate firewalls were not in place prior to the occurrence of the mischief. In view of all the circumstances, the searching party did not produce sufficient evidence to demonstrate that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur. [60-66]

ont constaté que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client; (iii) la mesure dans laquelle les documents privilégiés ont été examinés; (iv) la teneur des communications avocat-client et la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables; (v) l'étape de l'instance; (vi) l'efficacité potentielle d'une mesure de protection ou d'autres précautions destinées à éviter un préjudice. [56-59]

Quant au premier facteur, CBB et KBTF ont mis la main, d'une façon non intentionnelle mais évitable, sur les documents privilégiés grâce à l'ordonnance *Anton Piller*. Des précautions insuffisantes ont été prises et ceux qui ne prennent pas de précautions doivent en subir les conséquences. En ce qui concerne le deuxième facteur, CBB n'a ni dressé la liste des documents électroniques sur les lieux de la perquisition, comme l'exigeait l'ordonnance, ni tenu compte de l'importance manifeste des initiales de BLG apposées sur l'enveloppe scellée contenant les documents électroniques. De plus, il a refusé de restituer à BLG les documents demandés qui étaient visés par une revendication de privilège. CBB a effectivement pris des mesures, tout comme KBTF, pour limiter le préjudice ayant résulté, mais à cause de leurs erreurs, la Cour ne connaît pas, et Canadian Bearings n'est pas en mesure de connaître, l'ampleur potentielle de ce préjudice. Quant au troisième facteur, CBB et KBTF nient avoir procédé à un examen approfondi des documents privilégiés, mais ils doivent avoir effectué un examen assez minutieux pour qu'un avocat de KBTF puisse classer les documents comme étant « pertinents, non pertinents, exclusifs ou très pertinents ». En outre, certains documents lus et classés au départ comme étant « pertinents » se sont révélés (après une deuxième lecture) susceptibles de faire l'objet d'une revendication de privilège. En ce qui a trait au quatrième facteur, CBB et KBTF ne se sont pas acquittés de l'obligation de décrire la teneur des communications avocat-client dont ils ont pris connaissance en classant les documents. Il n'est donc pas possible de déterminer la mesure dans laquelle ces communications sont préjudiciables. Là encore, les avocats de Celanese ont créé ce problème en omettant d'agir avec prudence. Quant au cinquième facteur, l'instance ne fait que débuter et un préavis de la demande de déclaration d'inhabilité à occuper a été donné presque au départ. Enfin, bien que CBB ait mentionné au tribunal un certain nombre de mesures qui ont été prises, il semble évident qu'aucune mesure de protection suffisante n'avait été prise avant que le préjudice soit causé. En tout état de cause, la partie ayant sollicité la perquisition n'a pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, serait convaincu qu'il ne serait fait aucun usage de renseignements confidentiels. [60-66]

### Cases Cited

**Applied:** *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; **distinguished:** *Tilley v. Hails* (1993), 12 O.R. (3d) 306; *Aviaco International Leasing Inc. v. Boeing Canada Inc.* (2000), 9 B.L.R. (3d) 99; *Coulombe v. Beard* (1993), 16 O.R. (3d) 627; *Nova Growth Corp. c. Kepinski*, [2001] O.J. No. 5993 (QL), leave to appeal refused, [2002] O.J. No. 2522 (QL), leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xiv; *Michel v. Lafrentz* (1992), 12 C.P.C. (3d) 119; **referred to:** *Grenzservice Speditions Ges.m.b.H. v. Jans* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 370; *Ridgewood Electric Ltd. (1990) v. Robbie* (2005), 74 O.R. (3d) 514; *Netbored Inc. v. Avery Holdings Inc.* (2005), 48 C.P.R. (4th) 240, 2005 FC 1405; *Neumeyer v. Neumeyer* (2005), 47 B.C.L.R. (4th) 162, 2005 BCSC 1259; *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 F.C. 189; *Indian Manufacturing Ltd. v. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338; *Netsmart Inc. v. Poelzer*, [2003] 1 W.W.R. 698, 2002 ABQB 800; *Pulse Microsystems Ltd. v. SafeSoft Systems Inc.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 202; *Ontario Realty Corp. v. P. Gabriele & Sons Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 539; *Proctor & Gamble Inc. v. John Doe (c.o.b. Clarion Trading International)*, [2000] F.C.J. No. 61 (QL); *Adobe Systems Inc. v. KLJ Computer Solutions Inc.*, [1999] 3 F.C. 621; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *Thermax Ltd. v. Schott Industrial Glass Ltd.*, [1981] F.S.R. 289; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. v. Jane Doe* (2000), 199 F.T.R. 12, aff'd (2002), 288 N.R. 198, 2002 FCA 75; *Columbia Picture Industries Inc. v. Robinson*, [1987] Ch. 38; *Universal Thermosensors Ltd. v. Hibben*, [1992] 1 W.L.R. 840; *Sulphur Experts Inc. v. O'Connell* (2000), 279 A.R. 246, 2000 ABQB 875.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Procedure Act 1997* (U.K.), 1997, c. 12, s. 7.
*Civil Procedure Rules 1998*, S.I. 1998/3132, r. 25.1(1)(h).
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.
*Federal Court Rules* (Cth.), Order 25B.
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 374(1).
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 40.02.

### Authors Cited

Australia. Federal Court. Practice Note No. 24, May 5, 2006.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; **distinction d'avec les arrêts :** *Tilley c. Hails* (1993), 12 O.R. (3d) 306; *Aviaco International Leasing Inc. c. Boeing Canada Inc.* (2000), 9 B.L.R. (3d) 99; *Coulombe c. Beard* (1993), 16 O.R. (3d) 627; *Nova Growth Corp. c. Kepinski*, [2001] O.J. No. 5993 (QL), autorisation d'appel refusée, [2002] O.J. No. 2522 (QL), autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xiv; *Michel c. Lafrentz* (1992), 12 C.P.C. (3d) 119; **arrêts mentionnés :** *Grenzservice Speditions Ges.m.b.H. c. Jans* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 370; *Ridgewood Electric Ltd. (1990) c. Robbie* (2005), 74 O.R. (3d) 514; *Netbored Inc. c. Avery Holdings Inc.*, [2005] A.C.F. nº 1723 (QL), 2005 CF 1405; *Neumeyer c. Neumeyer* (2005), 47 B.C.L.R. (4th) 162, 2005 BCSC 1259; *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Nintendo of America, Inc. c. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 C.F. 189; *Indian Manufacturing Ltd. c. Lo*, [1997] A.C.F. nº 906 (QL); *Netsmart Inc. c. Poelzer*, [2003] 1 W.W.R. 698, 2002 ABQB 800; *Pulse Microsystems Ltd. c. SafeSoft Systems Inc.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 202; *Ontario Realty Corp. c. P. Gabriele & Sons Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 539; *Proctor & Gamble Inc. c. M. Untel (f.a.s. Clarion Trading International)*, [2000] A.C.F. nº 61 (QL); *Adobe Systems Inc. c. KLJ Computer Solutions Inc.*, [1999] 3 C.F. 621; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *Thermax Ltd. c. Schott Industrial Glass Ltd.*, [1981] F.S.R. 289; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. c. Madame Unetelle*, [2000] A.C.F. nº 1827 (QL), conf. [2002] A.C.F. nº 285 (QL), 2002 ACF 75; *Columbia Picture Industries Inc. c. Robinson*, [1987] Ch. 38; *Universal Thermosensors Ltd. c. Hibben*, [1992] 1 W.L.R. 840; *Sulphur Experts Inc. c. O'Connell* (2000), 279 A.R. 246, 2000 ABQB 875.

### Lois et règlements cités

*Civil Procedure Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 12, art. 7.
*Civil Procedure Rules 1998*, S.I. 1998/3132, règle 25.1(1)h).
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.
*Federal Court Rules* (Cth.), ordonnance 25B.
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art. 374(1).
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 40.02.

### Doctrine citée

Australie. Federal Court. Practice Note No. 24, May 5, 2006.

Great Britain. *Civil Procedure*, vol. 1, 2nd Supp., Part 25, Practice Direction — Interim Injunctions. London: Sweet & Maxwell, 2005.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1998 (updated 2005, release 13).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Abella, Moldaver and Goudge JJ.A.) (2004), 73 O.R. (3d) 64, 244 D.L.R. (4th) 33, 190 O.A.C. 329, 1 C.P.C. (6th) 254, [2004] O.J. No. 3983 (QL), setting aside a decision of the Divisional Court (MacFarland, Macdonald and Campbell JJ.) (2004), 69 O.R. (3d) 632, 237 D.L.R. (4th) 516, 183 O.A.C. 296, 46 C.P.C. (5th) 285, [2004] O.J. No. 372 (QL), setting aside a decision of Nordheimer J. (2003), 69 O.R. (3d) 618, [2003] O.J. No. 4211 (QL). Appeal allowed.

*Robert B. Bell, Douglas M. Worndl* and *Benjamin T. Glustein*, for the appellants.

*Gavin MacKenzie* and *Michelle Vaillancourt*, for the respondent Celanese Canada Inc.

*Alan J. Lenczner*, for the respondent Celanese Ltd.

*C. Clifford Lax, Q.C.*, and *M. Paul Michell*, for the intervener Advocates' Society.

*Mahmud Jamal* and *Derek Leschinsky*, for the intervener Canadian Bar Association.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — An *Anton Piller* order bears an uncomfortable resemblance to a private search warrant. No notice is given to the party against whom it is issued. Indeed, defendants usually first learn of them when they are served and executed, without having had an opportunity to challenge them or the evidence on which they were granted. The defendant may have no idea a claim is even pending. The order is not placed in the hands of a public authority for execution, but authorizes a private party to insist on entrance to the premises of its opponent to conduct a surprise search, the purpose of which is to seize and preserve evidence to further its claim

Grande-Bretagne. *Civil Procedure*, vol. 1, 2e suppl., Part 25, Practice Direction — Interim Injunctions. London : Sweet & Maxwell, 2005.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1998 (updated 2005, release 13).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Abella, Moldaver et Goudge) (2004), 73 O.R. (3d) 64, 244 D.L.R. (4th) 33, 190 O.A.C. 329, 1 C.P.C. (6th) 254, [2004] O.J. No. 3983 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges MacFarland, Macdonald et Campbell) (2004), 69 O.R. (3d) 632, 237 D.L.R. (4th) 516, 183 O.A.C. 296, 46 C.P.C. (5th) 285, [2004] O.J. No. 372 (QL), qui avait infirmé une décision du juge Nordheimer (2003), 69 O.R. (3d) 618, [2003] O.J. No. 4211 (QL). Pourvoi accueilli.

*Robert B. Bell, Douglas M. Worndl* et *Benjamin T. Glustein*, pour les appelants.

*Gavin MacKenzie* et *Michelle Vaillancourt*, pour l'intimée Celanese Canada Inc.

*Alan J. Lenczner*, pour l'intimée Celanese Ltd.

*C. Clifford Lax, c.r.*, et *M. Paul Michell*, pour l'intervenante Advocates' Society.

*Mahmud Jamal* et *Derek Leschinsky*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'ordonnance *Anton Piller* ressemble étrangement à un mandat de perquisition privé. Aucun préavis n'est donné à la partie qu'elle vise. En fait, les défendeurs n'en prennent normalement connaissance qu'au moment de sa signification et de son exécution, sans avoir eu la possibilité de la contester ou de contester la preuve sur laquelle elle repose. Il se peut même que le défendeur ignore complètement qu'une instance est en cours. Aucune autorité publique ne se voit confier l'exécution de l'ordonnance, laquelle autorise plutôt une partie privée à exiger que la partie adverse la laisse entrer dans ses locaux pour qu'elle puisse y

in a private dispute. The only justification for such an extraordinary remedy is that the plaintiff has a strong *prima facie* case and can demonstrate that on the facts, absent such an order, there is a real possibility relevant evidence will be destroyed or otherwise made to disappear. The protection of the party against whom an *Anton Piller* order is issued ought to be threefold: a carefully drawn order which identifies the material to be seized and sets out safeguards to deal, amongst other things, with privileged documents; a vigilant court-appointed supervising solicitor who is independent of the parties; and a sense of responsible self-restraint on the part of those executing the order. In this case, unfortunately, none of these protections proved to be adequate to protect against the disclosure of relevant solicitor-client confidences. Inadequate protections had been written into the order. Those which had been provided were not properly respected. The vigilance of the supervising solicitor appears to have fallen short. Celanese's solicitors in the aftermath of the search seem to have lost sight of the fact that the limited purpose of the order was to *preserve* evidence not to rush to exploit it. In the result, the party searched (Canadian Bearings) now seeks the removal of Celanese's solicitors (Cassels Brock & Blackwell LLP ("Cassels Brock")) and to bar Celanese from making further use of their U.S. counsel (Kasowitz, Benson, Torres & Friedman LLP ("Kasowitz")).

2 This appeal thus presents a clash between two competing values — solicitor-client privilege and the right to select counsel of one's choice. The conflict must be resolved, it seems to me, on the basis that no one has the right to be represented by counsel who has had access to relevant solicitor-client confidences in circumstances where such access ought to have been anticipated and, without great difficulty, avoided and where such counsel has failed to rebut the presumption of a resulting risk

effectuer une perquisition-surprise destinée à lui permettre de saisir et de conserver des éléments de preuve susceptibles d'étayer ses allégations dans un litige privé. Ce recours extraordinaire n'est justifié que dans le cas où le demandeur dispose d'une preuve *prima facie* solide et peut démontrer que, selon les faits, il y a tout lieu de croire qu'à défaut de cette ordonnance des éléments de preuve pertinents risquent d'être détruits ou supprimés de quelque autre manière. La partie visée par une ordonnance *Anton Piller* devrait bénéficier d'une triple protection : une ordonnance soigneusement rédigée décrivant les documents à saisir et énonçant les garanties applicables notamment au traitement de documents privilégiés; un avocat superviseur vigilant et indépendant des parties, nommé par le tribunal; un sens de la mesure de la part des personnes qui exécutent l'ordonnance. En l'espèce, malheureusement, aucune de ces mesures de protection ne s'est révélée suffisante pour empêcher la divulgation de communications pertinentes effectuées à titre confidentiel entre un avocat et son client. Les mesures de protection prescrites par l'ordonnance étaient insuffisantes et n'ont pas été appliquées correctement. L'avocat superviseur semble avoir manqué de vigilance. Au lendemain de la perquisition, les avocats de Celanese semblent avoir oublié que l'ordonnance avait uniquement pour but de *conserver* des éléments de preuve, et non d'en permettre l'utilisation précipitée. En définitive, la partie ayant fait l'objet de la perquisition (Canadian Bearings) demande maintenant que les avocats de Celanese (Cassels Brock & Blackwell LLP (« Cassels Brock ») soient déclarés inhabiles à occuper et que Celanese se voie interdire de continuer à consulter ses avocats américains (Kasowitz, Benson, Torres & Friedman LLP (« Kasowitz »)).

Il est donc question, en l'espèce, d'un conflit entre deux valeurs opposées : le privilège avocat-client et le droit à l'avocat de son choix. J'estime que, pour résoudre ce conflit, il faut tenir pour acquis que le droit d'être représenté par un avocat ayant eu accès à des communications pertinentes effectuées à titre confidentiel entre un avocat et son client n'existe pas dans le cas où cet accès aurait dû être prévu et être sans trop de peine évité et où l'avocat en question n'a pas réfuté la présomption

of prejudice to the party against whom the *Anton Piller* order was made.

This Court's decision in *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, makes it clear that prejudice will be presumed to flow from an opponent's access to relevant solicitor-client confidences. The major difference between the minority and majority in that case is that while the majority considered the presumption of risk of prejudice open to rebuttal in some circumstances (pp. 1260-61), the minority would not have permitted even the opportunity of rebuttal (p. 1266). In the *MacDonald Estate* situation, the difficulty of dealing with the moving solicitor was compounded by the fact the precise extent of solicitor-client confidences she acquired over a period of years, was unknown, possibly unknowable, and in any event not something that in fairness to her former client should be revealed. Thus Sopinka J. wrote that "once it is shown by the client that there existed a previous relationship which is sufficiently related to the retainer from which it is sought to remove the solicitor, the court should infer that confidential information was imparted unless the solicitor satisfies the court that no information was imparted which could be relevant. This will be a difficult burden to discharge" (p. 1260).

The *Anton Piller* situation is somewhat different because the searching solicitors ought to have a record of exactly what was seized and what material, for which confidentiality is claimed, they subsequently looked at. Here again, rebuttal should be permitted, but the rebuttal evidence should require the party who obtained access to disclose to the court what has been learned and the measures taken to avoid the presumed resulting prejudice. While all solicitor confidences are not of the same order of importance, the party who obtained the wrongful access is not entitled to have the court assume in its favour that such disclosure carried no risk of prejudice to its opponent, and therefore does not justify the removal of the solicitors. For

de risque de préjudice en résultant pour la partie visée par l'ordonnance *Anton Piller.*

3 L'arrêt de notre Cour *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, établit clairement qu'il y a présomption de préjudice lorsqu'une partie adverse a accès à des communications pertinentes effectuées à titre confidentiel entre un avocat et son client. Dans cet arrêt, la principale différence entre les opinions minoritaire et majoritaire tient au fait que les juges majoritaires considéraient que la présomption de risque de préjudice est réfutable dans certaines circonstances (p. 1260-1261), alors que les juges minoritaires n'auraient même pas donné la possibilité de réfuter cette présomption (p. 1266). Dans l'affaire *Succession MacDonald*, la difficulté de traiter avec l'avocate qui avait changé de cabinet était accentuée par le fait que l'ampleur exacte des renseignements confidentiels que son ancien client lui avait communiqués pendant un certain nombre d'années était inconnue, voire impossible à connaître, et était, de toute façon, quelque chose qui ne devait pas être divulgué par souci d'équité pour lui. En conséquence, le juge Sopinka a écrit que « dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, la Cour doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. C'est un fardeau de preuve dont il aura bien de la difficulté à s'acquitter » (p. 1260).

4 La situation de type *Anton Piller* est quelque peu différente du fait que les avocats qui ont procédé à la perquisition devaient établir un compte rendu exact de ce qui a été saisi et des documents — dont la confidentialité est invoquée — qu'ils ont examinés par la suite. Là encore, la réfutation devrait être permise, mais pour l'effectuer, la partie ayant eu accès devrait communiquer au tribunal ce qu'elle a appris et ce qu'elle a fait pour éviter le préjudice qui est présumé découler. Bien que les renseignements confidentiels communiqués à un avocat n'aient pas tous la même importance, la partie qui eu accès de façon illicite à de tels renseignements n'a pas le droit de laisser le tribunal présumer en sa faveur que leur divulgation ne comportait aucun risque de

the reasons that follow, I conclude, contrary to the view taken by the Court of Appeal, with respect, that Celanese and its lawyers *did* have the onus to rebut the presumption of a risk of prejudice and they failed to do so. Accordingly, the appeal is allowed, the order of the Ontario Court of Appeal is set aside and the order of the Divisional Court is restored removing Cassels Brock as solicitors for Celanese and precluding the latter from continuing to seek the advice of Kasowitz, in connection with any Canadian litigation arising out of the facts alleged in the amended statement of claim.

## I. Facts

5 The underlying litigation in this case, which does not directly affect the disposition of this appeal, involves alleged industrial espionage. Celanese operated a plant for the production of vinyl acetate in Edmonton. It decided for business reasons to demolish the facility rather than sell it. Celanese eventually retained the defendant, Murray Demolition, to undertake the demolition. Precautions were put in place to prevent the unauthorized disclosure during demolition of valuable proprietary information evident in the plant's design and processes. Celanese discovered in April 2003 that certain of the defendants, including Canadian Bearings, were engaged in what appeared to be an attempt, under the cover of the demolition, to copy in various ways proprietary processes and equipment. As a consequence, Canadian Bearings and others who had been given access to the site by Murray Demolition, were ordered off the property. Celanese is now suing Canadian Bearings, among others, for allegedly stealing technology discovered during the demolition and making unauthorized use of it in the construction of a vinyl acetate facility in Iran.

6 On June 19, 2003, the motions judge granted Celanese's *ex parte* application for an *Anton Piller* order against Canadian Bearings and others. The

préjudice pour la partie adverse et qu'elle ne justifie donc pas que les avocats soient déclarés inhabiles à occuper. Pour les raisons qui suivent, je conclus, en toute déférence pour le point de vue contraire adopté par la Cour d'appel, que Celanese et ses avocats avaient *effectivement* l'obligation de réfuter la présomption de risque de préjudice et qu'ils ne l'ont pas fait. Le pourvoi est donc accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario est annulée, et l'ordonnance de la Cour divisionnaire déclarant Cassels Brock inhabile à occuper pour Celanese et interdisant à cette dernière de continuer de consulter Kasowitz relativement à toute instance canadienne découlant des faits allégués dans la déclaration modifiée, est rétablie.

## I. Les faits

Le litige fondamental en l'espèce, qui n'a aucune incidence directe sur l'issue du présent pourvoi, concerne une allégation d'espionnage industriel. Celanese exploitait une usine de production d'acétate de vinyle à Edmonton. Elle a décidé, pour des raisons commerciales, de démolir l'installation au lieu de la vendre. Celanese a, par la suite, confié les travaux de démolition à la défenderesse, Murray Demolition. Au cours de ces travaux de démolition, des précautions ont été prises pour empêcher la divulgation non autorisée de renseignements exclusifs de grande valeur que révéleraient l'aménagement et les procédés de l'usine. En avril 2003, Celanese a découvert que certains défendeurs, dont Canadian Bearings, profitaient des travaux de démolition pour se livrer à ce qui semblait être une tentative de copier de différentes façons des procédés et un équipement exclusifs. Canadian Bearings et les autres à qui Murray Demolition avait donné accès au chantier se sont donc vu ordonner de quitter les lieux. Celanese poursuit maintenant Canadian Bearings, notamment, en l'accusant d'avoir volé une technologie découverte pendant les travaux de démolition et de l'avoir utilisée sans autorisation pour construire une usine de fabrication d'acétate de vinyle en Iran.

Le 19 juin 2003, le juge des requêtes a accueilli la demande *ex parte* de Celanese visant à obtenir une ordonnance *Anton Piller* contre Canadian

issue of how to deal with privileged documents was not considered in the draft order placed before the motions judge and his formal order did not contain such a provision. Nevertheless, all parties recognize that an *Anton Piller* order provides no authority whatsoever for access to a defendant's privileged documents.

The order was executed on June 20 and 21, 2003, in the presence of two police officers by an independent accounting firm, BDO Hayes Smith ("BDO"), and was overseen by an independent supervising solicitor, Bernard Eastman, Q.C. At the outset, Mr. Eastman spoke at the search site with a senior executive of Canadian Bearings. He gave the executive a copy of the order and related documents, and explained its terms. Mr. Eastman advised the executive that, pursuant to the terms of the order, he would have one hour to seek legal advice. Shortly thereafter, the solicitors for Canadian Bearings, Borden Ladner Gervais LLP ("BLG"), arrived at the scene. The search was conducted over a period of 18 hours in circumstances that could be described as mildly chaotic. Cassels Brock was not present at the search, but members of the firm were in frequent telephone communication with Mr. Eastman.

In the course of the search, privilege was claimed for certain paper documents which were then placed in a sealed folder in the custody of BDO until the merits of the claim could be resolved. The issue of privilege arises at this stage only in connection with the electronic documents seized.

When it became apparent that some of the electronic documents might be subject to solicitor-client privilege, the BDO representative enlisted the help of BLG lawyers to facilitate their identification. The process was rushed. Given the volume of electronic materials and the pace at which the search proceeded, BLG lawyers later complained that they were not given time to review the material adequately. Frequently, entire folders would be

Bearings et autres. La question de la façon de traiter des documents privilégiés n'a pas été abordée dans le projet d'ordonnance soumis au juge des requêtes et aucune disposition de son ordonnance formelle ne porte sur cette question. Néanmoins, les parties reconnaissent toutes qu'une ordonnance *Anton Piller* n'autorise aucunement l'accès aux documents privilégiés d'un défendeur.

7 L'ordonnance a été exécutée les 20 et 21 juin 2003 par un cabinet comptable indépendant, BDO Hayes Smith (« BDO »), en présence de deux policiers et sous la supervision d'un avocat indépendant, Bernard Eastman, c.r. À son arrivée sur les lieux de la perquisition, M^e^ Eastman s'est entretenu avec un cadre supérieur de Canadian Bearings. Il lui a remis une copie de l'ordonnance et des documents connexes, et lui en a expliqué les modalités. M^e^ Eastman a informé le cadre supérieur que l'ordonnance lui accordait une heure pour solliciter une opinion juridique. Peu après, les avocats de Canadian Bearings, Borden Ladner Gervais LLP (« BLG »), sont arrivés sur les lieux. La perquisition, qui a duré 18 heures, s'est déroulée dans un climat qui pourrait être qualifié de légèrement chaotique. Pendant la perquisition, des membres du cabinet Cassels Brock ont eu des conversations téléphoniques fréquentes avec M^e^ Eastman, mais aucun d'eux n'était présent sur les lieux.

8 Au cours de la perquisition, certains documents papier ayant fait l'objet d'une revendication de privilège ont été placés dans une enveloppe scellée dont la garde a été confiée à BDO jusqu'à ce qu'il soit statué sur le bien-fondé de la revendication en question. À ce stade-ci, la question du privilège ne se pose qu'à l'égard des documents électroniques saisis.

9 Lorsqu'il est devenu évident que certains documents électroniques pourraient être assujettis au privilège avocat-client, le représentant de BDO a demandé l'aide des avocats de BLG pour en faciliter l'identification. Cette tâche a été expédiée. En raison de la taille des documents électroniques et du rythme auquel s'est déroulée la perquisition, les avocats de BLG se sont plaints, par la suite, de ne pas avoir disposé du temps nécessaire pour

copied electronically without examination of individual documents. However, material that could be identified as potentially privileged was segregated into an electronic folder which was labelled "Borden Ladner Gervais".

10 In the course of the search, approximately 1,400 electronic documents thought to be relevant, but not as yet effectively screened for potential solicitor-client privilege claims, were downloaded by BDO onto a portable hard drive and "burned" onto CD-ROMs. These were placed in a plastic envelope and sealed. The seal was initialled by a BLG lawyer and by Mr. Eastman. The envelope was given to BDO. Contrary to the express provision in the *Anton Piller* order, no complete list of the seized records was made prior to their removal from the searched premises.

11 On June 23, 2003, lawyers from Cassels Brock and Kasowitz went to BDO to retrieve the seized documents. The Cassels Brock lawyer called the supervising solicitor, Mr. Eastman, to enquire about the sealed envelope containing the hard drive and CD-ROMs. Apparently satisfied there was no agreement that Cassels Brock would have to deal directly with BLG on the issue, he opened the envelope and directed BDO to copy the contents. After some delay, a CD containing copies of various e-mails was copied onto Cassels Brock's computer. A copy of the CD was not sent to BLG. Subsequently, a Cassels Brock lawyer e-mailed colleagues: "On June 24, 2003 representatives of Celanese, counsel from Kasowitz . . . and I attended at the offices of BDO . . . and reviewed all of the electronic documents seized from all of the defendants."

12 The CD turned out to contain privileged communications. The Cassels Brock lawyer admitted to having reviewed "a few dozen e-mail[s] in full", but

examiner convenablement les documents. À maintes reprises, une copie électronique de dossiers complets a été effectuée sans que l'on vérifie le contenu de chaque document. Toutefois, des documents pouvant être décrits comme étant potentiellement privilégiés ont été placés séparément dans un dossier électronique nommé « Borden Ladner Gervais ».

Durant la perquisition, BDO a téléchargé sur un disque dur portable et « gravé » sur des cédéroms environ 1 400 documents électroniques jugés pertinents qui n'avaient cependant pas encore été étudiés afin de déterminer s'ils pouvaient faire l'objet d'une revendication de privilège avocat-client. Ils ont été placés dans une enveloppe de plastique et mis sous scellés. Un avocat de BLG et M^e^ Eastman ont apposé leurs initiales sur le scellé. L'enveloppe a été remise à BDO. Contrairement à ce que prévoyait explicitement l'ordonnance *Anton Piller*, aucune liste complète des documents saisis n'a été dressée avant qu'ils soient retirés des lieux de la perquisition.

Le 23 juin 2003, des avocats de Cassels Brock et Kasowitz se sont présentés chez BDO pour récupérer les documents saisis. L'avocat de Cassels Brock a téléphoné à l'avocat superviseur, M^e^ Eastman, pour lui poser des questions au sujet de l'enveloppe scellée contenant le disque dur et les cédéroms. Manifestement convaincu qu'aucune entente n'obligeait Cassels Brock à traiter directement avec BLG à ce sujet, il a ouvert l'enveloppe et a demandé à BDO d'en copier le contenu. Au bout d'un certain temps, divers courriels stockés sur un CD ont été copiés dans l'ordinateur de Cassels Brock. Aucune copie du CD n'a été envoyée à BLG. Par la suite, un avocat de Cassels Brock a fait parvenir le courriel suivant à des collègues : [TRADUCTION] « Le 24 juin 2003, des représentants de Celanese, un avocat de Kasowitz [. . .] et moi-même nous sommes présentés au bureau de BDO [. . .] et avons examiné l'ensemble des documents électroniques saisis chez chacune des parties défenderesses. »

Il s'est avéré que le CD contenait des communications privilégiées. L'avocat de Cassels Brock a admis avoir examiné [TRADUCTION] « au complet

said he did not recall reviewing "any e-mail that originated from or were sent to BLG".

A copy of the CD was also provided to Kasowitz and was reviewed by Todd Colvard, a Kasowitz lawyer based in Houston. He was directed to classify the electronic documents as "Relevant, Irrelevant, Proprietary, and Hot". Colvard noticed that some of the e-mails were addressed to or from BLG, and so saved these in a separate fifth electronic folder which he marked "Privileged". He later found additional privileged documents in the folder marked "Relevant", thus evidencing a measure of misclassification. Other than for purposes of segregation, Colvard says he did not review "the substance of those messages".

When BLG discovered, on June 24, 2003, that the sealed envelope had been opened, some heated correspondence ensued. Cassels Brock declined to provide BLG with copies of the seized Canadian Bearings electronic documents until late Friday, June 27, 2003, after the motions judge so ordered.

On July 11 or 12, 2003, BLG became aware that privileged documents had been transferred to Cassels Brock and Kasowitz. BLG dispatched a letter dated July 14, 2003, enclosing a list of some 82 "privileged documents which were among those documents removed from my clients' computer system and deleted from my clients' computer system by those individuals executing the order of [Nordheimer J.] dated June 19, 2003" (emphasis added) and requesting the immediate return of the privileged documents "whether in print form or electronic" and identification of all individuals who may have reviewed them.

Eventually, Cassels Brock and Kasowitz, rather than returning the privileged electronic material as requested, advised BLG that the documents had been deleted from their respective systems. The

quelques dizaines de courriels », mais il a ajouté qu'il ne se rappelait pas d'avoir examiné « quelque courriel dont BLG était l'expéditeur ou le destinataire ».

13 Kasowitz a également obtenu une copie du CD, qui a été examinée par l'un de ses avocats du bureau de Houston, Todd Colvard. Celui-ci a été chargé de classer les documents électroniques comme étant [TRADUCTION] « pertinents, non pertinents, exclusifs ou très pertinents ». Remarquant que certains courriels avaient BLG pour expéditeur ou destinataire, M^e^ Colvard les a sauvegardés séparément dans un cinquième dossier électronique qu'il a nommé « privilégié ». Par la suite, il a trouvé d'autres documents privilégiés dans le dossier nommé « pertinent », ce qui prouve que certains documents avaient été mal classés. M^e^ Colvard affirme que c'est uniquement dans le but de trier les messages qu'il en a examiné la « teneur ».

14 Lorsque BLG a découvert, le 24 juin 2003, que l'enveloppe scellée avait été ouverte, un échange de correspondance très vif a eu lieu. Ce n'est que tard le vendredi 27 juin 2003, après que le juge des requêtes lui eut ordonné de le faire, que Cassels Brock a accepté de remettre à BLG une copie des documents électroniques saisis chez Canadian Bearings.

15 Le 11 ou le 12 juillet 2003, BLG a appris que des documents privilégiés avaient été transmis à Cassels Brock et à Kasowitz. Dans une lettre datée du 14 juillet 2003, à laquelle était jointe une liste de quelques 82 [TRADUCTION] « documents privilégiés figurant parmi ceux qui ont été retirés et supprimés du système informatique de mes clientes par les personnes ayant exécuté l'ordonnance rendue le 19 juin 2003 par [M. le juge Nordheimer] » (je souligne), BLG a demandé la restitution immédiate de ces documents « papier ou électroniques », ainsi que le nom de toutes les personnes qui pouvaient les avoir examinés.

16 En fin de compte, au lieu de restituer les documents électroniques privilégiés demandés, Cassels Brock et Kasowitz ont informé BLG que ces documents avaient été supprimés de leurs systèmes

Court of Appeal noted that "it is common ground that 13 lawyers, 3 clerks and 2 law students from Cassels [Brock] and 12 lawyers from Kasowitz would have been able to access the privileged electronic documents in the two to three week period that they remained in the possession of the law firms following the search".

17 Canadian Bearings brought a motion to disqualify Cassels Brock and Kasowitz from continuing to act for Celanese, which was dismissed by the motions judge. Canadian Bearings appealed to the Divisional Court, which allowed the appeal and ordered that Cassels Brock and Kasowitz be removed. Celanese, Cassels Brock and Kasowitz appealed to the Ontario Court of Appeal, which allowed the appeal, finding that neither of the courts below had applied the correct test for removal and remitted the matter back to the motions judge to be reconsidered on the basis of the appeal court's reasons. The appeal thus comes to this Court to determine the proper test and, in particular, which of the parties bears the onus to show (or rebut) the prejudice arising from disclosure of solicitor and client privileged documents.

## II. Judicial History

### A. *Superior Court of Justice* (2003), 69 O.R. (3d) 618

18 The motions judge concluded that Cassels Brock had acted inappropriately in failing to obtain the consent of Canadian Bearings' counsel before opening the sealed envelope. He was also critical of the supervising solicitor for failing to fulfill his "important responsibility regarding this extraordinary remedy", a responsibility which continues beyond the actual removal of documents from the defendant's premises. Finally, he found that there had been no pressing need to examine the documents in advance of sorting out the privilege claims, since the order's purpose of preserving the evidence had been fulfilled.

respectifs. La Cour d'appel a souligné que [TRADUCTION] « nul ne conteste que 13 avocats, 3 stagiaires et 2 étudiants en droit de Cassels [Brock] et 12 avocats de Kasowitz auraient pu avoir accès aux documents électroniques privilégiés pendant les deux ou trois semaines au cours desquelles ces cabinets les ont eu en leur possession après la perquisition ».

Le juge des requêtes a rejeté une requête de Canadian Bearings visant à faire déclarer Cassels Brock et Kasowitz inhabiles à continuer d'occuper pour Celanese. Canadian Bearings a interjeté appel devant la Cour divisionnaire, qui a accueilli l'appel et ordonné à Cassels Brock et à Kasowitz de cesser d'occuper. Celanese, Cassels Brock et Kasowitz ont interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui, accueillant l'appel, a statué que ni l'une ni l'autre des instances inférieures n'avait appliqué le bon critère pour décider si une déclaration d'inhabilité à occuper s'imposait, et a renvoyé l'affaire au juge des requêtes pour qu'il la réexamine à la lumière des motifs de la Cour d'appel. Nous sommes donc appelés, dans le présent pourvoi, à déterminer le critère applicable et à décider plus particulièrement quelle partie a l'obligation d'établir (ou de réfuter) l'existence du préjudice découlant de la communication de documents assujettis au privilège avocat-client.

## II. Historique des procédures judiciaires

### A. *Cour supérieure de justice* (2003), 69 O.R. (3d) 618

Le juge des requêtes a décidé que Cassels Brock avait mal agi en ouvrant l'enveloppe scellée sans avoir préalablement obtenu le consentement de l'avocat de Canadian Bearings. Il a également reproché à l'avocat superviseur de ne pas s'être acquitté de son [TRADUCTION] « importante responsabilité à l'égard de ce recours extraordinaire », laquelle subsiste même après que les documents aient effectivement été retirés des locaux de la défenderesse. Enfin, il a conclu qu'il n'y avait aucun besoin urgent d'examiner les documents avant que la question des revendications de privilège ait été résolue, étant donné que l'objectif de conservation de la preuve visé par l'ordonnance avait été atteint.

Nordheimer J. held that while the documents were "forced" out of Canadian Bearings' hands through the execution of the *Anton Piller* order, Cassels Brock's possession of privileged documents nevertheless was "unintended and inadvertent". The failure of the formal order to contain a provision regarding how claims of privilege were to be dealt with was a "defect".

As to the remedy of disqualification, Nordheimer J. held that an affidavit from one of Canadian Bearings' solicitors "deposing to the nature and significance of the privileged material and its potential for prejudice" was necessary. He rejected the submission that disclosure of privileged material was itself sufficient to remove Cassels Brock and Kasowitz as counsel for Celanese. Although acknowledging the "dilemma" faced by the moving party being obliged to reveal the very information sought to be protected in order to fulfill the affidavit requirement, the motions judge countered that

> [n]evertheless, given the impact of the remedy sought, and the fact that the motion is based on the contention that such information has already found its way into the possession, and by implication the knowledge, of the responding parties, it does not strike me as [an] unfair burden to place on the moving parties. [para. 29]

Given his finding that the "serious mishandling" of the sealed envelope was not "done deliberately to get at privileged documents" and "absent evidence . . . [of] . . . a pressing and substantial prejudice", Nordheimer J. concluded that removal of Cassels Brock and Kasowitz was not warranted.

B. *Divisional Court (MacFarland J. (now J.A.), Macdonald and Campbell JJ.)* (2004), 69 O.R. (3d) 632

The Divisional Court held that it was unnecessary for Canadian Bearings to present evidence regarding the nature of the privileged material disclosed. Here, "it is clear on the record that

19 Selon le juge Nordheimer, bien que l'exécution de l'ordonnance *Anton Piller* ait permis de « soutirer » les documents à Canadian Bearings, c'est néanmoins [TRADUCTION] « involontairement et par inadvertance » que Cassels Brock s'est retrouvé en possession de documents privilégiés. L'absence dans l'ordonnance formelle d'une disposition concernant la façon de traiter des revendications de privilège était une « lacune ».

20 En ce qui concerne la réparation constituée d'une déclaration d'inhabilité à occuper, le juge Nordheimer a conclu qu'il était nécessaire que l'un des avocats de Canadian Bearings produise un affidavit [TRADUCTION] « indiquant la nature et l'importance des documents privilégiés et le risque de préjudice qu'ils présentent ». Il a rejeté l'argument selon lequel la communication des documents privilégiés suffisait en soi pour que Cassels Brock et Kasowitz soient déclarés inhabiles à occuper pour Celanese. Tout en reconnaissant le « dilemme » devant lequel l'obligation de produire un affidavit placerait la partie requérante en la forçant à révéler les renseignements mêmes qu'elle cherche à protéger, le juge des requêtes a ajouté que

> [TRADUCTION] [n]éanmoins, compte tenu de l'incidence de la réparation demandée et du fait que la requête repose sur l'affirmation que les parties intimées sont déjà en possession des renseignements et en ont implicitement pris connaissance, cette obligation imposée aux parties requérantes ne me paraît pas inéquitable. [par. 29]

21 Vu sa conclusion que la [TRADUCTION] « grave erreur de traitement » de l'enveloppe scellée n'a pas été « commise délibérément pour mettre la main sur des documents privilégiés » et vu « l'absence de preuve de l'existence [. . .] d'un préjudice réel imminent », le juge Nordheimer a décidé qu'il n'était pas justifié de déclarer Cassels Brock et Kasowitz inhabiles à occuper.

B. *Cour divisionnaire (les juges MacFarland (maintenant juge à la Cour d'appel), Macdonald et Campbell)* (2004), 69 O.R. (3d) 632

22 La Cour divisionnaire a jugé qu'il n'était pas nécessaire que Canadian Bearings produise des éléments de preuve concernant la nature des documents privilégiés communiqués. En l'espèce,

relevant privileged solicitor and client documents were accessed, copied and reviewed" by lawyers at Cassels Brock and Kasowitz. Counsel who obtain *Anton Piller* orders for their clients "are obliged in all circumstances relating to such an order to conduct themselves in a manner that is beyond reproach" and "[w]hen they do not, the court must act swiftly and decisively where the terms and spirit of its order have not been complied with". The Divisional Court concluded that "where it is clear that documents are relevant and privileged and they have been reviewed by counsel and others, opposite prejudice should be assumed". Citing *MacDonald Estate*, the Divisional Court held that it would be inappropriate to require the moving party to demonstrate prejudice, since this would defeat entirely the purpose of the privilege.

[TRADUCTION] « il ressort clairement du dossier que des documents pertinents assujettis au privilège avocat-client ont été consultés, copiés et examinés » par des avocats de Cassels Brock et de Kasowitz. Les avocats qui obtiennent des ordonnances *Anton Piller* pour leurs clients [TRADUCTION] « sont tenus dans toutes les circonstances liées à ces ordonnances de se conduire d'une manière irréprochable » et « [s]'ils ne le font pas, le tribunal doit agir rapidement et de façon décisive lorsque les modalités et l'esprit de son ordonnance ne sont pas respectés ». La Cour divisionnaire a conclu que [TRADUCTION] « lorsqu'il est clair que des documents sont pertinents et privilégiés et qu'ils ont été examinés par un avocat et d'autres personnes, il y a lieu de présumer qu'un préjudice a été causé à la partie adverse ». Citant l'arrêt *Succession MacDonald*, la Cour divisionnaire a décidé qu'il ne conviendrait pas d'obliger la partie requérante à démontrer l'existence d'un préjudice, étant donné que le privilège perdrait alors tout son sens.

23 Noting that the lawsuit was in its early stages, and in light of Cassels Brock's concession that in terms of the potential for prejudice to Celanese, "other counsel could do the work", the Divisional Court concluded that, in the circumstances, the right to choose counsel had to yield, and the "only appropriate remedy" was the removal of Cassels Brock and Kasowitz. Otherwise, the "reasonable perception of the integrity of the administration of justice would be adversely affected".

Soulignant que la poursuite judiciaire en était à sa phase initiale, et compte tenu du fait que, sur la question du risque de préjudice auquel était exposée Celanese, Cassels Brock avait concédé que [TRADUCTION] « d'autres avocats pouvaient faire le travail », la Cour divisionnaire a estimé que, dans les circonstances, le droit à l'avocat de son choix devait céder le pas et que la [TRADUCTION] « seule réparation convenable » consistait à déclarer Cassels Brock et Kasowitz inhabiles à occuper. Sans cette réparation, [TRADUCTION] « la perception raisonnable de l'intégrité de l'administration de la justice serait compromise ».

### C. *Court of Appeal (Abella, Moldaver and Goudge JJ.A.)* (2004), 73 O.R. (3d) 64

### C. *Cour d'appel (les juges Abella, Moldaver et Goudge)* (2004), 73 O.R. (3d) 64

24 The Court of Appeal described the key difference between the decisions of the motions judge and the Divisional Court as a disagreement about which party bears the onus of establishing relevance and prejudice. In its opinion, the correct test is whether "upon consideration of the whole of the evidence, the moving party satisfies the court that there is a real risk that opposing counsel will use

Selon la Cour d'appel, la principale différence entre la décision du juge des requêtes et celle de la Cour divisionnaire tient à un désaccord au sujet de la partie qui a la charge d'établir la pertinence et l'existence du préjudice. À son avis, le critère applicable est de savoir si, [TRADUCTION] « compte tenu de l'ensemble de la preuve, la partie requérante peut convaincre le tribunal qu'il existe un risque réel que

information obtained from privileged documents to the prejudice of the moving party and the prejudice cannot realistically be overcome by a remedy short of disqualification".

Given the motions judge's finding that the material at issue came into the possession of Cassels Brock and Kasowitz through "inadvertence", Moldaver J.A. stated that the risk of prejudice must be "real", i.e. there must be a "realistic possibility" that the information will be used to the moving party's prejudice or "detriment". The onus is on the moving party to establish: (i) that opposing counsel received confidential information protected by solicitor-client privilege; (ii) that the information is relevant to the matter at hand; and (iii) that it is potentially prejudicial. Once these requirements have been established, the onus shifts to the opposing side to rebut.

Moldaver J.A. found that the motions judge had erred in finding that the moving party had failed to show that the information was relevant and potentially prejudicial, since it would have had to meet a relevance test to fall within the scope of the *Anton Piller* order. He also disagreed with the motions judge's view that the conduct of Cassels Brock and the supervising solicitor "evidence[d] a lack of concern" to protect the confidentiality interests of Canadian Bearings. In Moldaver J.A.'s view, on the contrary, "the evidence shows that [Cassels Brock and Kasowitz] were mindful of [Canadian Bearings'] confidentiality rights and concerned throughout that they be respected". Moldaver J.A. held that the motions judge had failed to make the necessary findings with respect to whether the privileged documents had been reviewed and if so, to what extent.

Moldaver J.A. also disagreed with the approach adopted by the Divisional Court. First, he noted that the court appeared unwilling to accept

l'avocat de la partie adverse utilise à son préjudice les renseignements provenant de documents privilégiés, et que la déclaration d'inhabilité à occuper représente le seul moyen réaliste d'écarter ce risque de préjudice ».

25 Compte tenu de la conclusion du juge des requêtes que c'est par « inadvertance » que Cassels Brock et Kasowitz sont entrés en possession des documents en cause, le juge Moldaver a affirmé que le risque de préjudice doit être « réel » en ce sens qu'il doit exister une « possibilité réaliste » que les renseignements soient utilisés au préjudice ou au « détriment » de la partie requérante. Il incombe à la partie requérante d'établir (i) que l'avocat de la partie adverse a obtenu des renseignements confidentiels protégés par le privilège avocat-client, (ii) que les renseignements concernent l'objet du litige et (iii) qu'ils sont potentiellement préjudiciables. Dès qu'il est établi que ces conditions sont remplies, il appartient alors à la partie adverse de réfuter cette preuve.

26 Selon le juge Moldaver, le juge des requêtes a eu tort de conclure que la partie requérante n'avait pas prouvé que les renseignements étaient pertinents et potentiellement préjudiciables, étant donné que ces renseignements devaient satisfaire à un critère de pertinence pour pouvoir être visés par l'ordonnance *Anton Piller*. Il a également rejeté le point de vue du juge des requêtes selon lequel la conduite de Cassels Brock et de l'avocat superviseur [TRADUCTION] « démontr[ait] une insouciance » à l'égard de la protection du droit à la confidentialité de Canadian Bearings. Le juge Moldaver estimait, au contraire, que [TRADUCTION] « la preuve démontre que [Cassels Brock et Kasowitz] étaient soucieux du droit à la confidentialité de [Canadian Bearings] et qu'ils tenaient en tout temps à ce que ce droit soit respecté ». Le juge Moldaver a conclu que le juge des requêtes n'avait pas tiré les conclusions nécessaires quant à savoir si les documents privilégiés avaient été examinés et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point ils l'avaient été.

27 Le juge Moldaver a aussi rejeté la démarche adoptée par la Cour divisionnaire. Premièrement, il a fait remarquer que la cour ne semblait

Nordheimer J.'s finding that the documents came into Celanese's counsel's possession through inadvertence, and that this led it to introduce a "punitive element" into the test. Second, he disagreed with the Divisional Court's statement that the extent of any review of the documents was irrelevant. Third, unlike the Divisional Court, it considered the risk of prejudice would be greatly alleviated if appropriate steps were taken to ensure that Colvard did not taint others. In the result the appeal was allowed and the matter remitted to the motions judge to make the additional factual determinations and to apply the test laid down by the Court of Appeal.

pas disposée à accepter la conclusion du juge Nordheimer voulant que les avocats de Celanese soient entrés en possession des documents par inadvertance, ce qui l'a incitée à inclure un « élément punitif » dans le critère. Deuxièmement, il n'a pas souscrit à l'affirmation de la Cour divisionnaire que la mesure dans laquelle les documents pouvaient avoir été examinés n'était pas pertinente. Troisièmement, contrairement à la Cour divisionnaire, il a estimé que le risque de préjudice serait grandement atténué si des mesures appropriées étaient prises pour assurer que M^e^ Colvard ne compromette personne d'autre. En définitive, l'appel a été accueilli et l'affaire a été renvoyée au juge des requêtes pour qu'il se prononce sur les autres questions de fait et applique le critère formulé par la Cour d'appel.

## III. Analysis

28 *Anton Piller* orders have been available in Canada for close to 30 years. Unlike a search warrant they do not authorize forcible entry, but expose the target to contempt proceedings unless permission to enter is given. To the ordinary citizen faced on his or her doorstep with an *Anton Piller* order this may be seen as a distinction without a meaningful difference.

29 Originally developed as an "exceptional remedy" in the context of trade secrets and intellectual property disputes, such orders are now fairly routinely issued in ordinary civil disputes, *Grenzservice Speditions Ges.m.b.H. v. Jans* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 370 (S.C.), in employment law, *Ridgewood Electric Ltd. (1990) v. Robbie* (2005), 74 O.R. (3d) 514 (S.C.J.), and *Netbored Inc. v. Avery Holdings Inc.* (2005), 48 C.P.R. (4th) 240, 2005 FC 1405, and even in matrimonial litigation, *Neumeyer v. Neumeyer* (2005), 47 B.C.L.R. (4th) 162, 2005 BCSC 1259. In one egregious case, a designated search team attempted to execute an *Anton Piller* order on the 10-year-old son of the defendant at a time when his parents were not at home: *Ridgewood Electric.*

## III. Analyse

Au Canada, il est possible d'obtenir des ordonnances *Anton Piller* depuis près de 30 ans. Contrairement au mandat de perquisition, une telle ordonnance ne permet pas d'entrer par la force, mais la personne qu'elle vise s'expose à des procédures pour outrage si elle refuse de donner accès aux lieux. Pour le citoyen ordinaire qui se voit présenter à sa porte une ordonnance *Anton Piller*, cela peut représenter une distinction vide de sens.

D'abord conçues comme un « recours extraordinaire » dans le contexte de litiges en matière de secrets commerciaux et de propriété intellectuelle, ces ordonnances sont désormais assez courantes dans des litiges civils ordinaires, *Grenzservice Speditions Ges.m.b.H. c. Jans* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 370 (C.S.), en droit du travail, *Ridgewood Electric Ltd. (1990) c. Robbie* (2005), 74 O.R. (3d) 514 (C.S.J.), et *Netbored Inc. c. Avery Holdings Inc.*, [2005] A.C.F. n^o^ 1723 (QL), 2005 CF 1405, et même en matière matrimoniale, *Neumeyer c. Neumeyer* (2005), 47 B.C.L.R. (4th) 162, 2005 BCSC 1259. Dans un cas extrême, une équipe chargée d'effectuer une perquisition a tenté d'exécuter une ordonnance *Anton Piller* en s'adressant au fils du défendeur, alors âgé de 10 ans, au moment où ses parents n'étaient pas à la maison : *Ridgewood Electric.*

With easier access to such orders, there has emerged a tendency on the part of some counsel to take too lightly the very serious responsibilities imposed by such a draconian order. It should truly be exceptional for a court to authorize the massive intrusion, without advance notice, of a privately orchestrated search on the privacy of a business competitor or other target party. As it was put by Lord Denning, M.R., in the original *Anton Piller* case:

> We are prepared, therefore, to sanction its continuance [i.e. of the order], but only in an extreme case where there is grave danger of property being smuggled away or of vital evidence being destroyed. [Emphasis added.]

(*Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), at p. 61)

*Anton Piller* orders, obtained *ex parte*, now regularly permit searches and seizures not only from places of business but from residential premises. While most *Anton Piller* orders are executed properly, they are capable of giving rise to serious abuse, as in *Ridgewood Electric*, mentioned earlier, where Corbett J. of the Ontario Superior Court of Justice protested the unacceptable conduct of those executing the order:

> Nigel Robbie arrived home on April 14, 2004, to find a neighbour barricading his front door. His ten-year-old son had been taken to another neighbour's house, distraught. The neighbourhood was in an uproar. A cadre in suits stood at the front of his house brandishing a thick wad of papers, demanding to be let in.
>
> . . .
>
> While everyone is taken to know the law, the Robbies and their neighbours might be excused for not knowing about *Anton Piller* orders. And so the Robbies and their neighbours were left to wonder what kind of country we live in, where one's former employer, acting secretly,

Au fur et à mesure qu'il est devenu plus facile d'obtenir de telles ordonnances, certains avocats ont commencé à prendre trop à la légère les très lourdes responsabilités qu'impose une ordonnance aussi draconienne. Ce n'est que dans des cas véritablement exceptionnels qu'un tribunal devrait permettre que la vie privée d'un concurrent ou d'une autre partie fasse inopinément l'objet de l'atteinte massive résultant d'une perquisition organisée par des particuliers. Comme l'a expliqué le maître des rôles lord Denning dans la première affaire *Anton Piller* : 30

> [TRADUCTION] Nous sommes donc disposés à en autoriser le maintien [c'est-à-dire de l'ordonnance] mais uniquement dans le cas extrême où il existe un grave danger que des biens disparaissent clandestinement ou que des éléments de preuve cruciaux soient détruits. [Je souligne.]

(*Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), p. 61)

Les ordonnances *ex parte* de type *Anton Piller* autorisent désormais régulièrement des perquisitions et saisies non seulement dans des lieux commerciaux, mais encore dans des résidences. Bien que la plupart des ordonnances *Anton Piller* soient exécutées correctement, elles peuvent donner lieu à de graves abus, comme dans l'affaire *Ridgewood Electric* mentionnée précédemment, où le juge Corbett de la Cour supérieure de justice de l'Ontario s'est élevé contre la conduite inacceptable de ceux qui avaient exécuté l'ordonnance :

> [TRADUCTION] À son arrivée chez lui le 14 avril 2004, Nigel Robbie a trouvé un voisin en train de barricader la porte d'entrée de sa résidence. Désemparé, son fils de dix ans avait été conduit chez un autre voisin. Le voisinage était en émoi. Devant sa résidence, des individus en tenue de ville brandissant une épaisse pile de documents exigeaient qu'on les laisse entrer.
>
> . . .
>
> Bien que nul ne soit censé ignorer la loi, les Robbie et leurs voisins pourraient être excusés de ne pas être au courant des ordonnances *Anton Piller*. Les Robbie et leurs voisins en ont été réduits à se demander dans quel genre de pays vivent-ils si un ancien employeur

may obtain a court order and then enter and search one's private residence. [paras. 1 and 4]

As Sharpe J.A., writing in a scholarly mode, has pointed out, "excessive zeal in this area is apt to attract criticism which will impair the ability of the courts to use injunctions in innovative ways in other areas" (R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (loose-leaf ed.), at para. 2:1300).

31 The search in the present case was conducted by reputable and responsible people, under the supervision of a senior member of the Ontario bar. The disclosure of solicitor-client confidences came about not by egregious misconduct, but through a combination of carelessness, overzealousness, a lack of appreciation of the potential dangers of an *Anton Piller* order and a failure to focus on its limited purpose, namely the *preservation* of relevant evidence.

32 Experience has shown that despite their draconian nature, there is a proper role for *Anton Piller* orders to ensure that unscrupulous defendants are not able to circumvent the court's processes by, on being forewarned, making relevant evidence disappear. Their usefulness is especially important in the modern era of heavy dependence on computer technology, where documents are easily deleted, moved or destroyed. The utility of this equitable tool in the correct circumstances should not be diminished. However, such orders should only be granted in the clear recognition of their exceptional and highly intrusive character and, where granted, the terms should be carefully spelled out and limited to what the circumstances show to be necessary. Those responsible for their implementation should conform to a very high standard of professional diligence. Otherwise, the moving party, not its target, may have to shoulder the consequences of a botched search.

33 Much of the argument before us about privileged documents turned on a supposed "spectrum" of situations. At one end of the spectrum, it was said, lie the "inadvertent disclosure" cases, where one party's counsel receives a privileged document

peut secrètement obtenir une ordonnance judiciaire et ensuite entrer et perquisitionner dans une résidence privée. [par. 1 et 4]

Comme l'a souligné le juge Sharpe, alors professeur, [TRADUCTION] « les excès de zèle dans ce domaine risquent de faire l'objet de critiques qui nuiront à la capacité des tribunaux d'utiliser des injonctions de façon novatrice dans d'autres domaines » (R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (éd. feuilles mobiles), par. 2:1300).

En l'espèce, la perquisition a été effectuée par des gens honorables et responsables, sous la supervision d'un avocat ontarien chevronné. La divulgation de communications avocat-client confidentielles résulte non pas d'une conduite inacceptable, mais d'un mélange d'incurie, d'excès de zèle, d'omission d'apprécier les risques que peut comporter une ordonnance *Anton Piller* et de défaut de mettre l'accent sur son objet précis, c'est-à-dire la *conservation* d'éléments de preuve pertinents.

L'expérience démontre que, malgré leur nature draconienne, les ordonnances *Anton Piller* jouent un rôle important en empêchant des défendeurs sans scrupules de profiter d'un préavis pour déjouer le processus judiciaire en faisant disparaître des éléments de preuve pertinents. Elles sont particulièrement utiles en cette ère de forte dépendance à l'informatique, où les documents peuvent facilement être supprimés, déplacés ou détruits. Il ne faut pas sous-estimer l'utilité de cet outil d'equity dans les circonstances indiquées. Toutefois, la délivrance de ces ordonnances doit clairement tenir compte de leur nature extraordinaire et très attentatoire et les ordonnances délivrées doivent être soigneusement formulées et limitées à ce que dictent les circonstances. Les personnes responsables de leur exécution doivent se conformer à une norme de diligence professionnelle très élevée, sinon la partie requérante, et non la partie visée, risquera de subir les conséquences d'une perquisition bâclée.

Une bonne partie de l'argumentation qui nous a été présentée au sujet des documents privilégiés concernait un prétendu « éventail » de situations. À une extrémité de cet éventail, a-t-on dit, se trouvent les cas de [TRADUCTION] « divulgation par

due to an error of opposing counsel, for example a letter is faxed or e-mailed to the wrong party. In such cases, the remedy is often limited to an order requiring the document, which is clearly identified, to be deleted or returned and a direction that no use is to be made of it. At the other end of the spectrum is said to be the "moving solicitor" or "merging firm" cases, where counsel who has acted for a client ends up at a law firm that is acting for an opposing party — as in *MacDonald Estate* itself. In the latter cases, the precise confidences seen or heard by the moving solicitor may not be readily determined. Unless adequate measures have been taken (usually in advance) to avoid "tainting" the new firm, the remedy is frequently disqualification. I agree with the intervener Advocates' Society that the emphasis on "inadvertence" is overly simplistic. As the Society submits:

> The notion of "inadvertence" is also analytically unhelpful because it conflates two questions that should be distinct: (a) how did the documents come into the possession of [Celanese] or its counsel; and (b) what did [Celanese] and its counsel do upon recognition that the documents were potentially subject to solicitor-client privilege.

Whether through advertence or inadvertence the problem is that solicitor-client information has wound up in the wrong hands. Even granting that solicitor-client privilege is an umbrella that covers confidences of differing centrality and importance, such possession by the opposing party affects the integrity of the administration of justice. Parties should be free to litigate their disputes without fear that their opponent has obtained an unfair insight into secrets disclosed in confidence to their legal advisors. The defendant's witnesses ought not to have to worry in the course of being cross-examined that the cross-examiner's questions are prompted by information that had earlier been passed in

inadvertance », où l'avocat d'une partie reçoit un document privilégié à cause d'une erreur de l'avocat de la partie adverse, par exemple, lorsqu'une lettre est expédiée par télécopieur ou par courrier électronique à la mauvaise partie. En pareils cas, la réparation se limite souvent à une ordonnance enjoignant de supprimer ou de restituer le document clairement identifié, et interdisant d'en faire quelque usage que ce soit. À l'autre extrémité de l'éventail, a-t-on ajouté, se trouvent les cas d'« avocats qui changent de cabinet » ou de « fusion de cabinets », où l'avocat qui a agi pour le compte d'un client se retrouve dans un cabinet d'avocats qui occupe pour la partie adverse — exactement comme dans l'affaire *Succession MacDonald*. Dans ces derniers cas, il peut éventuellement se révéler difficile de déterminer exactement les communications confidentielles que l'avocat qui a changé de cabinet a vues ou entendues. À moins que des mesures suffisantes n'aient été prises (généralement d'avance) pour éviter de « compromettre » le nouveau cabinet, la réparation souvent accordée est la déclaration d'inhabilité à occuper. Je conviens avec l'intervenante Advocates' Society que l'accent mis sur l'« inadvertance » est trop simpliste. Comme le fait valoir la Society :

> [TRADUCTION] La notion d'« inadvertance » est également inutile sur le plan analytique parce qu'elle confond deux questions qui devraient être distinctes : a) Comment [Celanese] ou son avocat sont-ils entrés en possession des documents? b) Qu'est-ce que [Celanese] et son avocat ont fait lorsqu'ils se sont rendu compte que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client?

34 Le problème est que, peu importe que ce soit consciemment ou par inadvertance, des renseignements échangés entre un avocat et son client se sont retrouvés dans les mauvaises mains. Même en admettant que les renseignements confidentiels protégés par le privilège avocat-client n'ont pas tous la même importance et le même caractère crucial, la possession de tels renseignements par la partie adverse compromet l'intégrité de l'administration de la justice. Des parties doivent être libres de soumettre leurs différends aux tribunaux sans craindre que leur adversaire ait pris injustement connaissance des secrets qu'elles ont confiés à leurs conseillers juridiques. Les témoins de la

confidence to the defendant's solicitors. Such a possibility destroys the level playing field and creates a serious risk to the integrity of the administration of justice. To prevent such a danger from arising, the courts must act "swiftly and decisively" as the Divisional Court emphasized. Remedial action in cases such as this is intended to be curative not punitive.

A. *Requirements for an Anton Piller Order*

35 There are four essential conditions for the making of an *Anton Piller* order. First, the plaintiff must demonstrate a strong *prima facie* case. Second, the damage to the plaintiff of the defendant's alleged misconduct, potential or actual, must be very serious. Third, there must be convincing evidence that the defendant has in its possession incriminating documents or things, and fourthly it must be shown that there is a real possibility that the defendant may destroy such material before the discovery process can do its work: *Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 F.C. 189 (C.A.), at pp. 197-99; *Indian Manufacturing Ltd. v. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338 (F.C.A.), at pp. 341-42; *Netsmart Inc. v. Poelzer*, [2003] 1 W.W.R. 698, 2002 ABQB 800, at para. 16; *Anton Piller KG*, at pp. 58-61; *Ridgewood Electric*, at para. 27; *Grenzservice*, at para. 39; *Pulse Microsystems Ltd. v. SafeSoft Systems Inc.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 202 (Man. C.A.), at p. 208; *Ontario Realty Corp. v. P. Gabriele & Sons Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 539 (S.C.J.), at para. 9; *Proctor & Gamble Inc. v. John Doe (c.o.b. Clarion Trading International)*, [2000] F.C.J. No. 61 (QL) (T.D.), at para. 45; *Netbored*, at para. 39; *Adobe Systems Inc. v. KLJ Computer Solutions Inc.*, [1999] 3 F.C. 621 (T.D.), at para. 35.

36 Both the strength and the weakness of an *Anton Piller* order is that it is made *ex parte* and interlocutory: there is thus no cross-examination on the

défenderesse ne devraient pas craindre, au cours de leur contre-interrogatoire, que les questions du contre-interrogateur soient motivées par des renseignements qui ont été transmis à titre confidentiel aux avocats de la défenderesse. Une telle possibilité supprime l'égalité des chances et risque sérieusement de compromettre l'intégrité de l'administration de la justice. Pour éviter ce danger, les tribunaux doivent agir [TRADUCTION] « rapidement et de façon décisive », comme l'a souligné la Cour divisionnaire. Dans un cas comme la présente affaire, la mesure corrective est censée être réparatrice et non punitive.

A. *Conditions applicables à une ordonnance Anton Piller*

Quatre conditions doivent être remplies pour donner ouverture à une ordonnance *Anton Piller*. Premièrement, le demandeur doit présenter une preuve *prima facie* solide. Deuxièmement, le préjudice causé ou risquant d'être causé au demandeur par l'inconduite présumée du défendeur doit être très grave. Troisièmement, il doit y avoir une preuve convaincante que le défendeur a en sa possession des documents ou des objets incriminants, et quatrièmement, il faut démontrer qu'il est réellement possible que le défendeur détruise ces pièces avant que le processus de communication préalable puisse être amorcé : *Nintendo of America, Inc. c. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 C.F. 189 (C.A.), p. 197-199; *Indian Manufacturing Ltd. c. Lo*, [1997] A.C.F. nº 906 (QL), par. 5; *Netsmart Inc. c. Poelzer*, [2003] 1 W.W.R. 698, 2002 ABQB 800, par. 16; *Anton Piller KG*, p. 58-61; *Ridgewood Electric*, par. 27; *Grenzservice*, par. 39; *Pulse Microsystems Ltd. c. SafeSoft Systems Inc.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 202 (C.A. Man.), p. 208; *Ontario Realty Corp. c. P. Gabriele & Sons Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 539 (C.S.J.), par. 9; *Proctor & Gamble Inc. c. M. Untel (f.a.s. Clarion Trading International)*, [2000] A.C.F. nº 61 (QL) (1re inst.), par. 45; *Netbored*, par. 39; *Adobe Systems Inc. c. KLJ Computer Solutions Inc.*, [1999] 3 C.F. 621 (1re inst.), par. 35.

La force et la faiblesse d'une ordonnance *Anton Piller* tiennent toutes deux au fait qu'elle est une ordonnance *ex parte* interlocutoire : aucun

supporting affidavits. The motions judge necessarily reposes faith in the candour and complete disclosure of the affiants, and as much or more so on the professional responsibility of the lawyers participating in carrying out its terms. We are advised that such orders are not available in the United States (Transcript, at p. 70).

37 A troubling example in Canada is the *Adobe Systems* case, where a computer software company was tipped off that a small advertising firm in Halifax was using unlicensed versions of some of its software. The affiant swore that, in his opinion, the firm was likely to destroy its unlicensed copies of the software if it became aware of the pending litigation against it. The target firm was well established and its principals had an excellent reputation in the community. On subsequent cross-examination it was revealed that the source of the informant's opinion that the defendant was likely to destroy unlicensed copies was his "observation of human nature" and not any observation of that particular defendant. Upon a review of the order, Richard A.C.J. (now C.J. of the Federal Court of Appeal) found that the plaintiffs had not made sufficient inquiries of the facts before obtaining the order. Citing *Adobe Systems*, the Federal Court recently reiterated that "[i]n all proceedings taken *ex parte*, and particularly in *Anton Piller* situations, there is a heavy obligation upon the moving party to make full and frank disclosure of all relevant facts to the Court" (*Netbored*, at para. 41).

38 At this stage, the challenge to the decision of Nordheimer J. to grant the *Anton Piller* order is not before the Court.

B. *Terms of the Anton Piller Order*

39 In *Grenzservice*, a case which dealt with an application to remove counsel who had seen privileged documents in the course of an *Anton Piller*

contre-interrogatoire ne porte donc sur le contenu des affidavits produits au soutien de la requête. Le juge des requêtes compte nécessairement sur une divulgation fidèle et complète de la part des déposants, et tout autant, sinon plus, sur le professionnalisme des avocats qui participent à l'exécution de l'ordonnance. On nous informe qu'il n'est pas possible d'obtenir de telles ordonnances aux États-Unis (transcription, p. 70).

Un exemple inquiétant au Canada est l'affaire *Adobe Systems*, dans laquelle une société spécialisée dans des logiciels a été informée qu'une petite agence de publicité de Halifax utilisait des versions non autorisées de certains de ses logiciels. Le déposant a affirmé sous serment qu'à son avis l'agence détruirait vraisemblablement ses copies non autorisées des logiciels si elle apprenait qu'elle faisait l'objet de poursuites. L'agence visée était bien établie et ses dirigeants jouissaient d'une excellente réputation au sein de la collectivité. Au cours d'un contre-interrogatoire subséquent, il s'est avéré que l'opinion du dénonciateur, selon laquelle la défenderesse détruirait vraisemblablement les copies non autorisées, était fondée sur son « observation de la nature humaine » et non sur quelque observation de cette défenderesse en particulier. Lors de l'examen de l'ordonnance, le juge en chef adjoint Richard (maintenant Juge en chef de la Cour d'appel fédérale) a conclu que les demanderesses n'avaient pas fait une enquête suffisamment approfondie sur les faits avant d'obtenir l'ordonnance. Citant la décision *Adobe Systems*, la Cour fédérale a réitéré récemment que « [d]ans toutes les procédures *ex parte* et, en particulier, dans des cas semblables à celui d'*Anton Piller*, le demandeur a la lourde obligation de faire une divulgation fidèle et complète de tous les faits pertinents à la Cour » (*Netbored*, par. 41).

À ce stade-ci, la Cour n'est pas saisie d'une contestation de la décision du juge Nordheimer de rendre l'ordonnance *Anton Piller*.

B. *Modalités de l'ordonnance Anton Piller*

Dans l'affaire *Grenzservice* où il était question d'une demande visant à faire déclarer inhabile à occuper un avocat qui avait vu des documents

execution, Huddart J. (later J.A.) observed: "This case suggests that safeguards cannot remain implicit in the supervision order. They must be specified" (para. 84). I agree. In *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, Arbour J. for the majority set out at para. 49 a number of relevant concerns in the criminal law context, which may have some application by analogy. Notwithstanding the general recognition of the need for standard terms, many safeguards which one would expect to have become customary (such as a provision dealing with claims of privilege) are frequently omitted. Corbett J. commented in *Ridgewood Electric* that the *Anton Piller* order "has been with us for nearly 30 years, [yet] its 'standard terms' still vary considerably across the province" (para. 3). In the United Kingdom, a set of standardized rules and a model order have been developed. In Australia, Order 25B of the *Federal Court Rules* and Practice Note No. 24 (May 5, 2006) set out a number of standard safeguards for *Anton Piller* orders. See also *Thermax Ltd. v. Schott Industrial Glass Ltd.*, [1981] F.S.R. 289 (Ch. D.).

40 *Anton Piller* orders are often conceived of, obtained and implemented in circumstances of urgency. They are generally time-limited (e.g., 10 days in Ontario under Rule 40.02 (*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194) and 14 days in the Federal Court, under Rule 374(1) (*Federal Courts Rules*, SOR/98-106)). Despite the urgency, the more detailed and standardized the terms of the order the less opportunity there will be for misunderstandings or mischief. As noted by Lamer J. in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 889:

> Searches are an exception to the oldest and most fundamental principles of the common law, and as such the power to search should be strictly controlled.

privilégiés pendant l'exécution d'une ordonnance *Anton Piller*, la juge Huddart (plus tard juge à la Cour d'appel) a fait observer : [TRADUCTION] « La présente affaire indique que les garanties ne peuvent pas rester implicites dans l'ordonnance de supervision. Elles doivent être précisées » (par. 84). Je suis d'accord. Dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, la juge Arbour, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a formulé, au par. 49, un certain nombre de préoccupations pertinentes dans le contexte du droit criminel, qui, dans une certaine mesure, sont applicables par analogie. En dépit de la reconnaissance générale de la nécessité de modalités uniformes, maintes garanties censées être devenues courantes (telle une disposition portant sur les revendications de privilège) sont souvent omises. Dans la décision *Ridgewood Electric*, le juge Corbett a fait observer que l'ordonnance *Anton Piller* [TRADUCTION] « existe depuis près de 30 ans, [pourtant] ses "modalités uniformes" varient encore considérablement dans la province » (par. 3). Au Royaume-Uni, on a conçu un ensemble de règles uniformes et une ordonnance type. En Australie, l'ordonnance 25B des *Federal Court Rules* et l'avis de pratique n° 24 (5 mai 2006) énoncent un certain nombre de garanties uniformes applicables aux ordonnances *Anton Piller*. Voir également la décision *Thermax Ltd. c. Schott Industrial Glass Ltd.*, [1981] F.S.R. 289 (Ch. D.).

Les ordonnances *Anton Piller* sont souvent conçues, obtenues et exécutées dans une situation d'urgence. Elles sont généralement temporaires (par exemple, 10 jours en Ontario selon la règle 40.02 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, et 14 jours en Cour fédérale selon le par. 374(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106). Malgré l'urgence, plus les modalités de l'ordonnance sont détaillées et uniformes, moins grand est le risque de malentendu ou de préjudice. Comme le juge Lamer l'a fait remarquer dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 889 :

> La perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la *common law* et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement.

Unless and until model orders are developed by legislation or recommended by law societies pursuant to their responsibility for professional conduct, the following guidelines for preparation and execution of an *Anton Piller* order may be helpful, depending on the circumstances:

(1) Basic Protection for the Rights of the Parties

(i) The order should appoint a supervising solicitor who is independent of the plaintiff or its solicitors and is to be present at the search to ensure its integrity. The key role of the independent supervising solicitor was noted by the motions judge in this case "to ensure that the execution of the Anton Piller order, and everything that flowed from it, was undertaken as carefully as possible and with due consideration for the rights and interests of all involved" (para. 20). He or she is "an officer of the court charged with a very important responsibility regarding this extraordinary remedy" (para. 20). See also *Grenzservice*, at para. 85.

(ii) Absent unusual circumstances the plaintiff should be required to provide an undertaking and/or security to pay damages in the event that the order turns out to be unwarranted or wrongfully executed. See *Ontario Realty*, at para. 40; *Adobe Systems*, at para. 43; *Nintendo of America*, at pp. 201-2; *Grenzservice*, at para. 85; *Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. v. Jane Doe* (2000), 199 F.T.R. 12, aff'd (2002), 288 N.R. 198, 2002 FCA 75.

(iii) The scope of the order should be no wider than necessary and no material shall be removed from the site unless clearly covered by the terms of the order. See *Columbia Picture Industries Inc. v. Robinson*, [1987] Ch. 38.

Tant et aussi longtemps que des ordonnances types n'auront pas été conçues par voie législative ou recommandées par des barreaux conformément à leur responsabilité en matière de déontologie professionnelle, les lignes directrices suivantes applicables à la préparation et à l'exécution d'une ordonnance *Anton Piller* pourront être utiles, selon les circonstances :

(1) Protection fondamentale des droits des parties

(i) L'ordonnance devrait désigner un avocat superviseur qui soit indépendant du demandeur ou de ses avocats et qui assistera à la perquisition afin d'en assurer l'intégrité. En l'espèce, le juge des requêtes a fait remarquer que le rôle essentiel de l'avocat superviseur indépendant consiste à [TRADUCTION] « veiller à ce que l'exécution de l'ordonnance Anton Piller et de tout ce qui s'y rattache, soit effectuée avec le plus grand soin possible et en tenant dûment compte des droits et intérêts de toutes les parties concernées » (par. 20). C'est [TRADUCTION] « un officier de justice qui est investi d'une très importante responsabilité à l'égard de ce recours extraordinaire » (par. 20). Voir également la décision *Grenzservice*, par. 85.

(ii) Sauf dans des circonstances exceptionnelles, le demandeur devrait être tenu de s'engager à payer des dommages-intérêts au cas où l'ordonnance se révélerait injustifiée ou mal exécutée, ou de fournir un cautionnement à cet égard, ou les deux à la fois. Voir *Ontario Realty*, par. 40; *Adobe Systems*, par. 43; *Nintendo of America*, p. 201-202; *Grenzservice*, par. 85; *Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. c. Madame Unetelle*, [2000] A.C.F. n° 1827 (QL) (1re inst.), conf. par [2002] A.C.F. n° 285 (QL), 2002 CAF 75.

(iii) L'ordonnance ne devrait pas avoir une portée plus grande que nécessaire et aucun document ne doit être retiré des lieux à moins d'être clairement visé par les modalités de l'ordonnance. Voir *Columbia Picture Industries Inc. c. Robinson*, [1987] Ch. 38.

(iv) A term setting out the procedure for dealing with solicitor-client privilege or other confidential material should be included with a view to enabling defendants to advance claims of confidentiality over documents before they come into the possession of the plaintiff or its counsel, or to deal with disputes that arise. See *Grenzservice*, at para. 85; *Ontario Realty*, at para. 40. Procedures developed for use in connection with search warrants under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, may provide helpful guidance. The U.K. practice direction on this point provides as follows:

> Before permitting entry to the premises by any person other than the Supervising Solicitor, the Respondent may, for a short time (not to exceed two hours, unless the Supervising Solicitor agrees to a longer period) — (a) gather together any documents he [or she] believes may be . . . privileged; and (b) hand them to the Supervising Solicitor for [an assessment of] whether they are . . . privileged as claimed.
>
> If the Supervising Solicitor decides that . . . any of the documents [may be] privileged or [is in any doubt as to their status, he or she] will exclude them from the search . . . and retain [them] . . . pending further order of the court [(if in doubt as to whether they are privileged), or return them to the Respondent and retain a list of the documents (if the documents are privileged)].
>
> [A] Respondent [wishing] to take legal advice and gather documents as permitted . . . must first inform the Supervising Solicitor and keep him [or her] informed of the steps being taken.
>
> (*Civil Procedure*, vol. 1 (2nd Supp. 2005), Part 25, Practice Direction — Interim Injunctions, p. 43, at paras. 11-12)

Experience has shown that in general this is a workable procedure. Counsel supporting the appellants suggested the basic "two-hour" collection period permitted in the U.K. is too short. This is a matter to be determined by the judge making the order, but it must be kept

(iv) Une modalité énonçant la procédure applicable aux documents protégés par le privilège avocat-client ou aux autres documents de nature confidentielle devrait être incluse afin de permettre aux défendeurs d'invoquer la confidentialité de documents avant que le demandeur ou son avocat en prennent possession, ou de régler les différends qui surgissent. Voir *Grenzservice*, par. 85; *Ontario Realty*, par. 40. La procédure qui doit être suivie dans le cas des mandats de perquisition prévus par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, peut fournir des indications utiles. La directive en matière de pratique du Royaume-Uni sur ce point se lit ainsi :

> [TRADUCTION] Avant de permettre à une personne autre que l'avocat superviseur de pénétrer dans les lieux, l'intimé peut, pendant une courte période (ne dépassant pas deux heures, à moins que l'avocat superviseur n'accepte une prolongation) — a) réunir les documents qu'il croit être [. . .] privilégiés et b) les remettre à l'avocat superviseur pour que celui-ci [vérifie] s'il s'agit effectivement de documents [. . .] privilégiés.
>
> Si l'avocat superviseur conclut que [. . .] des documents [peuvent être] privilégiés ou [s'il a des doutes à leur sujet,] il les soustrait à la perquisition [. . .] et [les] garde [. . .] jusqu'à ce que la cour prononce une ordonnance [(s'il n'est pas certain qu'ils sont privilégiés), ou il les restitue à l'intimé et garde une liste de ces documents (si ce sont des documents privilégiés)].
>
> [Un] intimé [qui souhaite] obtenir des conseils juridiques et réunir des documents de la manière autorisée [. . .] doit préalablement en informer l'avocat superviseur et le tenir au courant des mesures prises.
>
> (*Civil Procedure*, vol. 1 (2e suppl. 2005), Part 25, Practice Direction — Interim Injunctions, p. 43, par. 11-12)

L'expérience démontre que cette façon de procéder est généralement efficace. Les avocats qui défendent les appelants ont qualifié de trop court le délai de base de « deux heures » autorisé au Royaume-Uni pour recueillir les documents. Il appartient au

in mind that unnecessary delay may open the door to mischief. In general, the search should proceed as expeditiously as circumstances permit.

(v) The order should contain a limited use clause (i.e., items seized may only be used for the purposes of the pending litigation). See *Ontario Realty*, at para. 40; *Adobe Systems*, at para. 43; *Grenzservice*, at para. 85.

(vi) The order should state explicitly that the defendant is entitled to return to court on short notice to (a) discharge the order; or (b) vary the amount of security. See *Adobe Systems*, at para. 43; *Grenzservice*, at para. 85; *Nintendo of America*, at pp. 201-2.

(vii) The order should provide that the materials seized be returned to the defendants or their counsel as soon as practicable.

(2) The Conduct of the Search

(i) In general the order should provide that the search should be commenced during normal business hours when counsel for the party about to be searched is more likely to be available for consultation. See *Grenzservice*, at para. 85; *Universal Thermosensors Ltd. v. Hibben*, [1992] 1 W.L.R. 840 (Ch. D.).

(ii) The premises should not be searched or items removed except in the presence of the defendant or a person who appears to be a responsible employee of the defendant.

(iii) The persons who may conduct the search and seize evidence should be specified in the order or should specifically be limited in number. See *Adobe Systems*, at para. 43; *Grenzservice*, at para. 85; *Nintendo of America*, at pp. 201-2.

juge qui rend l'ordonnance de trancher cette question, mais il faut se rappeler qu'un délai inutile risque de causer un préjudice. En général, la perquisition devrait être effectuée aussi rapidement que la situation le permet.

(v) L'ordonnance devrait comporter une clause prescrivant un usage restreint (c'est-à-dire que les objets saisis ne peuvent être utilisés que pour les besoins du litige en cours). Voir *Ontario Realty*, par. 40; *Adobe Systems*, par. 43; *Grenzservice*, par. 85.

(vi) L'ordonnance devrait prévoir explicitement que, moyennant un court préavis, le défendeur aura le droit de retourner devant le tribunal pour a) faire annuler l'ordonnance ou b) faire modifier le montant du cautionnement. Voir *Adobe Systems*, par. 43; *Grenzservice*, par. 85; *Nintendo of America*, p. 201-202.

(vii) L'ordonnance devrait prévoir que les documents saisis seront restitués aux défendeurs ou à leurs avocats dès que possible.

(2) L'exécution de la perquisition

(i) En général, l'ordonnance devrait prévoir que la perquisition commencera pendant les heures d'ouverture normales, au moment où la partie chez qui la perquisition est sur le point d'être effectuée est vraisemblablement plus en mesure de consulter son avocat. Voir *Grenzservice*, par. 85; *Universal Thermosensors Ltd. c. Hibben*, [1992] 1 W.L.R. 840 (Ch. D.).

(ii) La perquisition ne devrait être effectuée et les objets ne devraient être retirés qu'en présence du défendeur ou d'une personne qui paraît être un employé responsable du défendeur.

(iii) L'ordonnance devrait préciser qui peut effectuer la perquisition et saisir des éléments de preuve, ou limiter expressément le nombre des personnes ainsi autorisées. Voir *Adobe Systems*, par. 43; *Grenzservice*, par. 85; *Nintendo of America*, p. 201-202.

(iv) On attending at the site of the authorized search, plaintiff's counsel (or the supervising solicitor), acting as officers of the court should serve a copy of the statement of claim and the order and supporting affidavits and explain to the defendant or responsible corporate officer or employee in plain language the nature and effect of the order. See *Ontario Realty*, at para. 40.

(v) The defendant or its representatives should be given a reasonable time to consult with counsel prior to permitting entry to the premises. See *Ontario Realty*, at para. 40; *Adobe Systems*, at para. 43; *Grenzservice*, at para. 85; *Sulpher Experts Inc. v. O'Connell* (2000), 279 A.R. 246, 2000 ABQB 875.

(vi) A detailed list of all evidence seized should be made and the supervising solicitor should provide this list to the defendant for inspection and verification at the end of the search and before materials are removed from the site. See *Adobe Systems*, at para. 43; *Grenzservice*, at para. 85; *Ridgewood Electric*, at para. 25.

(vii) Where this is not practicable, documents seized should be placed in the custody of the independent supervising solicitor, and defendant's counsel should be given a reasonable opportunity to review them to advance solicitor-client privilege claims prior to release of the documents to the plaintiff.

(viii) Where ownership of material is disputed, it should be provided for safekeeping to the supervising solicitor or to the defendant's solicitors.

(3) Procedure Following the Search

(i) The order should make it clear that the responsibilities of the supervising solicitor continue

(iv) Lorsqu'ils sont présents sur les lieux de la perquisition qui a été autorisée, les avocats du demandeur (ou l'avocat superviseur) devraient, en tant qu'officiers de justice, signifier une copie de la déclaration, de l'ordonnance et des affidavits produits au soutien de la requête et expliquer clairement au défendeur ou au dirigeant ou à l'employé responsable de l'entreprise la nature et l'incidence de l'ordonnance. Voir *Ontario Realty*, par. 40.

(v) Avant de permettre l'entrée dans ses locaux, le défendeur ou ses représentants devraient bénéficier d'un délai raisonnable pour consulter un avocat. Voir *Ontario Realty*, par. 40; *Adobe Systems*, par. 43; *Grenzservice*, par. 85; *Sulphur Experts Inc. c. O'Connell* (2000), 279 A.R. 246, 2000 ABQB 875.

(vi) Une liste détaillée de tous les éléments de preuve saisis devrait être dressée et l'avocat superviseur devrait, à la fin de la perquisition et avant que les documents saisis soient retirés des lieux, remettre cette liste au défendeur pour qu'il l'examine et la vérifie. Voir *Adobe Systems*, par. 43; *Grenzservice*, par. 85; *Ridgewood Electric*, par. 25.

(vii) Si une liste ne peut être dressée, la garde des documents saisis devrait être confiée à l'avocat superviseur indépendant, et les avocats du défendeur devraient avoir la possibilité raisonnable d'examiner ces documents de manière à pouvoir invoquer le privilège avocat-client avant qu'ils soient remis au demandeur.

(viii) Si la propriété d'un document est contestée, la garde de ce document devrait être confiée à l'avocat superviseur ou aux avocats du défendeur.

(3) Procédure à suivre après la perquisition

(i) L'ordonnance devrait prévoir clairement que les responsabilités de l'avocat

beyond the search itself to deal with matters arising out of the search, subject of course to any party wishing to take a matter back to the court for resolution.

(ii) The supervising solicitor should be required to file a report with the court within a set time limit describing the execution, who was present and what was seized. See *Grenzservice*, at para. 85.

(iii) The court may wish to require the plaintiff to file and serve a motion for review of the execution of the search returnable within a set time limit such as 14 days to ensure that the court automatically reviews the supervising solicitor's report and the implementation of its order even if the defendant does not request such a review. See *Grenszervice*, at para. 85.

See also: *Civil Procedure Act 1997* (U.K.), 1997, c. 12, s. 7; *Civil Procedure Rules 1998*, S.I. 1998/3132, r. 25.1(1)(h), and Part 25, Practice Direction — Interim Injunctions; Sharpe, at paras. 2:1100 *et seq.*

It is evident that the draft order placed before the motions judge in this case was deficient in many respects. At issue here is the absence of any provision to deal with solicitor-client confidences. The absence of specific terms in the *Anton Piller* order does not relieve the searching solicitors from the consequences of gaining inappropriate access. Such consequences may include removal. A precisely drawn and clearly thought out order therefore will not only protect the defendant's right to solicitor-client privilege, but also protect the plaintiff's right to continue to be represented by counsel of choice by helping to ensure that such counsel do not stumble into possession of privileged information.

superviseur subsistent au-delà de la perquisition elle-même et s'étendent à l'examen des questions que soulève la perquisition, à moins évidemment qu'une partie ne souhaite renvoyer une question auprès du tribunal pour qu'il la tranche.

(ii) L'avocat superviseur devrait être tenu de déposer auprès du tribunal, dans un délai fixe, un rapport décrivant l'exécution de la perquisition, les personnes présentes et les objets saisis. Voir *Grenzservice*, par. 85.

(iii) Le tribunal peut vouloir obliger le demandeur à produire et à signifier une requête en examen de l'exécution de la perquisition dans un délai fixe, de 14 jours par exemple, afin d'assurer que le tribunal examine automatiquement le rapport de l'avocat superviseur et l'exécution de son ordonnance même si le défendeur ne sollicite pas cet examen. Voir *Grenszervice*, par. 85.

Voir également : *Civil Procedure Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 12, art. 7; *Civil Procedure Rules 1998*, S.I. 1998/3132, al. 25.1(1)h), et Part 25, Practice Direction — Interim Injunctions; Sharpe, par. 2:1100 et suiv.

41 Dans la présente affaire, il est évident que le projet d'ordonnance présenté au juge des requêtes comportait de nombreuses lacunes. Il est question ici de l'absence d'une disposition concernant le traitement des communications avocat-client confidentielles. L'absence de modalités précises dans l'ordonnance *Anton Piller* ne soustrait pas les avocats qui exécutent la perquisition aux conséquences d'un accès inopportun. La déclaration d'inhabilité à occuper peut constituer l'une de ces conséquences. Par conséquent, une ordonnance bien rédigée et soigneusement réfléchie protégera non seulement le droit du défendeur d'invoquer le privilège avocat-client, mais également celui du demandeur de continuer d'être représenté par les avocats de son choix, en contribuant à assurer que ces avocats ne tombent pas en possession de renseignements privilégiés.

### C. *The Governing Authority for Removal of Counsel for Possession of Confidential Information Is MacDonald Estate*

42 In *MacDonald Estate*, the Court held, in the context of a moving solicitor, that once the opposing firm of solicitors is shown to have received "confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand" (p. 1260), the court will infer "that lawyers who work together share confidences" (p. 1262) and that this will result in a *risk* that such confidences will be used to the prejudice of the client, unless the receiving solicitors can show "that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur" (p. 1260). Only where there is "clear and convincing evidence" (p. 1262) to the contrary will the presumption be rebutted. Thus "[*a*] *fortiori* undertakings and conclusory statements in affidavits without more" (p. 1263) will not suffice to rebut the presumption of dissemination. For the purposes of the present case, it is important to note that Sopinka J. imposed no onus on the moving party to adduce any further evidence as to the nature of the confidential information beyond that which was needed to establish that the receiving lawyer had obtained confidential information attributable to a solicitor and client relationship which was relevant to the matter at hand.

43 There is no doubt Canadian Bearings has discharged this onus. The motions judge noted "the admission by [Celanese] that some privileged material found its way into the possession of both the Cassels Brock and Kasowitz firms" (para. 3). The material must be taken to be relevant to the pending claim, otherwise it would not have been within the scope of the seizure laid down in the *Anton Piller* order.

44 We do not know, and the courts below were not told, the nature of the privileged information. On this point, the motions judge stated:

### C. *L'arrêt qui s'applique pour décider s'il y a lieu de déclarer un avocat inhabile à occuper en raison de la possession de renseignements confidentiels est Succession MacDonald*

Dans l'arrêt *Succession MacDonald*, la Cour a statué que, dans le cas d'un avocat qui change de cabinet, dès qu'il est démontré que le cabinet d'avocats agissant pour la partie adverse a appris « des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige » (p. 1260), le tribunal présumera « que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels » (p. 1262) et qu'il y a alors un *risque* que ces renseignements soient utilisés au préjudice du client, à moins que les avocats qui les ont obtenus ne puissent démontrer que « le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, [serait convaincu] qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels » (p. 1260). La présomption n'est réfutée que s'il existe une « preuv[e] [contraire] clair[e] et convaincant[e] » (p. 1262). Donc, « [a] fortiori, les simples engagements et affirmations catégoriques contenus dans des affidavits » (p. 1263) ne sont pas suffisants pour réfuter la présomption de diffusion. Pour les besoins de la présente affaire, il importe de souligner que le juge Sopinka n'a pas imposé à la partie requérante l'obligation de produire d'autres éléments de preuve concernant la nature des renseignements confidentiels en plus de ce qui est nécessaire pour établir que, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, l'avocat en cause a appris des faits confidentiels qui concernaient l'objet du litige.

Il ne fait aucun doute que Canadian Bearings s'est acquittée de cette obligation. Le juge des requêtes a fait remarquer que [TRADUCTION] « [Celanese a] admis que les cabinets Cassels Brock et Kasowitz étaient tous deux entrés en possession de certains documents privilégiés » (par. 3). Les documents doivent être considérés comme concernant l'objet du litige, sinon ils n'auraient pas été visés par la saisie autorisée dans l'ordonnance *Anton Piller*.

Nous ne connaissons pas la nature des renseignements privilégiés, qui n'a pas non plus été révélée aux tribunaux d'instance inférieure. À ce propos, le juge des requêtes a affirmé ce qui suit :

The privileged information that found its way into the hands of the two firms here might be mundane, or may even be irrelevant to the underlying issues. Conversely, of course, it might also be crucial to the defence of the claim. I have no way of knowing. [Emphasis added; para. 28.]

[TRADUCTION] Il se pourrait que les renseignements privilégiés qui, en l'espèce, se sont retrouvés entre les mains des deux cabinets soient anodins, ou il se peut même qu'ils soient dénués de pertinence à l'égard des questions fondamentales. À l'inverse, ils pourraient certes être cruciaux pour la défense. Il m'est impossible de le savoir. [Je souligne; par. 28.]

The courts below seemingly agreed that if the privileged confidences were "crucial to the defence of the claim" removal of the searching solicitors would be called for. They also agreed (as I do) that on this record, as the motions judge said, we "have no way of knowing". The appeal, therefore, turns on whether Celanese had the onus of rebutting a presumption of prejudice (as *MacDonald Estate* held) or the onus should be shifted to Canadian Bearings to establish "a real risk of prejudice" (as required in this case by the Court of Appeal).

45 Les tribunaux d'instance inférieure s'accordaient apparemment pour dire que si ces renseignements confidentiels privilégiés étaient [TRADUCTION] « cruciaux pour la défense », il conviendrait de déclarer inhabiles à occuper les avocats ayant effectué la perquisition. Ils étaient également d'accord (comme je le suis) pour dire qu'au vu du dossier il « est impossible de le savoir », pour reprendre l'expression du juge des requêtes. Il s'agit donc, en l'espèce, de savoir si Celanese a l'obligation de réfuter la présomption de préjudice (comme la Cour l'a décidé dans l'arrêt *Succession MacDonald*) ou s'il devrait plutôt incomber à Canadian Bearings d'établir l'existence d'un « risque réel de préjudice » (comme la Cour d'appel l'a exigé en l'espèce).

Kasowitz submits that "[t]he facts of this case do not raise the concerns whatsoever addressed by the Court in *MacDonald Estate* [because] Kasowitz had no relationship whatsoever with the Appellants." I do not agree. The relevant elements of the *MacDonald Estate* analysis do not depend on a pre-existing solicitor-client relationship. The gravamen of the problem here is the possession by opposing solicitors of relevant and confidential information attributable to a solicitor-client relationship to which they have no claim of right whatsoever.

46 Kasowitz prétend que [TRADUCTION] « [l]es faits de la présente affaire ne soulèvent aucune des questions que la Cour a examinées dans l'arrêt *Succession MacDonald* [du fait que] Kasowitz [. . .] n'a aucun lien avec les appelantes. » Je ne suis pas de cet avis. Les éléments pertinents de l'analyse effectuée dans l'arrêt *Succession MacDonald* ne sont pas tributaires de l'existence préalable de rapports d'avocat à client. En l'espèce, le fond du problème est que les avocats de la partie adverse sont en possession de renseignements confidentiels pertinents qui ont été obtenus grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client et à l'égard desquels ils ne peuvent invoquer aucun droit.

### D. *The Court of Appeal Erred in Placing the Onus of Proof on Canadian Bearings*

### D. *La Cour d'appel a eu tort d'imposer le fardeau de la preuve à Canadian Bearings*

Moldaver J.A. and his colleagues took the view that *MacDonald Estate* must be read in the context of a moving solicitor who clearly had substantial exposure to important solicitor-client confidences, whereas the present context, in their view, can raise no such inference. The privileged documents, while relevant, *could* be of such negligible

47 D'après le juge Moldaver et ses collègues, il faut interpréter l'arrêt *Succession MacDonald* dans le contexte d'un avocat qui a changé de cabinet et qui a eu amplement accès à d'importantes communications effectuées à titre confidentiel entre un avocat et son client, alors que le présent contexte ne permet pas, selon eux, de faire une

significance that there is no real risk such privileged material could be used to the detriment of Canadian Bearings.

48 I accept, as mentioned earlier, that a distinction may be drawn between the moving solicitor situations and the inadvertent disclosure situation on the basis that in the latter cases, but not the former, the content and extent of the confidential information at issue is (or ought to be) identifiable. I do not agree that this distinction switches the onus to the defendant to prove the risk of significant prejudice, rather than leave the onus with Celanese to rebut a presumption of prejudice.

49 Firstly, in an *Anton Piller* situation, as in *MacDonald Estate*, to "require the very confidential information for which protection is sought to be revealed . . . would have the effect of defeating the whole purpose of the application" (p. 1260). Placing the onus on Celanese accords with the usual practice that the party best equipped to discharge a burden is generally required to do so. Celanese's lawyers know what they looked at. Canadian Bearings' lawyers do not. The latter should not have to reveal the universe of potential confidences to the former who, at this point, refuse (or have rendered themselves unable) to identify precisely what they have seen.

50 Secondly, putting the onus on the party in receipt of the confidential information rather than on the party being searched, increases the incentive on its part to take care to ensure that privileged information is not reviewed in the first place.

51 Thirdly, it seems to me procedurally unfair not only to subject the defendant to the intrusion of a surprise search under an exceptional order in the course of which its solicitor-client confidences are disclosed to its opponent, but then to throw on it the onus of clearing up the problem created by the

telle inférence. Les documents privilégiés, quoique pertinents, *pourraient* avoir si peu d'importance qu'il n'y aurait aucun risque réel qu'ils soient utilisés au détriment de Canadian Bearings.

Comme je l'ai déjà mentionné, je reconnais que le cas de l'avocat qui change de cabinet peut être distingué du cas de la divulgation par inadvertance en ce sens que ce n'est que dans le dernier cas qu'il est (ou devrait être) possible de connaître la teneur et l'ampleur des renseignements confidentiels en cause. Je ne suis pas d'accord pour dire que cette distinction a pour effet d'obliger la défenderesse à prouver l'existence du risque de préjudice important, au lieu de laisser à Celanese l'obligation de réfuter une présomption de préjudice.

Premièrement, dans une situation de type *Anton Piller*, comme dans l'affaire *Succession MacDonald*, s'il était « nécessaire [. . .] de révéler les renseignements confidentiels que l'on cherche justement à protéger [. . .] [l]a requête perdrait alors tout [son] sens » (p. 1260). Imposer le fardeau de la preuve à Celanese est conforme à la pratique habituelle selon laquelle la partie la plus apte à s'acquitter d'une obligation est généralement tenue de le faire. Les avocats de Celanese savent ce qu'ils ont examiné. Les avocats de Canadian Bearings ignorent ce que ceux de Celanese ont examiné. Les avocats de Canadian Bearings ne devraient pas être tenus de divulguer l'ensemble des renseignements potentiellement confidentiels aux avocats de Celanese qui, à ce stade, refusent (ou se sont rendus incapables) de dire exactement ce qu'ils ont vu.

Deuxièmement, imposer le fardeau de la preuve à la partie qui obtient les renseignements confidentiels plutôt qu'à la partie qui fait l'objet de la perquisition l'incite davantage à prendre soin d'éviter que des renseignements privilégiés soient examinés au départ.

Troisièmement, il m'apparaît inéquitable sur le plan procédural de faire subir à la défenderesse l'atteinte que représente une perquisition-surprise effectuée en vertu d'une ordonnance extraordinaire et au cours de laquelle des communications avocat-client confidentielles sont divulguées à la partie

plaintiff's carelessness. The principal source of the present difficulty lies in the post-search conduct of Celanese's solicitors. Having created the problem, the searching party should bear the burden of resolving it.

Celanese and its solicitors argue that they are ill-equipped to rebut any such presumption of prejudice. If that is so they have only themselves to blame. Under a properly executed *Anton Piller* order, the searching solicitors should be able to show with some precision what they have seized, what they have seen, who has seen it and the steps taken to contain the wrongful disclosure of confidences. If Celanese's solicitors, who were in frequent telephone contact with the supervising solicitor during the search, had insisted on a proper listing at the site of all the materials seized, the universe of potential confidences would as a starting point have been established. The motions judge found this was not done. Nevertheless, the parties sensibly isolated the hard drive and CD-ROMs containing the now disputed electronic documents in a sealed bag and gave it into the custody of BDO. A complete listing could therefore have been made in the days following the search with BLG counsel present (as BLG had been present at the search site). This too was foreclosed by the precipitous and unilateral conduct of Cassels Brock. It is apparent, as the motions judge found, that "[t]here can be only one reason for seals to be applied to a container and signed by parties opposite in interest and that is to ensure that the container will not be opened except in the presence of both parties or, at a minimum, with the consent of both parties" (para. 19). The motions judge also expressed his view, which goes to the heart of the appeal, that

> [t]here was also no pressing need to open the envelopes such as would have justified the rather precipitous

adverse, pour ensuite la contraindre à résoudre le problème causé par l'incurie de la demanderesse. La présente difficulté découle principalement de la conduite adoptée par les avocats de Celanese après la perquisition. Comme elle est à l'origine du problème, il devrait appartenir à la partie ayant sollicité la perquisition de le résoudre.

52 Celanese et ses avocats prétendent qu'ils ne sont pas en mesure de réfuter une telle présomption de préjudice. Le cas échéant, ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes. Lorsqu'une ordonnance *Anton Piller* est exécutée correctement, les avocats qui effectuent la perquisition doivent être en mesure d'établir avec une certaine précision ce qui a été saisi, ce qu'ils ont vu et qui l'a vu, et quelles mesures ont été prises pour empêcher la communication abusive de renseignements confidentiels. Si les avocats de Celanese, qui, au cours de la perquisition, ont eu des conversations téléphoniques fréquentes avec l'avocat superviseur, avaient insisté pour qu'une liste en bonne et due forme de tous les documents saisis soit dressée sur les lieux de la perquisition, l'ensemble des documents potentiellement confidentiels aurait été connu au départ. Le juge des requêtes a conclu que cela n'avait pas été fait. Néanmoins, les parties ont eu la sagesse de placer le disque dur et les cédéroms contenant les documents électroniques maintenant en cause dans un sac scellé dont ils ont confié la garde à BDO. Dans les jours qui ont suivi la perquisition, il aurait donc été possible de dresser une liste complète en présence d'un avocat de BLG (étant donné que BLG avait été présent sur les lieux de la perquisition). Cela n'a pas pu se faire non plus en raison de la conduite précipitée et unilatérale de Cassels Brock. Il appert, comme l'a conclu le juge des requêtes, qu'[TRADUCTION] « [u]ne seule raison peut justifier l'apposition sur un contenant d'un scellé paraphé par des parties ayant des intérêts opposés, et cette raison est de veiller à ce que le contenant ne soit ouvert qu'en présence des deux parties ou, à tout le moins, qu'avec le consentement des deux parties » (par. 19). Le juge des requêtes a également exprimé son point de vue, qui est crucial en l'espèce :

> [TRADUCTION] En outre, aucun besoin pressant ne justifiait l'ouverture plutôt précipitée des enveloppes

action which [Cassels Brock] directed be taken. The fundamental purpose of an Anton Piller order is to preserve evidence, not to use it. The material was in the safekeeping of BDO and was going to be available to [Celanese] in the fullness of time. There was therefore no reason to rush to deal with the documents as opposed to taking a careful and considered approach to them. In other words, there was plenty of time for inquiries to be made of Mr. Hendell, or others within Borden Ladner, regarding the handling of this material. Had that cautious approach been taken, it is likely that the issue which I must resolve would never have arisen. [para. 21]

53 It is quite possible that if Cassels Brock and Kasowitz had been able to show the court what privileged material they had seen, such material might on the face of it have appeared to the court mundane or insignificant. A privileged document, for example, could be a lawyer's letter to his or her own client simply enclosing a draft contract in terms virtually the same as a contract subsequently executed and publicly available. Disclosure of the lawyer's communication, while privileged, would in that case not likely be capable of creating prejudice. Where the significance of the privileged documents accessed by the searching solicitors is more difficult to evaluate, the motions judge might properly call on the defendant (in the absence of the lawyers for the searching party if appropriate) to explain why such material could lead to significant prejudice. That cannot be done, of course, unless the searching solicitors can indicate with some precision what they have looked at. Because of the way the search was conducted in this case, Celanese's solicitors could not do so and that stage was never reached.

54 In my view, the present proceeding should not be seen as punitive in any way. I accept, as did the courts below, that neither Cassels Brock nor Kasowitz set out to obtain access to, or to gain some advantage from privileged material. Their problem stems from carelessness and an excessively

ordonnée par [Cassels Brock]. L'ordonnance Anton Piller a pour objectif fondamental la conservation de la preuve et non son utilisation. BDO avait la garde des documents, auxquels [Celanese] pourra[it] avoir accès en temps et lieu. Il n'y avait donc aucune raison de s'empresser d'examiner les documents au lieu de les traiter de façon minutieuse et réfléchie. En d'autres termes, on avait amplement le temps de s'enquérir auprès de M^e^ Hendell, ou d'autres avocats du cabinet Borden Ladner, de la façon de traiter ces documents. Si on avait agi prudemment, il est probable que la question que je dois trancher aujourd'hui ne se serait jamais posée. [par. 21]

Il est fort possible que, si Cassels Brock et Kasowitz avaient été en mesure d'expliquer au tribunal quels documents privilégiés ils avaient vus, le tribunal aurait pu considérer qu'il s'agissait à première vue de documents anodins et sans importance. Par exemple, le document privilégié pourrait être une lettre qu'un avocat a envoyée à son client et à laquelle est simplement joint un avant-projet de contrat dont les clauses sont pratiquement les mêmes que celles d'un contrat qui a été conclu par la suite et auquel le public a accès. La communication du document de l'avocat, quoique privilégiée, ne serait vraisemblablement pas susceptible de causer un préjudice dans ce cas. Lorsqu'il est plus difficile d'évaluer l'importance des documents privilégiés auxquels ont eu accès les avocats qui ont effectué la perquisition, le juge des requêtes pourrait à bon droit demander au défendeur (s'il y a lieu, en l'absence des avocats de la partie ayant sollicité la perquisition) d'expliquer pourquoi ces documents risqueraient de causer un préjudice important. Il est évident que cela ne peut se faire que si les avocats ayant effectué la perquisition peuvent indiquer avec une certaine précision ce qu'ils ont examiné. En raison de la façon dont la perquisition a été effectuée en l'espèce, les avocats de Celanese ne pouvaient pas le faire, de sorte qu'on n'en est jamais arrivé à ce stade.

À mon avis, la présente instance ne doit d'aucune façon être perçue comme étant punitive. Je reconnais, comme l'ont fait les tribunaux d'instance inférieure, que ni Cassels Brock ni Kasowitz n'a tenté d'avoir accès aux documents privilégiés ou d'en tirer quelque avantage. Leur problème découle

adversarial approach in circumstances that called for careful restraint in recognition of the exceptional position of responsibility imposed by the unilateral and intrusive nature of an *Anton Piller* order. The protection of solicitor-client confidences is a matter of high importance. On the present state of the record, Canadian Bearings can have no confidence that the privileged material to which Cassels Brock and Kasowitz obtained access will not be used to their prejudice.

In summary, I agree with the Divisional Court that lawyers who undertake a search under the authority of an *Anton Piller* order and thereby take possession of relevant confidential information attributable to a solicitor-client relationship, bear the onus of showing there is no real risk such confidences will be used to the prejudice of the defendant. Difficulties of proof compounded by errors in the conduct of the search and its aftermath should fall on the heads of those responsible for the search, not of the party being searched. The onus was not met by the respondents in this case.

E. *The Appropriate Remedy*

I agree with the courts below that if a remedy short of removing the searching solicitors will cure the problem, it should be considered. As the intervener Canadian Bar Association ("CBA") puts it in its factum, the task "is to determine whether the integrity of the justice system, viewed objectively, requires removal of counsel in order to address the violation of privilege, or whether a less drastic remedy would be effective". The right of the plaintiff to continue to be represented by counsel of its choice is an important element of our adversarial system of litigation. In modern commercial litigation, mountains of paper are sometimes exchanged. Mistakes will be made. There is no such thing, in these circumstances, as automatic disqualification.

d'une incurie et d'une attitude trop agressive dans des circonstances qui commandaient la modération en reconnaissance de la situation de responsabilité exceptionnelle qu'impose la nature unilatérale et attentatoire d'une ordonnance *Anton Piller*. La protection des communications avocat-client confidentielles revêt une grande importance. Selon l'état actuel du dossier, rien ne permet à Canadian Bearings de croire que les documents privilégiés auxquels Cassels Brock et Kasowitz ont eu accès ne seront pas utilisés à son préjudice.

55 En résumé, je suis d'accord avec la Cour divisionnaire pour dire que les avocats qui effectuent une perquisition en vertu d'une ordonnance *Anton Piller* et qui, de ce fait, entrent en possession de renseignements confidentiels pertinents qui ont été obtenus grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client ont l'obligation de démontrer qu'il n'y a aucun risque réel que ces renseignements soient utilisés au préjudice du défendeur. Les problèmes de preuve auxquels s'ajoutent les erreurs commises pendant et après la perquisition doivent être résolus par les gens qui sont responsables de la perquisition, et non par la partie qui en a fait l'objet. En l'espèce, les intimées ne se sont pas acquittées de ce fardeau.

E. *La réparation convenable*

56 Je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire que, s'il est possible de remédier au problème sans avoir à déclarer inhabiles à occuper les avocats ayant effectué la perquisition, il faut examiner cette possibilité. Comme l'affirme dans son mémoire l'intervenante l'Association du Barreau canadien (« ABC »), il s'agit de [TRADUCTION] « déterminer si, objectivement, l'intégrité du système de justice exige de déclarer les avocats inhabiles à occuper afin de remédier à la violation de privilège, ou si une réparation moins draconienne permettrait de le faire ». Le droit de la demanderesse de continuer à être représentée par les avocats de son choix constitue un élément important de notre système de justice accusatoire. Dans les litiges commerciaux modernes, il y a parfois un échange important de documents. Des erreurs sont commises. Dans ces circonstances, il n'est pas question d'inhabilité automatique à occuper.

57 Nordheimer J. cited a number of inadvertent disclosure cases which, in his view, leaned against removal. The first, *Tilley v. Hails* (1993), 12 O.R. (3d) 306 (Gen. Div.), was not a motion to remove counsel, but rather an application for an injunction enjoining the respondents from using an inadvertently disclosed privileged document. Similarly, *Aviaco International Leasing Inc. v. Boeing Canada Inc.* (2000), 9 B.L.R. (3d) 99 (Ont. S.C.J.), was a motion to expunge from the record various privileged documents inadvertently faxed to the plaintiffs' counsel, which the plaintiffs' counsel attempted to use and of which copies were made and retained. The documents were expunged from the record. *Coulombe v. Beard* (1993), 16 O.R. (3d) 627 (Gen. Div.), was also relied on by Nordheimer J. for the "reluctance" of courts to impose the "drastic" remedy of removal where the nature of the privileged material inadvertently disclosed is not significant. In that case, Salhany J. had access to the letter disclosed and so was able to make an assessment of its significance. In all of these cases, the court knew with precision what the opposing lawyer had seen and what had been done about it. What the *Coulombe* case shows is that even where a confidential document is inflicted on a surprised opponent, the court will still take care to review the document to assess the risk of prejudice (as well, no doubt, as to assess whether the apparently inadvertent disclosure was a tactical gambit). In these cases, counsel avoid disqualification by demonstrating both that they were blameless in receiving the material, and that they did the "right thing" upon recognition that the material was potentially privileged. See also *Nova Growth Corp. v. Kepinski*, [2001] O.J. No. 5993 (QL) (S.C.J.), at paras. 13 and 18, leave to appeal refused, [2002] O.J. No. 2522 (QL) (Div. Ct.), leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xiv.

Le juge Nordheimer a cité un certain nombre de cas de divulgation par inadvertance qui, à son avis, militent contre la déclaration d'inhabilité à occuper. Dans le premier cas, *Tilley c. Hails* (1993), 12 O.R. (3d) 306 (Div. gén.), il était question non pas d'une requête visant à faire déclarer un avocat inhabile à occuper, mais d'une demande d'injonction interdisant aux intimés d'utiliser un document privilégié communiqué par inadvertance. De même, dans l'affaire *Aviaco International Leasing Inc. c. Boeing Canada Inc.* (2000), 9 B.L.R. (3d) 99 (C.S.J. Ont.), il était question d'une requête visant à faire retirer du dossier divers documents privilégiés télécopiés par inadvertance aux avocats des demanderesses; ces derniers avaient alors tenté d'utiliser ces documents et en avaient fait et gardé des copies. Les documents ont été retirés du dossier. Le juge Nordheimer s'est également fondé sur la décision *Coulombe c. Beard* (1993), 16 O.R. (3d) 627 (Div. gén.), pour faire remarquer que les tribunaux [TRADUCTION] « hésitent » à imposer la réparation « draconienne » qu'est la déclaration d'inhabilité à occuper dans les cas où les documents privilégiés communiqués par inadvertance ne sont pas importants. Dans cette affaire, le juge Salhany a pu examiner la lettre communiquée, ce qui lui a permis d'en évaluer l'importance. Dans tous ces cas, le tribunal savait exactement ce qu'avait vu l'avocat de la partie adverse et quelles mesures avaient été prises à cet égard. La décision *Coulombe* montre que, même dans le cas où la partie adverse a la surprise de recevoir un document confidentiel, le tribunal doit tout de même prendre soin d'examiner le document pour évaluer le risque de préjudice (et sans doute également pour déterminer si la communication apparemment effectuée par inadvertance était un stratagème). Dans ces cas, les avocats évitent d'être déclarés inhabiles à occuper en démontrant qu'on ne peut pas les blâmer d'avoir reçu le document en question, et qu'ils ont fait ce qu'il fallait faire lorsqu'ils ont constaté que les documents étaient potentiellement privilégiés. Voir aussi *Nova Growth Corp. c. Kepinski*, [2001] O.J. No. 5993 (QL) (C.S.J.), par. 13 et 18, autorisation d'appel refusée, [2002] O.J. No. 2522 (QL) (C. div.), autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xiv.

Both Nordheimer J. and Moldaver J.A. distinguished the present case from *Grenzservice* which removed from the record solicitors who had botched execution of a *Mareva* injunction with elements of an *Anton Piller* order. In that case, it was held that counsel had behaved "egregiously". While Huddart J. (now J.A.) did make that finding, she also relied upon the principles laid down in *MacDonald Estate* as the governing authority. I would certainly not describe the conduct of the solicitors here as "egregious", but as *MacDonald Estate* itself shows, a violation of privilege that is not the result of "egregious" misconduct may nonetheless give rise to disqualification.

58 Les juges Nordheimer et Moldaver ont tous deux établi une distinction entre la présente affaire et l'affaire *Grenzservice* dans laquelle les avocats qui avaient bâclé l'exécution d'une injonction *Mareva* comportant des éléments d'une ordonnance *Anton Piller* avaient été déclarés inhabiles à occuper. Dans cette affaire, le tribunal a jugé que les avocats avaient agi [TRADUCTION] « de manière inacceptable ». La juge Huddart (maintenant juge à la Cour d'appel) est arrivée à cette conclusion, mais en se fondant également sur les principes énoncés dans l'arrêt *Succession MacDonald* qui fait autorité à cet égard. Je ne qualifierais certainement pas d'« inacceptable » la conduite des avocats en l'espèce, mais comme le démontre l'arrêt *Succession MacDonald* lui-même, la violation d'un privilège qui n'est pas due à une conduite « inacceptable » peut néanmoins donner lieu à une déclaration d'inhabilité à occuper.

In helpful submissions, the interveners Advocates' Society and the CBA suggest a number of factors to be considered in determining whether solicitors should be removed: (i) how the documents came into the possession of the plaintiff or its counsel; (ii) what the plaintiff and its counsel did upon recognition that the documents were potentially subject to solicitor-client privilege; (iii) the extent of review made of the privileged material; (iv) the contents of the solicitor-client communications and the degree to which they are prejudicial; (v) the stage of the litigation; (vi) the potential effectiveness of a firewall or other precautionary steps to avoid mischief. Other factors may, of course, present themselves in different cases, but I agree that the foregoing list of factors is appropriate and seems to me sufficient to dispose of the present appeal.

59 Dans leur argumentation utile, les intervenantes Advocates' Society et l'ABC recommandent de prendre en considération un certain nombre de facteurs pour décider s'il y a lieu de déclarer des avocats inhabiles à occuper : (i) la manière dont le demandeur ou ses avocats sont entrés en possession des documents; (ii) les mesures que le demandeur et ses avocats ont prises lorsqu'ils ont constaté que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client; (iii) la mesure dans laquelle les documents privilégiés ont été examinés; (iv) la teneur des communications avocat-client et la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables; (v) l'étape de l'instance; (vi) l'efficacité potentielle d'une mesure de protection ou d'autres précautions destinées à éviter un préjudice. Il va sans dire que d'autres facteurs peuvent intervenir dans des affaires différentes, mais je reconnais que la liste de facteurs qui précède est appropriée et me paraît suffisante pour trancher le présent pourvoi.

As to the first factor, the privileged documents came into the hands of Cassels Brock and Kasowitz under the exceptional *Anton Piller* order in a way that was unintended but avoidable. Inadequate precautions were taken. Those who fail to take precautions must bear the responsibility. As

60 Quant au premier facteur, Cassels Brock et Kasowitz ont mis la main, d'une façon non intentionnelle mais évitable, sur les documents privilégiés grâce à une ordonnance extraordinaire de type *Anton Piller*. Des précautions insuffisantes ont été prises. Ceux qui ne prennent pas de

mentioned earlier, Mr. Colvard testified that quite apart from the as yet unclassified electronic documents he segregated into a "Privileged" file, he found other potentially privileged documents in reviewing material earlier classified as "Relevant". Those, at least, Mr. Colvard agreed he "reviewed in some detail in order to decide where to put them". We do not know the contents of even these documents.

61 As to the second factor, Cassels Brock failed to have the electronic documents listed at the search site as required by the order and thereafter ignored the obvious significance of BLG's initials on the sealed envelope containing the electronic documents and then declined to return the material over which privilege was claimed to BLG "whether in print form or electronic" as requested. Cassels Brock did take steps, as did Kasowitz, to contain the resulting damage, but as a result of their errors the Court does not know (and Canadian Bearings cannot know) the potential scale of that damage.

62 As to the third factor, the CBA submits that the plaintiff's counsel should not only promptly return the inadvertently disclosed privileged materials, but also "advise the adversary of the extent to which those materials have been reviewed". I agree. Here, Cassels Brock and Kasowitz deny any "substantive review", but the review must have been sufficiently thorough to classify documents as "Relevant, Irrelevant, Proprietary, and Hot". How could anyone classify a document as "Hot" or "Relevant" without reading it? And, to repeat, some of the documents initially read and classified as "Relevant" turned out (on a second reading) to be potentially subject to a claim of privilege. In the absence of knowing what Celanese's solicitors and counsel looked at we are left in the

précautions doivent en subir les conséquences. Comme nous l'avons vu, M^e^ Colvard a témoigné qu'indépendamment des documents électroniques non encore classés qu'il avait placés séparément dans un dossier « privilégié », il a trouvé d'autres documents potentiellement privilégiés en examinant des documents qui avaient été auparavant classés comme étant « pertinents ». M^e^ Colvard a tout le moins admis qu'il avait [TRADUCTION] « procédé à un examen assez approfondi [de ces documents] pour décider où les placer ». Même en ce qui concerne ces documents, nous n'en connaissons pas le contenu.

En ce qui concerne le deuxième facteur, Cassels Brock n'a pas dressé la liste des documents électroniques sur les lieux de la perquisition comme l'exigeait l'ordonnance et, par la suite, il n'a pas tenu compte de l'importance manifeste des initiales de BLG apposées sur l'enveloppe scellée contenant les documents électroniques; enfin, il a refusé de restituer à BLG les documents [TRADUCTION] « papier ou électroniques » demandés qui étaient visés par une revendication de privilège. Cassels Brock a effectivement pris des mesures, tout comme Kasowitz, pour limiter le préjudice ayant résulté, mais à cause de leurs erreurs, la Cour ne connaît pas (et Canadian Bearings n'est pas en mesure de connaître) l'ampleur potentielle de ce préjudice.

Quant au troisième facteur, l'ABC soutient que les avocats de la demanderesse devraient non seulement restituer sans délai les documents privilégiés communiqués par inadvertance, mais également [TRADUCTION] « informer la partie adverse de la mesure dans laquelle ces documents ont été examinés ». Je suis d'accord. À cet égard, Cassels Brock et Kasowitz nient avoir procédé à un « examen approfondi », mais ils doivent avoir effectué un examen assez minutieux pour pouvoir classer les documents comme étant [TRADUCTION] « pertinents, non pertinents, exclusifs ou très pertinents ». Comment peut-on classer un document comme étant « très pertinent » ou « pertinent » sans l'avoir lu? Et, je le répète, certains documents lus et classés au départ comme étant « pertinents » se sont

dilemma anticipated by Sopinka J. in *MacDonald Estate*, at p. 1263:

> . . . conclusory statements in affidavits without more are not acceptable. These can be expected in every case of this kind that comes before the court. It is no more than the lawyer saying "trust me". This puts the court in the invidious position of deciding which lawyers are to be trusted and which are not.

As to the fourth factor, Cassels Brock and Kasowitz failed to discharge the onus of identifying the contents of the solicitor-client communications which they accessed in the course of classifying the material. It is therefore not possible to determine "the degree to which they are prejudicial". As stated, Celanese's solicitors and counsel created this problem by their failure to proceed with prudence and they and Celanese will now have to shoulder the consequences.

As to the fifth factor, the litigation is at an early stage. At advanced stages of complex litigation, an order removing counsel can be "extreme" and may have a "devastating" effect on the party whose counsel is removed (*Michel v. Lafrentz* (1992), 12 C.P.C. (3d) 119 (Alta. C.A.), at para. 4). That is not the case here. No doubt substantial costs have been incurred by all parties, but BLG advised Cassels Brock by letter dated July 15, 2003, i.e. within less than a month after commencement of the litigation, and a few days after learning of the privilege controversy, that "[t]his is a most serious matter and we intend to bring it to the attention of the Court at the earliest opportunity." The removal motion was launched July 24, 2003. There was therefore ample early notice that removal was being sought.

révélés (après une deuxième lecture) susceptibles de faire l'objet d'une revendication de privilège. Si nous ignorons ce que les avocats de Celanese ont examiné, nous sommes devant le dilemme prévu par le juge Sopinka à la p. 1263 de l'arrêt *Succession MacDonald* :

> . . . les simples [. . .] affirmations catégoriques contenu[e]s dans des affidavits ne sont pas acceptables. On ne peut s'attendre à les trouver dans toute affaire de cette nature qui est soumise aux tribunaux. Cela revient à une invitation de l'avocat à lui faire confiance. Le tribunal a alors la tâche ingrate de décider quels avocats sont dignes de confiance et lesquels ne le sont pas.

63 En ce qui a trait au quatrième facteur, Cassels Brock et Kasowitz ne se sont pas acquittés de l'obligation de décrire la teneur des communications avocat-client dont ils ont pris connaissance en classant les documents. Il n'est donc pas possible de déterminer « la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables ». Comme nous l'avons vu, les avocats de Celanese ont créé ce problème en omettant d'agir avec prudence et ils doivent maintenant, tout comme Celanese, en subir les conséquences.

64 Quant au cinquième facteur, l'instance ne fait que débuter. À une étape avancée d'une instance complexe, une ordonnance déclarant un avocat inhabile à occuper peut être [TRADUCTION] « extrême » et avoir un effet « dévastateur » sur la partie dont l'avocat est déclaré inhabile à occuper (*Michel c. Lafrentz* (1992), 12 C.P.C. (3d) 119 (C.A. Alb.), par. 4). Ce n'est pas le cas en l'espèce. Il n'y a pas de doute que les parties ont toutes engagé des frais considérables, mais dans une lettre datée du 15 juillet 2003, soit moins d'un mois après le début de l'instance et quelques jours après avoir pris connaissance de la controverse relative au privilège, BLG a informé Cassels Brock que [TRADUCTION] « [c]'est une question très grave et nous avons l'intention d'en faire part au tribunal à la première occasion. » La requête en déclaration d'inhabilité à occuper a été déposée le 24 juillet 2003. Un préavis amplement suffisant a donc été donné au sujet de la demande de déclaration d'inhabilité à occuper.

65 Sixth, and finally, with respect to "the potential effectiveness of a firewall or other precautionary steps", Cassels Brock advised the court of a number of measures taken (although, in the defendant's view, too little and too late). The motions judge held that "an affidavit from the attorney in charge of this matter for the Kasowitz firm ought to have been filed confirming that such [privileged] material had been deleted and that no one at that firm had accessed the information prior to such deletion (with the obvious exception of Mr. Colvard, who has been isolated from the case)" (para. 30). I agree. In a matter of such sensitivity the court and the defendant are entitled to the best available evidence. It seems apparent that appropriate firewalls were not in place prior to the occurrence of the mischief.

66 In view of all the circumstances, I agree with the Divisional Court that Cassels Brock and Kasowitz have not produced sufficient evidence to satisfy the *MacDonald Estate* test, namely "that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur" (p. 1260).

67 I also agree with the Divisional Court that the right of Celanese to choose counsel yields to what occurred in the execution of the *Anton Piller* order in this case and its aftermath, and that "the reasonable perception of the integrity of the administration of justice would be adversely affected were Cassels, Brock . . . permitted to remain solicitors of record for [Celanese]" (para. 42). As to future role of Kasowitz however, I think the Divisional Court went too far in holding that "[Celanese] should be precluded in this litigation or any related proceeding from receiving advice or information directly and/or indirectly from the firm" (para. 40 (emphasis added)). Celanese has worldwide interests and Kasowitz is its primary legal advisor. As the vinyl acetate plant is to be built in Iran, there may well be related litigation outside Canada. I think Canadian Bearings will be sufficiently protected if Celanese is ordered not to seek or receive

Sixièmement et pour terminer, en ce qui concerne « l'efficacité potentielle d'une mesure de protection ou d'autres précautions », Cassels Brock a mentionné au tribunal un certain nombre de mesures qui ont été prises (même si, selon la défenderesse, c'était trop peu, trop tard). Le juge des requêtes a conclu qu'[TRADUCTION] « il aurait fallu produire un affidavit dans lequel l'avocat responsable du dossier pour le cabinet Kasowitz aurait confirmé qu'un tel document [privilégié] avait été supprimé et qu'aucun autre membre du cabinet n'avait eu accès aux renseignements avant que le document soit supprimé (à l'exception, il va sans dire, de M^e^ Colvard qui a été écarté du dossier) » (par. 30). Je partage cette opinion. Dans une affaire aussi délicate, le tribunal et le défendeur ont droit à la meilleure preuve possible. Il semble évident qu'aucune mesure de protection suffisante n'avait été prise avant que le préjudice soit causé.

En tout état de cause, je suis d'accord avec la Cour divisionnaire pour dire que Cassels Brock et Kasowitz n'ont pas produit suffisamment d'éléments de preuve pour satisfaire au critère de l'arrêt *Succession MacDonald*, c'est-à-dire pour « convaincre le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera[it] fait aucun usage de renseignements confidentiels » (p. 1260).

Je suis également d'accord avec la Cour divisionnaire pour dire que le droit de Celanese à l'avocat de son choix cède le pas à ce qui s'est produit, en l'espèce, pendant et après l'exécution de l'ordonnance *Anton Piller*, et que [TRADUCTION] « la perception raisonnable de l'intégrité de l'administration de la justice serait compromise si Cassels, Brock [. . .] pouvait continuer d'occuper pour [Celanese] » (par. 42). Toutefois, pour ce qui est du rôle de Kasowitz à l'avenir, j'estime que la Cour divisionnaire est allée trop loin en décidant qu'[TRADUCTION] « en l'espèce ou dans toute autre procédure connexe, il devrait être interdit [à Celanese] d'obtenir des conseils ou des renseignements directement ou indirectement auprès de ce cabinet » (par. 40 (je souligne)). Celanese est une entreprise d'envergure mondiale et Kasowitz est son principal conseiller juridique. Comme l'usine de fabrication d'acétate de vinyle doit être construite en Iran, il se peut bien que des

advice or information directly or indirectly from Kasowitz in connection with any litigation *in Canada* arising out of the matters referred to in the amended statement of claim, or related thereto, provided Kasowitz files affidavit(s) satisfactory to the case management judge confirming that the firewalls it had undertaken to install were and are in place, and sworn confirmation that all of the material for which privilege is claimed that came into Kasowitz's possession as a result of the *Anton Piller* order has been returned or destroyed.

IV. Disposition

The appeal is allowed with costs in this Court. Cassels Brock are removed as solicitors of record for the respondents in these proceedings. They are not to act for or advise the respondents, directly or indirectly, with respect to this proceeding or with respect to any related proceedings arising out of the facts pleaded in the amended statement of claim.

Neither the respondents nor anyone on their behalf is to communicate with or receive advice or information directly or indirectly, from Kasowitz with respect to this proceeding or any related proceedings in Canada arising out of or related to the facts pleaded in the amended statement of claim.

Any and all materials subject to the claim of privilege still in the possession of the respondents, Cassels Brock or Kasowitz seized from the premises of Canadian Bearings on June 20 and 21, 2003, pursuant to the *Anton Piller* order shall be returned forthwith to Canadian Bearings without retention of copies whether printed, electronic or of any other type.

Kasowitz is to file affidavits satisfactory to the case management judge confirming the existence

procédures connexes soient engagées à l'extérieur du Canada. J'estime que Canadian Bearings sera suffisamment protégée si on interdit à Celanese de demander ou d'obtenir des conseils ou des renseignements directement ou indirectement auprès de Kasowitz relativement à toute instance *au Canada* découlant des questions mentionnées dans la déclaration modifiée, ou liée à celles-ci, pourvu que Kasowitz produise, à la satisfaction du juge responsable de la gestion de l'instance, un affidavit ou des affidavits confirmant que les mesures de protection qu'il s'était engagé à prendre existaient et existent encore, et une confirmation sous serment que tous les documents faisant l'objet d'une revendication de privilège qui se sont retrouvés en sa possession par suite de l'ordonnance *Anton Piller* ont été restitués ou détruits.

IV. Dispositif

68 Le pourvoi est accueilli avec dépens devant notre Cour. Cassels Brock est déclaré inhabile à occuper pour les intimées en l'espèce. Il ne doit ni représenter ni conseiller les intimées, directement ou indirectement, relativement à la présente instance ou à toute autre procédure connexe découlant des faits allégués dans la déclaration modifiée.

69 Les intimées ou quiconque agissant en leur nom ne doivent ni communiquer avec Kasowitz, ni obtenir des conseils ou des renseignements directement ou indirectement, auprès de ce cabinet, relativement à la présente instance ou à toute autre procédure connexe au Canada découlant des faits allégués dans la déclaration modifiée, ou liée à ceux-ci.

70 Tous les documents visés par la revendication de privilège qui, les 20 et 21 juin 2003, ont été saisis dans les locaux de Canadian Bearings conformément à l'ordonnance *Anton Piller* et qui sont encore en la possession des intimées, de Cassels Brock ou de Kasowitz doivent être restitués immédiatement à Canadian Bearings et aucune copie papier, électronique ou autre de ces documents ne doit être conservée.

71 Kasowitz devra déposer, à la satisfaction du juge responsable de la gestion de l'instance, des

of adequate firewalls and the destruction or return of all allegedly privileged material that came into its possession as a result of the *Anton Piller* order made in this case.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Celanese Canada Inc.: Heenan Blaikie, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Celanese Ltd.: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Advocates' Society: Lax O'Sullivan Scott, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

affidavits confirmant l'existence de mesures de protection suffisantes, ainsi que la destruction ou la restitution de tous les prétendus documents privilégiés qui se sont retrouvés en sa possession par suite de l'ordonnance *Anton Piller* rendue en l'espèce.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Celanese Canada Inc. : Heenan Blaikie, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Celanese Ltd. : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Lax O'Sullivan Scott, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

**D.B.S.** *Appellant*

*v.*

**S.R.G.** *Respondent*

---

**T.A.R.** *Appellant*

*v.*

**L.J.W.** *Respondent*

---

**Daryl Ross Henry** *Appellant*

*v.*

**Celeste Rosanne Henry** *Respondent*

---

**Kenneth Hiemstra** *Appellant*

*v.*

**Geraldine Hiemstra** *Respondent*

**D.B.S.** *Appelant*

*c.*

**S.R.G.** *Intimée*

---

**T.A.R.** *Appelant*

*c.*

**L.J.W.** *Intimée*

---

**Daryl Ross Henry** *Appelant*

*c.*

**Celeste Rosanne Henry** *Intimée*

---

**Kenneth Hiemstra** *Appelant*

*c.*

**Geraldine Hiemstra** *Intimée*

**INDEXED AS: D.B.S. *v.* S.R.G.; L.J.W. *v.* T.A.R.; HENRY *v.* HENRY; HIEMSTRA *v.* HIEMSTRA**

**Neutral citation: 2006 SCC 37.**

File Nos.: 30808, 30809, 30807, 30837.

2006: February 13; 2006: July 31.

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

**RÉPERTORIÉ : D.B.S. *c.* S.R.G.; L.J.W. *c.* T.A.R.; HENRY *c.* HENRY; HIEMSTRA *c.* HIEMSTRA**

**Référence neutre : 2006 CSC 37.**

N$^{os}$ du greffe : 30808, 30809, 30807, 30837.

2006 : 13 février; 2006 : 31 juillet.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Family law — Maintenance — Child support — Retroactive support — Whether court can make retroactive child support order — If so, in what circumstances is it*

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

*Droit de la famille — Pension alimentaire — Pensions alimentaires pour enfants — Pension alimentaire rétroactive — Un tribunal peut-il rendre une ordonnance*

*appropriate to do so — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.1, 17, 25.1 — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 1 to 4, 9, 10, 14, 25 — Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, c. P-1.*

These four appeals raise the issue of retroactive child support. In *D.B.S. v. S.R.G.*, the parents had three children in the course of their 10-year common law relationship. Following their separation in 1998, the father had sole interim custody, but the parties subsequently entered into an informal shared custody arrangement. Neither party paid support to the other, although the father's income substantially exceeded the mother's. In 2003, the mother brought proceedings under Alberta's *Parentage and Maintenance Act* for retroactive and ongoing support. The chambers judge awarded the mother prospective support but declined to make a retroactive award because their household incomes were at that time approximately the same and because the father had clearly contributed to the children's support since the separation. Further, he was not satisfied that it would benefit the children to make such an award, and stated that retroactive support would be inappropriate in the circumstances. The Court of Appeal allowed the mother's appeal, set out factors that a court should consider in deciding whether to make a retroactive award, and sent the matter back to the chambers judge for reconsideration.

In *T.A.R. v. L.J.W.*, the parents also had three children in the course of their common law relationship. Following the parents' separation in 1991, the children lived with the mother. Some months later, the father started paying support of $150 per month pursuant to a maintenance agreement, which was increased to $300 a month in April 2003 pursuant to a consent order. The mother is now married and her annual household income was approximately $50,000. The father was living in a common law relationship with a new spouse and her two children. He was earning $23,000 per annum. In June 2003, the court awarded child support in the amount of $465 per month. In dismissing the mother's claim under Alberta's *Parentage and Maintenance Act* for support retroactive to 1999, representing the difference between the child support paid and the $465 amount, the chambers judge considered the hardship such an award would cause, the father's meagre income, the fact that he had honoured his support obligations and that

*alimentaire rétroactive au profit d'un enfant? — Dans l'affirmative, quelles circonstances s'y prêtent? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15.1, 17, 25.1 — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 1 à 4, 9, 10, 14, 25 — Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, ch. P-1.*

Les quatre pourvois soulèvent la question de la rétroactivité de l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant. Dans l'affaire *D.B.S. c. S.R.G.*, les parents ont eu trois enfants pendant les dix années de leur union de fait. Après leur séparation en 1998, le père a obtenu la garde exclusive provisoire des enfants, mais les parties ont par la suite convenu informellement de se partager la garde des enfants. Aucune des parties ne versait une pension alimentaire à l'autre, même si le revenu du père était de beaucoup supérieur à celui de la mère. En 2003, sur le fondement de la *Parentage and Maintenance Act* de l'Alberta, la mère a demandé une ordonnance alimentaire rétroactive et une autre pour l'avenir. Le juge en chambre a fait droit en partie à la demande, accordant une pension pour l'avenir, mais refusant de rendre une ordonnance rétroactive au motif que les revenus des ménages étaient alors à peu près équivalents et que, depuis la séparation, le père avait clairement fait sa part pour subvenir aux besoins des enfants. En outre, il n'était pas convaincu que les enfants auraient bénéficié d'une ordonnance rétroactive, ajoutant qu'elle aurait été inappropriée dans les circonstances. La Cour d'appel a accueilli le pourvoi de la mère et précisé les éléments dont le tribunal devait tenir compte pour statuer sur une demande d'ordonnance alimentaire rétroactive, puis elle a renvoyé l'affaire au juge en chambre pour qu'il rende une nouvelle décision.

Dans l'affaire *T.A.R. c. L.J.W.*, trois enfants sont également issus de l'union de fait des parents. Après la séparation des parties en 1991, les enfants ont habité chez leur mère. Quelques mois plus tard, conformément à un accord, le père a commencé à verser une pension alimentaire de 150 $ par mois. En avril 2003, une ordonnance sur consentement a porté ce montant à 300 $ par mois. La mère s'est mariée, et le revenu annuel de son ménage s'élevait à environ 50 000 $. Le père s'est engagé dans une nouvelle union de fait avec une femme, mère de deux enfants. Son revenu annuel était de 23 000 $. En juin 2003, le tribunal a accordé une pension alimentaire de 465 $ par mois pour les enfants. Le juge en chambre a rejeté la demande présentée par la mère sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act* de l'Alberta afin d'obtenir une ordonnance alimentaire rétroagissant en 1999 pour la différence entre ce que le père avait versé pour les enfants et la somme de 465 $ accordée. Il a tenu compte des difficultés qu'une telle ordonnance

he had incurred substantial expenses in exercising his access rights. The Court of Appeal held that the matter should be returned to the chambers judge to consider whether the burden of a retroactive award could be alleviated by a creative award and on whom the burden of the unfulfilled obligation should fall.

In *Henry v. Henry*, the parents married in 1984 and were divorced in 1991. After they separated their two children resided with the mother, and the divorce judgment ordered the father to pay $700 per month in child support. In February 2000, the mother signalled an intention to seek increased support. Although the father raised his support payments in 2000 and 2003, the amounts he paid were substantially below those set out in the *Federal Child Support Guidelines* ("*Guidelines*"). The mother was unaware that his income had increased dramatically since the divorce, while she was experiencing financial difficulties. The father had refused to provide financial assistance at various times when requested, responding to the mother with acrimony and intimidation. The mother applied to vary the child support payments in February 2003. The chambers judge granted her application for retroactive support, deciding that the award should be retroactive to July 1, 1997 and that it should be based on the father's applicable *Guidelines* income. The majority of the Court of Appeal upheld the decision, but one judge dissented on the issue of the date to which the order should be made retroactive.

In *Hiemstra v. Hiemstra*, the parents were divorced in 1996. The two children of the marriage went to live with the father, and the mother paid child support. In November 2000, the son moved in with the mother and the child support payments ceased. Although the father had a substantial income, he did not comply with the mother's April 2003 request that he contribute to their daughter's college expenses. By February 2004, the mother was supporting both children; three months later, she applied for retroactive child support. The chambers judge held that this was an appropriate circumstance for a retroactive award, and he calculated it from January 1, 2003 onward, to be paid in the amount of $500 per month, as a "reasonable compromise" that best fit the situation of the parties. The Court of Appeal upheld the decision.

*Held*: The appeals in *D.B.S.* and *T.A.R.* should be allowed and the decisions of the chambers judges restored. The appeals in *Henry* and *Hiemstra* should be dismissed.

aurait causées, du maigre revenu du père, du respect par ce dernier de ses obligations alimentaires et des dépenses importantes qu'il avait engagées dans l'exercice de ses droits de visite. La Cour d'appel a renvoyé l'affaire au juge en chambre pour qu'il détermine si une ordonnance empreinte de créativité pouvait alléger le fardeau infligé par une ordonnance rétroactive et à qui devait incomber l'exécution de l'obligation non remplie.

Dans l'affaire *Henry c. Henry*, les parents se sont mariés en 1984 et ont divorcé en 1991. Après la séparation, leurs deux enfants ont habité avec la mère. Au prononcé du divorce, le tribunal a ordonné au père de verser pour les enfants une pension alimentaire mensuelle de 700 $. En février 2000, la mère a signalé son intention d'obtenir la majoration de la pension. Même si le père l'avait augmenté en 2000 et en 2003, le montant versé était demeuré sensiblement inférieur à celui prévu par les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (« *Lignes directrices* »). La mère — qui éprouvait des difficultés financières — ignorait que le revenu du père avait radicalement augmenté depuis le divorce. À différentes occasions, le père avait refusé son aide financière, répondant aux demandes de la mère de manière acrimonieuse et menaçante. En février 2003, la mère a demandé la modification de la pension alimentaire pour les enfants. La juge en chambre a fait droit à la demande, la faisant rétroagir au 1er juillet 1997 et statuant que son montant devait se fonder sur le revenu du père pour les besoins des *Lignes directrices*. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la décision, sous réserve d'une dissidence quant à la date de rétroactivité de l'ordonnance.

Dans l'affaire *Hiemstra c. Hiemstra*, les parents ont divorcé en 1996. Les deux enfants issus du mariage ont habité chez leur père, et la mère a versé une pension alimentaire pour eux. En novembre 2000, après que le fils eût emménagé chez elle, la mère a cessé de payer la pension. En avril 2003, le père, dont le revenu était substantiel, a opposé un refus à la demande de la mère de contribuer aux frais d'études collégiales de leur fille. En février 2004, la mère subvenait aux besoins des deux enfants. Trois mois plus tard, elle a demandé une ordonnance alimentaire rétroactive au profit des enfants. Le juge en chambre a estimé que les circonstances se prêtaient à une telle ordonnance, qu'il a fait rétroagir au 1er janvier 2003 à raison de 500 $ par mois, estimant qu'il s'agissait du « compromis raisonnable » le mieux adapté à la situation des parties. La Cour d'appel a confirmé la décision.

*Arrêt* : Les pourvois sont accueillis dans les dossiers *D.B.S.* et *T.A.R.* et les décisions des juges en chambre sont rétablies. Les pourvois sont rejetés dans les dossiers *Henry* et *Hiemstra*.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Deschamps JJ.: Parents have an obligation to support their children in a manner commensurate with their income, and this obligation and the children's concomitant right to support exist independently of any statute or court order. To determine whether a retroactive award would be appropriate, the court must first consider the prevailing legislation and child support scheme. To the extent that the federal scheme has eschewed a purely need-based analysis, this free-standing obligation implies that the total amount of child support owed will generally fluctuate based on the payor parent's income. Thus, under that scheme, payor parents who do not increase their child support payments to correspond with their incomes will not have fulfilled their obligations to their children. However, provinces remain free to espouse a different paradigm. When an application for retroactive support is made, therefore, it will be incumbent upon the court to analyze the statutory scheme pursuant to which the application was brought. [54]

The fact that the current child support scheme under both the *Divorce Act* and Alberta's *Parentage and Maintenance Act* are application-based does not preclude courts from considering retroactive awards. While child support orders should provide payor parents with the benefit of predictability, and a degree of certainty in managing their affairs, such an order does not absolve the payor parent — or the recipient parent — of the responsibility of continually ensuring that the children are receiving an appropriate amount of support. As the circumstances underlying the original award change, the value of that award in defining the parents' obligations necessarily diminishes. In situations where payor parents are found to be deficient in their support obligations to their children, it will be open for the courts, acting pursuant to the *Divorce Act* or the *Parentage and Maintenance Act*, to vary the existing orders retroactively. The consequence will be that amounts that should have been paid earlier will become immediately enforceable. Similarly, a court may award retroactive support where there has been a previous agreement between the parents. Although such agreements should be given considerable weight, where circumstances have changed and the actual support obligations of the payor parent have not been met, the court may order a retroactive award so long as the applicable statutory regime permits it. Under the *Divorce Act* or the *Parentage and Maintenance Act*, courts also have the power to order original retroactive child support awards in appropriate circumstances. Lastly, where support, including retroactive support, is requested pursuant to the *Parentage and*

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel et Deschamps : Les parents ont l'obligation de subvenir aux besoins de leur enfant à proportion de leurs revenus. Cette obligation, tout comme le droit corollaire de l'enfant aux aliments, existe indépendamment de toute loi ou ordonnance judiciaire. Pour décider de l'opportunité d'une ordonnance rétroactive, le tribunal doit d'abord examiner les dispositions législatives et le régime de pensions alimentaires pour enfants applicables. Dans la mesure où le régime fédéral a écarté l'approche axée uniquement sur les besoins, cette obligation indépendante suppose que le montant total de la pension alimentaire pour l'enfant fluctuera généralement en fonction du revenu du parent débiteur. Sous ce régime, le parent débiteur qui n'accroît pas le montant de la pension à proportion de l'augmentation de son revenu manque donc à son obligation envers l'enfant. Les provinces demeurent toutefois libres d'adopter un autre modèle. Par conséquent, lorsqu'il est saisi d'une demande d'ordonnance alimentaire rétroactive, le tribunal doit analyser le régime législatif dans lequel la demande s'inscrit. [54]

Même si le régime actuel de pensions alimentaires pour enfants établi par la *Loi sur le divorce* et la *Parentage and Maintenance Act* de l'Alberta exige la présentation d'une demande, rien n'empêche le tribunal d'examiner la possibilité de rendre une ordonnance rétroactive. L'ordonnance alimentaire doit offrir au parent débiteur prévisibilité et, dans une certaine mesure, certitude, pour la gestion de ses affaires. Toutefois, elle ne le dispense pas — non plus que le parent créancier — de l'obligation de faire en sorte que l'enfant bénéficie toujours d'une pension alimentaire appropriée. L'importance de l'ordonnance initiale dans la définition des obligations des parents décline nécessairement lorsque la situation qui la sous-tend n'est plus la même. Le tribunal qui conclut que le parent débiteur a manqué à son obligation alimentaire envers l'enfant pourra, sur le fondement de la *Loi sur le divorce* ou de la *Parentage and Maintenance Act*, modifier rétroactivement une ordonnance. Les sommes qui auraient dû être versées antérieurement seront alors recouvrables sans délai. De même, le tribunal peut rendre une ordonnance alimentaire rétroactive lorsqu'un accord est intervenu entre les parents. Même s'il doit accorder un poids considérable à l'accord, lorsque la situation a changé et que le parent débiteur ne s'est pas acquitté de son obligation alimentaire véritable, le tribunal peut rendre une ordonnance rétroactive pour autant que le régime législatif applicable le permette. Sous le régime de la *Loi sur le divorce* ou de la *Parentage and Maintenance Act*, le tribunal aura, dans les cas qui s'y prêtent, le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire initiale

*Maintenance Act*, a court will not have jurisdiction to order support if the child in question was over 18 at the time the application was made, or if certain expenses occurred more than two years in the past. Under the *Divorce Act*, a court will not be able to make a retroactive award if the child in question is no longer a "child of the marriage", as defined in s. 2, when the application is made. [59] [74] [78] [84] [87-89]

In determining whether to make a retroactive award, a court should strive for a holistic view of the matter and decide each case on the basis of its particular facts. The payor parent's interest in certainty must be balanced with the need for fairness to the child and for flexibility. In doing this, the court should consider the reason for the recipient parent's delay in seeking child support, the conduct of the payor parent, the past and present circumstances of the child, including the child's needs at the time the support should have been paid, and whether the retroactive award might entail hardship. Once the court determines that a retroactive child support award should be ordered, the award should as a general rule be retroactive to the date of effective notice by the recipient parent that child support should be paid or increased, but to no more than three years in the past. Effective notice does not require the recipient parent to take legal action; all that is required is that the topic be broached. Once that has occurred, the payor parent can no longer assume that the status quo is fair. However, where the payor parent has engaged in blameworthy conduct, the date when the circumstances changed materially will be the presumptive start date of the award. Finally, the court must ensure not only that the quantum of a retroactive support award is consistent with the statutory scheme under which it is operating, but also that it fits the circumstances. [99-135]

In view of this analysis, the following dispositions should be made in the instant cases. In *D.B.S.*, retroactive support is not justified. The two household incomes were roughly equal and there was no blameworthy conduct on the part of the payor father. More importantly, the chambers judge held that a retroactive award would be "inappropriate and inequitable" and would not benefit the children. In these circumstances, deference is owed to the chambers judge's order. Similarly, in *T.A.R.*, the chambers judge's decision not to grant retroactive support also merits deference. He found that the father's conduct was not deceitful or blameworthy and that he had honoured his obligation faithfully. Although the chambers judge did not consider all the factors, he took

rétroactive. Enfin, appelé à statuer sur une demande d'ordonnance alimentaire (rétroactive ou non) fondée sur la *Parentage and Maintenance Act*, le tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner le versement d'une pension alimentaire lorsque l'enfant a 18 ans ou plus au moment de la demande ou que plus de deux ans se sont écoulés depuis que les dépenses en cause ont été engagées. Suivant la *Loi sur le divorce*, il ne peut rendre une ordonnance rétroactive lorsque, au moment de la demande, l'enfant en cause n'est plus un « enfant à charge » au sens de l'art. 2. [59] [74] [78] [84] [87-89]

Le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance rétroactive doit considérer l'affaire dans sa globalité et trancher en fonction des faits de l'espèce. La certitude du parent débiteur doit être mise en balance avec l'impératif de l'équité envers l'enfant et celui de la souplesse. Le tribunal doit donc tenir compte de la raison pour laquelle le parent créancier a tardé à demander l'ordonnance alimentaire, du comportement du parent débiteur, des situations antérieure et actuelle de l'enfant, y compris ses besoins au moment où la pension aurait dû être versée, et des difficultés que pourrait causer une ordonnance rétroactive. Lorsqu'il conclut qu'une ordonnance alimentaire rétroactive est indiquée, il doit généralement la faire rétroagir, jusqu'à concurrence de trois ans, à la date à laquelle le parent créancier a réellement informé le parent débiteur qu'une pension devait être payée ou que la pension versée devait être majorée. L'information réelle ne suppose pas l'exercice d'un recours judiciaire par le parent créancier; il suffit que le sujet ait été abordé. Une fois informé, le parent débiteur ne peut plus tenir le statu quo pour équitable. Toutefois, lorsqu'il s'est comporté de façon répréhensible, l'ordonnance est présumée prendre effet à la date à laquelle la situation a sensiblement changé. Enfin, le tribunal doit faire en sorte que le montant de la pension alimentaire rétroactive soit non seulement conforme au régime législatif applicable à l'ordonnance, mais également qu'il convienne à la situation. [99-135]

Vu l'analyse, il y a lieu de statuer comme suit sur les pourvois. Dans le dossier *D.B.S.*, l'ordonnance rétroactive n'est pas justifiée. Les revenus des deux ménages étaient à peu près équivalents et le père débiteur n'avait pas eu de comportement répréhensible. Mais surtout, le juge en chambre a estimé qu'une ordonnance rétroactive aurait été « inappropriée et inéquitable » et n'aurait pas bénéficié aux enfants. La déférence s'impose donc à l'égard de son ordonnance. De même, dans le dossier *T.A.R.*, la décision de ne pas accorder une ordonnance alimentaire rétroactive doit être confirmée. Le juge en chambre a conclu que le père n'avait pas eu un comportement trompeur ou répréhensible et qu'il s'était acquitté fidèlement de son obligation. Même s'il n'a pas

a holistic view of the matter and arrived at the conclusion that this was not an appropriate case to grant retroactive support. [139-141] [144-145]

In *Henry*, the retroactive award is affirmed. There was no unreasonable delay by the mother in applying for an increase in support. She broached the topic of increasing the father's child support obligations to the best of her ability, given her ignorance of her ex-husband's actual income and the way he intimidated her. The father acted in a blameworthy manner: even though he was aware that his income had risen substantially since the original order was rendered and that his children were living at levels commensurate with his ex-wife's low income, he refused to raise his payments to levels appropriate to his income. The chambers judge's retroactive award would not impose too great a burden on the father, and the children should benefit from this award. The fact that the eldest child affected by the award was no longer a "child of the marriage" when the notice of motion for retroactive support was filed had no effect on the court's jurisdiction to make a retroactive child support order under the *Divorce Act*. Because the ex-husband did not disclose his increases in income to his ex-wife earlier, she was compelled to serve him with a notice to disclose in order to ascertain his income for the years relevant to this appeal. This procedure, contemplated in the *Guidelines*, sufficed to trigger the court's jurisdiction under the *Divorce Act*. Since the procedure was completed prior to the time the eldest child ceased being a child of the marriage, it was appropriate for the court to make a retroactive order for this child. [146-150]

Lastly, in *Hiemstra*, the chambers judge properly weighed the relevant considerations in deciding upon the award, and his retroactive order should be affirmed. Given the father's substantial income, he cannot be considered blameless in not paying child support. He did not have a reasonable belief that his support obligation was being fulfilled. The chambers judge chose to make the award retroactive only to January 1, 2003, despite the father's failure to provide child support for a longer period of time. As the date has not been cross-appealed by the mother, it should not be disturbed. [152-154]

*Per* Fish, Abella and Charron JJ.: Parents have a free-standing joint obligation to support their children based on their ability to do so, and this obligation creates a right in the child. Because the child's right to

pris en compte tous les éléments, il a considéré l'affaire dans sa globalité pour conclure qu'une ordonnance alimentaire rétroactive n'était pas indiquée en l'espèce. [139-141] [144-145]

Dans le dossier *Henry*, l'ordonnance rétroactive est confirmée. Le retard de la mère à demander la majoration de la pension alimentaire versée par le père pour les enfants n'était pas injustifié. Elle a abordé le sujet de son mieux, même si elle ne connaissait pas le revenu exact de son ex-époux et même si ce dernier l'intimidait. Le père a agi de manière répréhensible. Il savait que son revenu avait considérablement augmenté depuis l'ordonnance initiale. Il savait également que ses enfants jouissaient d'un niveau de vie proportionnel au faible revenu de son ex-épouse. Il a quand même refusé de relever le montant de la pension en fonction de son revenu. L'ordonnance rétroactive de la juge en chambre n'infligerait pas un fardeau excessif au père et les enfants en bénéficieraient. Le fait que la fille aînée visée par l'ordonnance n'était plus une « enfant à charge » lors du dépôt de l'avis de requête visant l'obtention d'une pension alimentaire rétroactive n'a pas eu d'incidence sur le pouvoir du tribunal de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit des enfants sous le régime de la *Loi sur le divorce*. Comme son ex-mari ne l'avait pas informée de l'augmentation de son revenu, l'ex-épouse n'a eu d'autre choix que de lui signifier une demande de communication afin de connaître son revenu pour les années en cause. Cette démarche prévue par les *Lignes directrices* a suffi à conférer sa compétence au tribunal sous le régime de la *Loi sur le divorce*. La démarche ayant été menée à bien avant que l'aînée ne cesse d'être un enfant à charge, il convenait que le tribunal rende une ordonnance rétroactive au profit de cet enfant. [146-150]

Enfin, dans le dossier *Hiemstra*, le juge en chambre a dûment tenu compte des considérations pertinentes pour statuer sur la demande, et son ordonnance rétroactive doit être confirmée. Étant donné son revenu substantiel, le père ne peut prétendre avoir eu un comportement irréprochable en refusant de payer une pension. Il n'avait aucune raison de croire qu'il s'acquittait de son obligation envers ses enfants. Le juge en chambre a décidé de ne faire rétroagir l'ordonnance qu'au 1er janvier 2003, même si le père se dérobait à ses obligations depuis bien plus longtemps. La mère n'ayant pas formé d'appel incident pour contester cette date, celle-ci ne doit pas être modifiée. [152-154]

*Les* juges Fish, Abella et Charron : Les parents ont l'obligation à la fois solidaire et indépendante de subvenir aux besoins de l'enfant selon leur capacité de le faire, et cette obligation confère un droit à l'enfant.

support varies with changes in income, the child's entitlement to a change in support should not be limited to the date of the recipient parent's notice of an intention to enforce it. So long as the change in income warrants different child support from what is being paid, the presumptive starting point for the child's entitlement is when the change occurred, not when it was disclosed or discovered. For payor parents, certainty and predictability are protected by the legal certainty that whenever their income changes materially, that is the moment their obligation changes automatically, even if enforcement of that increased obligation is not automatic. Since the existence of the increased support obligation depends on the existence of the increased income, there is no role for blameworthy conduct in determining the date at which children can recover the support to which they are entitled. The obligation fluctuates with parental income, not with parental misconduct. In the same way, the recipient parent need not demonstrate that the failure to pay child support has resulted in hardship for the child. A presumptive date of entitlement to a change in child support does not, however, eliminate the role of judicial discretion. It will be up to the court in each circumstance to determine whether the presumptive date has been rebutted. While undue hardship could militate against a retroactive order being made as of the date of the change of circumstances, there is no reason to deprive children of the support to which they are entitled by imposing an arbitrary three-year judicial limitation period on the amount of child support that can be recovered. Such a clear restriction of a child's entitlement is an unnecessary fettering of judicial discretion and requires an express statutory direction to that effect. Notwithstanding the differences in approach, there is agreement with the majority's disposition of the four appeals. [157-179]

**Cases Cited**

By Bastarache J.

**Applied:** *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; *Horner v. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561; *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518; **distinguished:** *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; **considered:** *M.C. v. V.Z.* (1998), 228 A.R. 283; *Walsh v. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577; *Marinangeli v.*

Comme l'objet du droit aux aliments varie en fonction du revenu, l'enfant n'acquiert pas le droit à la nouvelle pension qu'au moment où le parent créancier communique son intention d'obtenir le respect de ce droit. Dans la mesure où le changement survenu justifie le rajustement de la somme versée, le moment où l'enfant est présumé acquérir le droit à la nouvelle pension est celui du changement, et non celui de la communication ou de la découverte du changement. Pour le parent débiteur, la certitude et la prévisibilité sont assurées légalement par le fait que toute modification appréciable de son revenu emporte automatiquement le rajustement de son obligation alimentaire, même si l'obligation accrue n'est pas automatiquement exécutoire. Étant donné que l'obligation accrue découle de l'accroissement du revenu, le comportement répréhensible ne joue aucun rôle dans la détermination du moment auquel rétroagit l'ordonnance par laquelle l'enfant recouvre son dû. L'obligation alimentaire est fonction du revenu des parents, et non de leur comportement fautif. De même, le parent créancier n'a pas à prouver que l'omission du parent débiteur de s'acquitter de son obligation a été source de difficultés pour l'enfant. La présomption que l'enfant acquiert le droit à la nouvelle pension alimentaire à un moment précis n'écarte toutefois pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Dans chaque cas, il appartient au tribunal de décider si la présomption a été écartée. Les difficultés excessives peuvent militer contre une ordonnance rétroagissant à la date du changement, mais il n'y a aucune raison de limiter arbitrairement à trois ans la période pour laquelle peut être obtenu le rajustement de la pension alimentaire. Une restriction aussi manifeste du droit de l'enfant entrave inutilement l'exercice du pouvoir discrétionnaire et exige une indication expresse du législateur en ce sens. Malgré leur approche différente, les juges minoritaires adhèrent à la décision des juges majoritaires dans les quatre pourvois. [157-179]

**Jurisprudence**

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts appliqués :** *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *S. (L.) c. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; *Horner c. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561; *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518; **distinction d'avec l'arrêt :** *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; **arrêts considérés :** *M.C. c. V.Z.* (1998), 228 A.R. 283; *Walsh c. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d)

*Marinangeli* (2003), 38 R.F.L. (5th) 307; *Andries v. Andries* (1998), 126 Man. R. (2d) 189; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24; *Hartshorne v. Hartshorne*, [2004] 1 S.C.R. 550, 2004 SCC 22; *C. (S.E.) v. G. (D.C.)* (2003), 43 R.F.L. (5th) 41, 2003 BCSC 896; *Hunt v. Smolis-Hunt* (2001), 97 Alta. L.R. (3d) 238, 2001 ABCA 229; *Tedham v. Tedham* (2003), 20 B.C.L.R. (4th) 56, 2003 BCCA 600; *Chrintz v. Chrintz* (1998), 41 R.F.L. (4th) 219; *Passero v. Passero*, [1991] O.J. No. 406 (QL); *Hess v. Hess* (1994), 2 R.F.L. (4th) 22; *Whitton v. Shippelt* (2001), 293 A.R. 317, 2001 ABCA 307; *Dahl v. Dahl* (1995), 178 A.R. 119; *A. (J.) v. A. (P.)* (1997), 37 R.F.L. (4th) 197; *Haisman v. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56; *MacNeal v. MacNeal* (1993), 50 R.F.L. (3d) 235; *Steinhuebl v. Steinhuebl*, [1970] 2 O.R. 683; *Dickie v. Dickie* (2001), 20 R.F.L. (5th) 343; **referred to:** *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Poissant v. Barrette* (1879), 3 L.N. 12; *Childs v. Forfar* (1921), 51 O.L.R. 210; *McTaggart v. McTaggart*, [1947] O.J. No. 100 (QL); *Malcolm v. Malcolm* (1919), 46 O.L.R. 198, aff'd (1920), 46 O.L.R. 609; *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205; *Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891; *T. (P.) v. B. (R.)* (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 36, 2004 ABCA 244; *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242.

By Abella J.

**Referred to:** *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Horner v. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393; *Haisman v. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56, leave to appeal dismissed, [1995] 3 S.C.R. vi; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

**Statutes and Regulations Cited**

*Civil Code of Lower Canada*, art. 169.
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 587.1.
*Constitution Act, 1867*, s. 91(26).
*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 209.
*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) [am. 1997, c. 1], ss. 2(1) "child of the marriage", (5), 15.1, 17, 25.1, 26.1(2).
*Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, s. 77(2).
*Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 [am. SOR/97-563; am. SOR/2000-337], ss. 1 to 4, 9, 10, 11, 14, 16, 17, 25.
*Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, c. P-1 [rep. 2003, c. F-4.5, s. 129], ss. 7(1), 15, 16, 18 [am. 2003, c. I-0.5, s. 58(6)].

577; *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 38 R.F.L. (5th) 307; *Andries c. Andries* (1998), 126 Man. R. (2d) 189; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24; *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550, 2004 CSC 22; *C. (S.E.) c. G. (D.C.)* (2003), 43 R.F.L. (5th) 41, 2003 BCSC 896; *Hunt c. Smolis-Hunt* (2001), 97 Alta. L.R. (3d) 238, 2001 ABCA 229; *Tedham c. Tedham* (2003), 20 B.C.L.R. (4th) 56, 2003 BCCA 600; *Chrintz c. Chrintz* (1998), 41 R.F.L. (4th) 219; *Passero c. Passero*, [1991] O.J. No. 406 (QL); *Hess c. Hess* (1994), 2 R.F.L. (4th) 22; *Whitton c. Shippelt* (2001), 293 A.R. 317, 2001 ABCA 307; *Dahl c. Dahl* (1995), 178 A.R. 119; *A. (J.) c. A. (P.)* (1997), 37 R.F.L. (4th) 197; *Haisman c. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56; *MacNeal c. MacNeal* (1993), 50 R.F.L. (3d) 235; *Steinhuebl c. Steinhuebl*, [1970] 2 O.R. 683; *Dickie c. Dickie* (2001), 20 R.F.L. (5th) 343; **arrêts mentionnés :** *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Poissant c. Barrette* (1879), 3 L.N. 12; *Childs c. Forfar* (1921), 51 O.L.R. 210; *McTaggart c. McTaggart*, [1947] O.J. No. 100 (QL); *Malcolm c. Malcolm* (1919), 46 O.L.R. 198, conf. par (1920), 46 O.L.R. 609; *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205; *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891; *T. (P.) c. B. (R.)* (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 36, 2004 ABCA 244; *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242.

Citée par la juge Abella

**Arrêts mentionnés :** *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Horner c. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261; *S. (L.) c. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393; *Haisman c. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 3 R.C.S. vi; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

**Lois et règlements cités**

*Code civil du Bas Canada*, art. 169.
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 587.1.
*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 209.
*Family Law Act*, S.A. 2003, ch. F-4.5, art. 77(2).
*Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 [mod. DORS/97-563; mod. DORS/2000-337], art. 1 à 4, 9, 10, 11, 14, 16, 17, 25.
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(26).
*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2$^{e}$ suppl.) [mod. 1997, ch. 1; mod. 1999, c. 31, art. 74], art. 2(1) « enfant à charge », (5), 15.1, 17, 25.1, 26.1(2).
*Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, ch. P-1 [abr. 2003, ch. F-4.5, art. 129], art. 7(1), 15, 16, 18 [mod. 2003, ch. I-0.5, art. 58(6)].

**Authors Cited**

Canada. Department of Justice. *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines*, vol. 1. Ottawa: Department of Justice Canada, 2002.

Canada. Department of Justice. *Federal Child Support Guidelines Reference Manual*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1997.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., April 25, 1995, p. 11760.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., October 1, 1996, p. 4901.

Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Whiteford & Théoret, 1896.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada*. Toronto: Irwin Law, 2004.

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 (Fraser C.J.A. and Côté and Paperny JJ.A.) in *D.B.S. v. S.R.G.* (*sub nom. S. (D.B.) v. G. (S.R.)*) (2005), 249 D.L.R. (4th) 72, [2005] 5 W.W.R. 229, 38 Alta. L.R. (4th) 199, 361 A.R. 60, 339 W.A.C. 60, 7 R.F.L. (6th) 373, [2005] A.J. No. 2 (QL), 2005 ABCA 2, setting aside a decision of Verville J. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Côté and Paperny JJ.A.) in *L.J.W. v. T.A.R.* (*sub nom. W. (L.J.) v. R. (T.A.)*) (2005), 249 D.L.R. (4th) 136, 9 R.F.L. (6th) 232, [2005] A.J. No. 3 (QL), 2005 ABCA 3, setting aside a decision of Perras J., [2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Russell, Hunt and Paperny JJ.A.) in *Henry v. Henry* (2005), 249 D.L.R. (4th) 141, 38 Alta. L.R. (4th) 1, 357 A.R. 388, 334 W.A.C. 388, 7 R.F.L. (6th) 275, [2005] A.J. No. 4 (QL), 2005 ABCA 5, affirming a decision of Rowbotham J. (2003), 20 Alta. L.R. (4th) 300, 344 A.R. 377, 43 R.F.L. (5th) 357, [2003] A.J. No. 1056 (QL), 2003 ABQB 717. Appeal dismissed.

**Doctrine citée**

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1re sess., 35e lég., 25 avril 1995, p. 11760.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2e sess., 35e lég., 1er octobre 1996, p. 4901.

Canada. Ministère de la Justice. *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 1. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 2002.

Canada. Ministère de la Justice. *Pensions alimentaires pour enfants : Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1997.

Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal : Whiteford & Théoret, 1896.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada*. Toronto : Irwin Law, 2004.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.* (*sub nom. S. (D.B.) c. G. (S.R.)*) (2005), 249 D.L.R. (4th) 72, [2005] 5 W.W.R. 229, 38 Alta. L.R. (4th) 199, 361 A.R. 60, 339 W.A.C. 60, 7 R.F.L. (6th) 373, [2005] A.J. No. 2 (QL), 2005 ABCA 2, de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Côté et Paperny), qui a infirmé la décision du juge Verville. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre l'arrêt *L.J.W. c. T.A.R.* (*sub nom. W. (L.J.) c. R. (T.A.)*) (2005), 249 D.L.R. (4th) 136, 9 R.F.L. (6th) 232, [2005] A.J. No. 3 (QL), 2005 ABCA 3, de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Côté et Paperny), qui a infirmé la décision du juge Perras, [2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre l'arrêt *Henry c. Henry* (2005), 249 D.L.R. (4th) 141, 38 Alta. L.R. (4th) 1, 357 A.R. 388, 334 W.A.C. 388, 7 R.F.L. (6th) 275, [2005] A.J. No. 4 (QL), 2005 ABCA 5, de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Russell, Hunt et Paperny), qui a confirmé la décision de la juge Rowbotham (2003), 20 Alta. L.R. (4th) 300, 344 A.R. 377, 43 R.F.L. (5th) 357, [2003] A.J. No. 1056 (QL), 2003 ABQB 717. Pourvoi rejeté.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté J.A. and Hembroff and Hughes JJ. (*ad hoc*)) in *Hiemstra v. Hiemstra* (2005), 363 A.R. 281, 343 W.A.C. 281, 13 R.F.L. (6th) 166, [2005] A.J. No. 27 (QL), 2005 ABCA 16, affirming a decision of Belzil J. Appeal dismissed.

*D. Smith* and *Susan E. Milne*, for the appellants.

*Carole Curtis*, *Valda Blenman* and *Victoria Starr*, for the respondents S.R.G. and L.J.W.

*Daniel Colborne* and *Roy W. Dawson*, for the respondent Celeste Rosanne Henry.

*Gregory D. Turner*, for the respondent Geraldine Hiemstra.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

1 The present appeals involve the parental obligation to support one's children, and the question of whether this obligation compels parents to make child support payments for periods of time when the responsibility to do so was never identified, much less enforced. This question will arise when the parent receiving child support (the "recipient parent") determines that (s)he should have been paid greater amounts than (s)he actually received, despite the fact that no court order or separation agreement provided for these higher payments. These appeals do not concern the non-payment of arrears; they concern the enforceability and quantification of support that was neither paid nor claimed when it was supposedly due.

2 The awards contemplated in the present appeals are often termed "retroactive awards" because they involve enforcing past obligations, not ensuring prospective support. Though misleading in the

POURVOI contre l'arrêt *Hiemstra c. Hiemstra* (2005), 363 A.R. 281, 343 W.A.C. 281, 13 R.F.L. (6th) 166, [2005] A.J. No. 27 (QL), 2005 ABCA 16, de la Cour d'appel de l'Alberta (le juge Côté et les juges Hembroff et Hughes (*ad hoc*)), qui a confirmé la décision du juge Belzil. Pourvoi rejeté.

*D. Smith* et *Susan E. Milne*, pour les appelants.

*Carole Curtis*, *Valda Blenman* et *Victoria Starr*, pour les intimées S.R.G. et L.J.W.

*Daniel Colborne* et *Roy W. Dawson*, pour l'intimée Celeste Rosanne Henry.

*Gregory D. Turner*, pour l'intimée Geraldine Hiemstra.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Les présents pourvois portent sur l'obligation des parents de subvenir aux besoins de l'enfant et sur la question de savoir si, du fait de cette obligation, ils sont tenus de verser une pension alimentaire pour une période à l'égard de laquelle cette obligation n'a jamais été établie, encore moins exécutée. Le problème se pose lorsque le parent touchant une pension alimentaire pour l'enfant (le « parent créancier ») estime qu'il aurait dû toucher une somme plus élevée alors que ni une ordonnance judiciaire ni un accord de séparation ne le prévoyaient. La présente espèce ne porte pas sur le paiement d'arriérés, mais bien sur le caractère exécutoire et la détermination du montant de l'obligation alimentaire qui n'a pas été exécutée et dont on n'a pas demandé l'exécution pendant la période où elle aurait existé.

Les ordonnances envisagées en l'espèce sont souvent qualifiées de « rétroactives » parce qu'elles ont pour objet l'exécution d'une obligation antérieure, et non le versement ultérieur d'une

technical sense, I will adopt this terminology in these reasons because it helps identify the tension that underlies such awards. Still, I must observe that these "retroactive" awards are not truly retroactive. They do not hold parents to a legal standard that did not exist at the relevant time: see *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261 (C.A.). But they are "retroactive" in the sense that they are not being made on a go-forward basis: the parents who owe support (the "payor parents") are being ordered to pay what, in hindsight, should have been paid before: see *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393, at paras. 55-57. Unlike prospective child support awards, then, retroactive awards implicate the delicate balance between certainty and flexibility in this area of the law.

pension alimentaire. Même si, techniquement, cette terminologie prête à confusion, je l'utilise parce qu'elle contribue à faire ressortir le caractère délicat de ces ordonnances. Je dois toutefois préciser qu'il ne s'agit pas d'ordonnances véritablement « rétroactives ». Elles ne soumettent pas les parents à une norme juridique qui n'existait pas à l'époque considérée : *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261 (C.A.). Elles sont néanmoins « rétroactives » dans la mesure où elles ne visent pas une période ultérieure : le parent tenu au versement d'une pension alimentaire (le « parent débiteur ») se voit ordonner de payer ce qui, rétrospectivement, aurait dû être versé auparavant : *S. (L.) c. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393, par. 55-57. Contrairement à l'ordonnance pour l'avenir, l'ordonnance rétroactive suppose donc l'établissement d'un équilibre subtil entre la certitude et la souplesse dans ce domaine du droit.

The four appeals before this Court raise a broad cross-section of circumstances. Two appeals deal with retroactive awards claimed under the federal government's jurisdiction over divorce, while two relate to Alberta's provincial regime under the now-repealed *Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, c. P-1. Two of them involve claims for retroactive awards where no support payments had ever been paid by the other parent, while the other two ask for original awards to be increased. As I will explain, differences like these will have important implications for how cases should be treated and, ultimately, decided.

3 Les faits à l'origine des quatre pourvois sont assez variés. Dans deux cas, une ordonnance rétroactive a été demandée sous le régime établi en vertu de la compétence fédérale en matière de divorce et, dans les deux autres, sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, ch. P-1, une loi albertaine désormais abrogée. Dans deux cas, la demande visait une ordonnance rétroactive alors qu'aucune pension alimentaire n'avait jamais été versée, et dans deux autres, l'augmentation du montant de la pension alimentaire initiale. Comme je vais l'expliquer, de telles différences ont d'importantes répercussions sur la manière d'aborder les dossiers et de trancher.

At the same time, however, the similarities between the four appeals are unmistakable. Each case involves a recipient parent who failed to apply to a court for an increase in child support payments in a timely manner. Most unfortunate, each case involves children who lived prolonged periods without the support they were due. Whatever the outcome of these individual cases, the ultimate goal must be to ensure that children benefit from the support they are owed at the time when they are owed it. Any incentives for payor parents to be deficient in meeting their obligations should be eliminated.

4 Toutefois, la ressemblance des quatre pourvois est indéniable. Dans chacun d'eux, le parent créancier ne s'est pas adressé au tribunal en temps opportun pour obtenir la majoration du montant de la pension. Plus regrettable encore, dans toutes ces affaires, des enfants ont été privés pendant de longues périodes des sommes auxquelles ils avaient droit. Quelle que soit l'issue de chacun des pourvois, l'objectif ultime doit être de faire en sorte que l'enfant bénéficie de ce qui lui est dû au moment où il lui est dû. Tout ce qui peut inciter le parent débiteur à se soustraire à ses obligations doit être écarté.

5 Against this backdrop, it becomes clear that retroactive awards cannot simply be regarded as exceptional orders to be made in exceptional circumstances. A modern approach compels consideration of all relevant factors in order to determine whether a retroactive award is appropriate in the circumstances. Thus, while the propriety of a retroactive award should not be presumed, it will not only be found in rare cases either. Unreasonable delay by the recipient parent in seeking an increase in support will militate against a retroactive award, while blameworthy conduct by the payor parent will have the opposite effect. Where ordered, an award should generally be retroactive to the date when the recipient parent gave the payor parent effective notice of his/her intention to seek an increase in support payments; this date represents a fair balance between certainty and flexibility.

6 Given the different factual circumstances presented by the appeals before this Court, and the contextual approach endorsed by these reasons, it should not be surprising that the results of all four appeals are not identical. Courts must be open to ordering retroactive support where fairness to children dictates it, but should also be mindful of the certainty that fairness to payor parents often demands. It is only after a detailed examination of the facts in a particular case that the appropriateness of a retroactive award can be evaluated.

## 2. Facts and Judicial History

### 2.1 *D.B.S. v. S.R.G.*

7 D.B.S. (the father) and S.R.G. (the mother) had three children during the course of their ten-year common law relationship. The two parents separated in 1998; an *ex parte* order under the *Parentage and Maintenance Act* provided the father with sole interim custody. The parties then entered into a separation and property contract, which was confirmed by a consent order on March 1, 1999. The mother has stated that she had no input into the contract and she did not have counsel negotiate its content; however, she was represented at the time.

Dans ce contexte, l'ordonnance rétroactive ne peut donc simplement être considérée comme une ordonnance exceptionnelle rendue dans des circonstances exceptionnelles. L'approche moderne commande que tous les éléments pertinents soient pris en compte pour déterminer si une telle ordonnance est indiquée. Par conséquent, même si l'opportunité de l'ordonnance rétroactive ne doit pas être présumée, elle ne sera pas reconnue que dans de rares cas non plus. Le retard injustifié du parent créancier à demander l'augmentation de la pension milite contre une ordonnance rétroactive, alors que le comportement répréhensible du parent débiteur a l'effet contraire. Lorsqu'elle est prononcée, l'ordonnance prend généralement effet à compter du moment où le parent créancier a réellement informé le parent débiteur de son intention de demander la majoration de la pension, ce qui établit un juste équilibre entre la certitude et la souplesse.

Vu les différents contextes factuels à l'origine des pourvois et l'analyse contextuelle qui sous-tend les présents motifs, il ne faut pas s'étonner que l'issue ne soit pas la même dans les quatre affaires. Les tribunaux doivent être disposés à ordonner le paiement rétroactif d'une pension lorsque l'exige l'équité envers l'enfant, mais ils doivent également se soucier de la certitude que commande souvent l'équité envers le parent débiteur. Ce n'est qu'après un examen détaillé des faits que le tribunal pourra se prononcer sur l'opportunité d'une ordonnance rétroactive.

## 2. Faits et historique judiciaire

### 2.1 *D.B.S. c. S.R.G.*

Pendant les dix années de leur union de fait, D.B.S. (le père) et S.R.G. (la mère) ont eu trois enfants. Ils se sont séparés en 1998. Dans une ordonnance *ex parte* rendue sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act*, le père s'est vu accorder la garde exclusive provisoire de ses enfants. Les parties ont par la suite conclu, relativement à leur séparation et à leurs biens, un accord qu'une ordonnance sur consentement a confirmé le 1er mars 1999. La mère a dit ne pas avoir participé à la rédaction de l'accord ni avoir demandé à

In fact, she signed the contract against the advice of counsel.

The agreement provided for joint custody, with the father having primary, day-to-day residence. However, the mother did not need to pay child support under the agreement; her income in 1999 was $6,272. Later, the parents would enter into a shared custody relationship. Custody issues would arise again in November 2002, when the eldest child ran away from home.

The present dispute began when the mother sought joint custody with primary residence of all three children and specified access to the father. Before the commencement of court proceedings in April 2003, the parents participated in settlement and mediation sessions. Before the chambers judge, the mother also requested an award of retroactive support for 36 months, going back as far as the father's recent financial disclosure would allow. During the period in question, the income of the father was substantially higher than that of the mother. However, the mother had apparently been unaware she could have sought support during the years of shared custody.

Verville J., of the Court of Queen's Bench of Alberta, gave oral reasons for his decision. Noting that he believed both D.B.S. and S.R.G. — and their present partners — to be suitable parents, he concluded that the mother should have custody of the eldest child after considering the conflict between the latter and the father's partner. Generous access for the father was ordered, and shared custody was ordered to continue with respect to the other two children. The father was ordered to pay prospective child support.

Verville J. also considered the issue of retroactive support. Referring to the jurisprudence, he seemed to recognize that courts have a discretion, in appropriate circumstances, to order such support. However, he chose not to exercise that discretion. He noted that the present incomes of the

un avocat d'en négocier la teneur pour son compte, mais à cette époque, elle était représentée. En fait, elle a signé l'accord malgré la recommandation contraire de son avocat.

8 L'accord prévoyait la garde conjointe des enfants, ceux-ci ayant au quotidien leur résidence principale chez leur père. La mère n'avait toutefois pas à verser de pension alimentaire; en 1999, son revenu était de 6 272 $. Par la suite, les parents ont partagé la garde des enfants. Des questions relatives à la garde se sont posées de nouveau en novembre 2002 lors de la fugue de l'aînée.

9 Le litige a pris naissance lorsque la mère a demandé la garde conjointe des trois enfants, avec résidence principale chez elle et droits de visite pour le père. Avant que ne soit engagée l'instance en avril 2003, les parents ont participé à des séances de médiation. Devant le juge en chambre, la mère a aussi sollicité une ordonnance alimentaire prenant effet 36 mois auparavant, ce qui correspondait à la période pour laquelle le père avait récemment communiqué des renseignements financiers. Pendant la période en question, le revenu du père avait été beaucoup plus élevé que celui de la mère. Toutefois, il semble que cette dernière ait ignoré qu'elle aurait pu demander une pension alimentaire pendant les années de garde partagée.

10 Le juge Verville, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, a motivé oralement sa décision. Même si, selon lui, tant D.B.S. que S.R.G. — ainsi que leurs nouveaux conjoints — étaient des parents convenables, il a conclu que la mère devait avoir la garde de l'aînée vu les rapports conflictuels entre celle-ci et la conjointe du père. De généreux droits de visite ont été accordés au père et la garde partagée a été maintenue pour les autres enfants. Le père s'est vu ordonner de payer dès lors une pension alimentaire.

11 Le juge Verville a également examiné la question de la rétroactivité de l'ordonnance alimentaire. Se fondant sur la jurisprudence, il a apparemment reconnu que le tribunal avait, dans les cas qui s'y prêtaient, le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance rétroactive. Il a toutefois choisi de ne

respective family units were approximately the same and that, while there was no clear evidence as to what the parents had paid in past support, the father "clearly made a contribution". He also mentioned that the father allowed the mother shared custody after the consent order providing him with primary residence. Most important, he declared, "I am not satisfied it would benefit the children" to make such an award. He therefore concluded that it would be "inappropriate and inequitable" to award retroactive child support.

12 The Alberta Court of Appeal used this case as its lead in the trilogy of *D.B.S.*, *T.A.R.* and *Henry*. (The *Hiemstra* decision was released separately.) The unanimous decision, written by Paperny J.A., provides a thorough examination of the issue of retroactive child support ((2005), 361 A.R. 60, 2005 ABCA 2).

13 Tracing the historical foundations of child support in Canada, Paperny J.A. observed that parents have a mutual obligation to support their children, and this obligation translates into the legal basis for child support. She also noted that child support is the right of the child, that courts are always free to intervene to determine the proper level of support, and that incidental benefits to the custodial parent cannot diminish the quantum of child support due. Paperny J.A. emphasized that these conclusions apply with equal force to original and variation applications.

14 In her view, the obligation to support a child exists independent of any court action taken. Paperny J.A. wrote that this idea was accepted even before the advent of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 ("*Guidelines*"). Yet, she also recognized that the *Guidelines* did alter the child support landscape: most notably, focus was

pas exercer ce pouvoir. Il a fait remarquer que les revenus des deux familles étaient alors à peu près équivalents et que même si la preuve n'était pas claire quant aux aliments versés jusqu'alors par les parents, le père [TRADUCTION] « avait de toute évidence apporté une contribution ». Il a en outre signalé qu'après le prononcé de l'ordonnance sur consentement prévoyant que les enfants auraient leur résidence principale chez lui, le père avait accepté de partager la garde des enfants avec leur mère. Mais surtout, le juge Verville a déclaré : [TRADUCTION] « Je ne suis pas convaincu que les enfants bénéficieraient » du prononcé d'une telle ordonnance. Il a donc conclu qu'il serait « inapproprié et inéquitable » de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive.

Dans la trilogie *D.B.S.*, *T.A.R.* et *Henry*, la Cour d'appel de l'Alberta a fait de *D.B.S.* une affaire type. (La décision *Hiemstra* n'a pas été rendue le même jour.) Dans son arrêt unanime, la Cour d'appel, sous la plume de la juge Paperny, a examiné en profondeur la question de la rétroactivité de l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant ((2005), 361 A.R. 60, 2005 ABCA 2).

Après avoir fait état des fondements historiques de la pension alimentaire pour l'enfant au Canada, la juge Paperny a fait observer que les parents avaient l'obligation commune de subvenir aux besoins de l'enfant et que cette obligation se traduisait par le droit à une pension alimentaire. Elle a en outre signalé que le titulaire de ce droit est l'enfant, que le tribunal peut toujours intervenir pour déterminer le juste montant de la pension alimentaire et que les avantages accessoires de la garde ne peuvent justifier la diminution du montant de la pension alimentaire exigible. Elle a précisé que ces conclusions s'appliquaient tout autant à une demande initiale qu'à une demande de modification.

La juge Paperny a ajouté que l'obligation de subvenir aux besoins de l'enfant existait indépendamment de toute action en justice, ce qui avait été reconnu avant même l'adoption des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« *Lignes directrices* »). Par contre, elle a concédé que ces dernières avaient

placed on the means of the payor parent instead of the need of the recipient.

Holding that courts have a discretion, both under the *Parentage and Maintenance Act* and the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), to make retroactive child support awards, Paperny J.A. concentrated on the factors a court should consider in exercising its discretion. She summarized her conclusions in eight points:

1. A child is entitled to child support. Need is presumed.
2. The *Guidelines* presume an ability to pay on the part of the payor in accordance with his or her income as established in accordance with s. 16 of the *Guidelines*.
3. Blameworthy conduct on the part of the payor is not required.
4. The payee does not need to demonstrate an encroachment on his or her capital.
5. Notice of an intention to pursue child support is not a prerequisite to a retroactive award.
6. Whether there is an unreasonable burden placed on the payor should not be assumed, but must be established; it must be incapable of alleviation by creative payment options. Further, the reason for or the cause of the inability to pay must be considered and any burden must be balanced against the corresponding deprivation to the payee and the child.
7. A lump sum payment is not precluded merely because it involves a transfer of capital.
8. The date of the increased income as defined by the *Guidelines* is the presumptive date for the commencement of a retroactive award unless the payor has satisfied the additional financial obligation in some other manner, has taken all reasonable steps to fulfill the obligation, has a previous arrangement for child support that contemplates the provisions of the *Guidelines*, or the payee fails to act diligently without reasonable excuse. [para. 153]

modifié les données en matière de pensions alimentaire pour enfants, surtout en mettant l'accent sur les ressources du parent débiteur plutôt que sur les besoins du bénéficiaire.

Après avoir conclu que tant la *Parentage and Maintenance Act* que la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), conféraient au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'accorder rétroactivement une pension alimentaire, la juge Paperny s'est penchée tout particulièrement sur les éléments qu'il doit prendre en compte dans l'exercice de ce pouvoir. Elle a résumé ses conclusions en huit points : 15

[TRADUCTION]

1. L'enfant a droit à des aliments. Le besoin est présumé.
2. Les *Lignes directrices* présument du montant que le parent débiteur est en mesure de verser selon son revenu établi conformément à l'art. 16.
3. Il n'est pas nécessaire d'établir le comportement répréhensible du parent débiteur.
4. Le parent créancier n'a pas à démontrer l'atteinte à son actif immobilisé.
5. La communication de l'intention de demander une pension alimentaire pour l'enfant n'est pas une condition préalable au prononcé d'une ordonnance rétroactive.
6. L'imposition d'un fardeau déraisonnable au parent débiteur ne doit pas être présumée, mais prouvée; ce fardeau doit être insusceptible d'allégement par des modalités de paiement adaptées. De plus, la raison pour laquelle le débiteur est incapable de s'acquitter de son obligation doit être prise en compte et mise en balance avec l'appauvrissement corrélatif du parent créancier et de l'enfant.
7. Le paiement forfaitaire n'est pas exclu du seul fait qu'il implique un transfert d'actif immobilisé.
8. L'ordonnance rétroactive s'applique à compter de la majoration du revenu du débiteur au sens des *Lignes directrices*, sauf lorsque le débiteur s'est acquitté autrement de l'obligation financière supplémentaire, qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour satisfaire à l'obligation, qu'il a déjà conclu un accord tenant compte des *Lignes directrices* ou que, sans motifs valables, le parent créancier n'a pas fait preuve de diligence. [par. 153]

16 In reaching her conclusions, Paperny J.A. deliberately chose not to attach importance to the fact that the present appeal fell under the jurisdiction of provincial family law, and not federal divorce law. She noted that, in Alberta, courts have applied the *Guidelines* in circumstances of unmarried as well as married parents. Paperny J.A. also held that the same law should apply to interim, trial and variation orders. Accordingly, the principles elaborated in this case were applied without distinction to all the appeals heard by her court.

17 With respect to *D.B.S.*, Paperny J.A. allowed the appeal. Specifically, she felt that Verville J. failed to consider when the obligation to pay support arose, whether the father satisfied his obligation in another manner, whether the previous arrangement between the parents contemplated the *Guidelines*, whether the mother was aware of the father's increased income and, on the whole, whether there were indeed circumstances that militated against a retroactive award. Paperny J.A. also stated that Verville J. should have considered whether the father had established that a retroactive award would cause hardship, whether such hardship could have been alleviated by a creative award and, if not, on whom the burden of the unfulfilled obligation should fall. Finally, she remarked that even if the award might not have helped the children, the potential it had to compensate the mother for her past sacrifices should have been considered.

18 Paperny J.A. returned the matter to a chambers judge to decide the case on the basis of her reasons and the additional considerations listed in s. 9 of the *Guidelines*, which apply to shared custody situations.

2.2 *T.A.R. v. L.J.W.*

19 As in *D.B.S.*, the two parents in this appeal also had three children during the course of a common law relationship. Following their parents' separation in 1991, the children lived with the mother, L.J.W. Some months later, the father started paying

En tirant ses conclusions, la juge Paperny a délibérément omis d'accorder de l'importance au fait que l'appel relevait de la compétence provinciale en matière de droit de la famille, et non de la compétence fédérale sur le divorce. Elle a fait remarquer qu'en Alberta les tribunaux avaient appliqué les *Lignes directrices* à des parents mariés et à des parents qui ne l'étaient pas. Elle a par ailleurs conclu que les mêmes règles devaient s'appliquer à l'ordonnance provisoire, définitive ou modificative. Par conséquent, les principes dégagés dans ce dossier ont été appliqués sans distinction à tous les appels dont la Cour d'appel était saisie.

La juge Paperny a accueilli l'appel dans *D.B.S.* Plus précisément, elle a estimé que le juge Verville ne s'était pas demandé à quel moment avait pris naissance l'obligation de payer une pension alimentaire, si le père s'était acquitté par ailleurs de son obligation, si l'accord intervenu entre les parents tenait compte des *Lignes directrices*, si la mère savait que le revenu du père avait augmenté et si, dans l'ensemble, des circonstances militaient contre une ordonnance rétroactive. La juge Paperny a ajouté que le juge Verville aurait dû se demander si le père avait démontré qu'une ordonnance rétroactive lui aurait causé des difficultés, si une ordonnance empreinte de créativité aurait pu atténuer ces difficultés et, dans la négative, à qui devait incomber l'exécution de l'obligation non remplie. Enfin, elle a fait remarquer que même si l'ordonnance aurait pu ne pas bénéficier aux enfants, il aurait fallu tenir compte de la possibilité qu'elle indemnise la mère pour les sacrifices consentis dans le passé.

La juge Paperny a renvoyé l'affaire à un juge en chambre pour qu'il rende une décision fondée sur ses motifs et sur les autres éléments énumérés à l'art. 9 des *Lignes directrices*, qui s'appliquent en matière de garde partagée.

2.2 *T.A.R. c. L.J.W.*

Comme dans l'affaire *D.B.S.*, trois enfants sont issus de l'union de fait des parties. Après la séparation de leurs parents en 1991, les enfants ont vécu avec leur mère, L.J.W. Quelques mois plus tard, conformément à un accord, le père a commencé

support at the rate of $50 per month per child pursuant to a maintenance agreement. The formal child custody order, which came in the summer of 1991, granted custody to the mother but did not mention child support.

Through the years, both parents began new relationships; the mother is now married and the father resides in a common law relationship. Since their separation, the mother has asked the father for more financial help, but he has refused on the basis that he could not afford to pay more. Nonetheless, an April 22, 2003 consent order increased the father's child support obligation to $300 per month. Some months later, on June 11, 2003, in a part of the order that is not being appealed, Perras J. awarded child support in the amount of $465 per month ([2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569).

In this appeal, the mother seeks retroactive child support for the difference between the amount she was paid in child support and the *Guidelines* amount she claims was due. She has applied for this award to be retroactive to January 1, 1999.

Though he increased the amount of child support on a go-forward basis, Perras J. refused to grant retroactive child support. He recognized that such an award may be ordered in appropriate circumstances, but he decided that this was not an appropriate case. In coming to this conclusion, Perras J. considered that the father earns a "meagre" gross income, that the father had honoured the obligation agreed upon by both parents, that the father advanced a claim of hardship (though he was unsuccessful, based on the criteria listed in the *Guidelines*), that the father incurs substantial expense already in exercising his access rights, and, finally, that the father has not tried to avoid his obligation and has not failed to disclose a greatly increased income.

On appeal, Paperny J.A. reviewed the Alberta Court of Appeal's decision in *D.B.S.* Applying those reasons to this appeal, she held, for a unanimous court, that the matter should be returned to a chambers judge ((2005), 249 D.L.R. (4th) 136, 2005

à verser une pension alimentaire de 50 $ par mois par enfant. Dans le jugement formel rendu à l'été 1991, le tribunal a accordé la garde des enfants à la mère, mais n'a fait nulle mention d'une pension alimentaire pour les enfants.

20 Au fil des ans, les parents ont refait leur vie, la mère convolant en justes noces, et le père vivant de nouveau en union de fait. Depuis leur séparation, la mère a demandé en vain au père d'augmenter sa contribution financière, ce dernier affirmant ne pas en avoir les moyens. Le 22 avril 2003, une ordonnance sur consentement a néanmoins porté à 300 $ par mois le montant de la pension alimentaire pour les enfants. Quelques mois plus tard, le 11 juin 2003, le juge Perras a accordé une pension alimentaire de 465 $ par mois pour les enfants ([2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569); ce volet de l'ordonnance ne fait pas l'objet du pourvoi.

21 La mère demande une ordonnance rétroactive pour combler la différence entre le montant de la pension alimentaire qui lui a été versée pour les enfants et le montant auquel elle aurait eu droit selon les *Lignes directrices*. Elle demande que l'ordonnance rétroagisse au 1er janvier 1999.

22 Le juge Perras a majoré le montant de la pension, mais refusé de rendre une ordonnance rétroactive. Il a reconnu qu'une telle ordonnance pouvait être prononcée lorsque cela était indiqué, mais il a estimé que ce n'était pas le cas en l'espèce. Pour tirer cette conclusion, il a tenu compte du fait que le père gagnait un « maigre » revenu brut, qu'il avait respecté l'obligation découlant de l'accord conclu avec la mère, qu'il avait dit éprouver des difficultés (en vain, étant donné les critères énumérés dans les *Lignes directrices*), qu'il engageait déjà des dépenses importantes dans l'exercice de ses droits de visite et, enfin, qu'il n'avait ni tenté de se soustraire à son obligation ni omis de signaler la hausse substantielle de son revenu.

23 En appel, la juge Paperny a examiné l'arrêt *D.B.S.* de la Cour d'appel de l'Alberta. Reprenant les motifs de cet arrêt, elle a rendu un jugement unanime selon lequel l'affaire devait être renvoyée à un juge en chambre ((2005), 249 D.L.R. (4th) 136,

ABCA 3). Paperny J.A. emphasized that, while Perras J. concluded a retroactive award would place an unfair burden on the father, he did not consider whether that burden could have been alleviated by a creative award and, if not, on whom the burden of the unfulfilled obligation should fall.

2005 ABCA 3). Elle a précisé que même si le juge Perras avait conclu qu'une ordonnance rétroactive aurait imposé un trop lourd fardeau au père, il ne s'était pas demandé si ce fardeau aurait pu être allégé par une ordonnance empreinte de créativité et, dans la négative, à qui devait incomber l'exécution de l'obligation non remplie.

### 2.3 *Henry v. Henry*

### 2.3 *Henry c. Henry*

24 In the other appeal in the trilogy, the parents married in 1984, separated in 1990, and divorced in 1991. They had two children. Upon separation, the father paid $1,200 per month in child support. However, the divorce judgment directed child support of only $700, an amount that "shocked" the mother; she had had difficulties finding competent legal assistance both before and after this judgment.

Dans cet autre volet de la trilogie, les parents se sont mariés en 1984, se sont séparés en 1990 et ont divorcé en 1991. Ils ont eu deux enfants. À compter de la séparation, le père a versé pour les enfants une pension alimentaire de 1 200 $ par mois. Toutefois, au prononcé du divorce, le tribunal n'a accordé qu'un montant de 700 $ au titre de la pension alimentaire pour les enfants, ce qui a « consterné » la mère; elle avait eu du mal à trouver un bon avocat avant et après ce jugement.

25 There were some increases of child support over the years. In February 2000, the father increased support to $1,050. In March 2003, he started paying $1,186 in support. Despite these increases, however, the amount of support paid by the father remained dramatically below what he would have been ordered to pay under the *Guidelines*. Unknown to Ms. Henry, her ex-husband's income had increased dramatically since the divorce. Though his income at the time of the divorce petition was $73,500, by the mid-1990s, it was firmly above $180,000, peaking at $235,034 in 2001.

La pension alimentaire a été majorée au fil des ans. En février 2000, le père a porté son montant à 1 050 $ puis, en mars 2003, à 1 186 $. Cependant, le montant de la pension est demeuré sensiblement inférieur à celui dont le paiement aurait été ordonné suivant les *Lignes directrices*. M^me^ Henry ignorait que le revenu de son ex-mari avait radicalement augmenté. Lors du divorce, il était de 73 500 $; il s'était maintenu à plus de 180 000 $ au milieu des années 1990 et avait atteint 235 034 $ en 2001.

26 In the meantime, Ms. Henry "struggled to provide the two girls with the basic necessities", according to Rowbotham J. ((2003), 20 Alta. L.R. (4th) 300, 2003 ABQB 717, at para. 8). Her income around the time of divorce was $1,500 per month. Accordingly, the children did not enjoy a lifestyle commensurate with the income of their father. Evidence reviewed at trial confirmed that the father was well aware of the financial difficulties suffered by the mother. Still, he had refused to provide financial assistance at various times upon request. To the contrary, he had responded with acrimony and intimidation, generally blaming Ms. Henry for her predicament. On one occasion, Mr. Henry even

La juge Rowbotham a estimé que, dans l'intervalle, M^me^ Henry [TRADUCTION] « s'était efforcée tant bien que mal de subvenir aux besoins essentiels de ses deux filles » ((2003), 20 Alta. L.R. (4th) 300, 2003 ABQB 717, par. 8). Au moment du divorce, son revenu se chiffrait à 1 500 $ par mois. Le niveau de vie des enfants n'était donc pas proportionnel au revenu de leur père. Suivant la preuve entendue au procès, le père était bien au courant des difficultés financières de la mère, mais il lui avait refusé son aide à différentes occasions. Il lui avait même répondu de manière acrimonieuse et menaçante, lui reprochant généralement d'être responsable de sa situation. Une fois, M. Henry a même

asked *her* to pay for their daughter's bus ticket and some expenses when the latter went to visit him. (She did.)

This appeal arises out of Ms. Henry's motion to vary child support, notice of which was served in February 2003. In her judgment, Rowbotham J. stopped just shy of finding that the father engaged in blameworthy conduct, but nevertheless ordered that he pay a retroactive award. Mindful of the potential hardship that could be caused by a retroactive order, she nonetheless decided that the award should be retroactive to July 1, 1997 based on the father's applicable *Guidelines* income.

For the majority at the Court of Appeal, Paperny J.A. applied the *ratio* of *D.B.S.* to the facts and dismissed the appeal ((2005), 249 D.L.R. (4th) 141, 2005 ABCA 5). Hunt J.A. dissented, however, on the date to which the order was retroactive. In her view, Parliament did not intend that support arrangements be varied automatically; fairness demanded that support orders be valid until notice of a claim was given, and respect for the legal system would be undermined if court orders were varied retroactively. Given that Rowbotham J. did not find Mr. Henry to have engaged in blameworthy conduct, she would have awarded child support retroactive only to the date when Ms. Henry signalled an intention to seek increased support, i.e., February 2000.

### 2.4 *Hiemstra v. Hiemstra*

The parents in this appeal were divorced in 1996. Upon divorce, both children of the marriage went to live with the father; therefore, it was the mother who had the initial child support obligation. In November 2000, the son moved in with the mother and the child support payments ceased. In March 2001, a court ordered that the parents divide certain expenses and froze the child support situation (with no payments being made) until November of that year. The parents did not return to court to

demandé *à la mère* de payer le ticket de bus et certaines des dépenses de leur fille pendant qu'elle séjournait chez lui. (M^me^ Henry a accepté.)

Le pourvoi découle de la requête de M^me^ Henry, signifiée en février 2003, visant la modification de la pension alimentaire pour les enfants. Dans son jugement, la juge Rowbotham n'est pas allée jusqu'à dire que le père s'était comporté de façon répréhensible, mais elle lui a quand même ordonné de verser une pension rétroactive. Même si elle était consciente des difficultés financières que cela pouvait occasionner, elle a fait rétroagir l'ordonnance au 1^er^ juillet 1997, compte tenu du revenu du père pour les besoins des *Lignes directrices*. 27

Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Paperny a appliqué la *ratio decidendi* de l'arrêt *D.B.S.* aux faits de l'espèce et rejeté l'appel ((2005), 249 D.L.R. (4th) 141, 2005 ABCA 5). Dissidente, la juge Hunt a toutefois divergé d'opinion quant à la date à laquelle devait rétroagir l'ordonnance. Selon elle, le législateur n'avait pas voulu la modification automatique des accords relatifs aux aliments; l'équité commandait qu'une ordonnance alimentaire demeure valable jusqu'à la signification d'un avis de demande et la modification rétroactive d'une ordonnance était de nature à miner le respect du système judiciaire. Comme la juge Rowbotham n'avait pas conclu que M. Henry s'était comporté de façon répréhensible, la juge Hunt aurait rendu une ordonnance alimentaire rétroagissant seulement au mois de février 2000, soit à la date à laquelle M^me^ Henry avait communiqué son intention de demander la majoration de la pension alimentaire. 28

### 2.4 *Hiemstra c. Hiemstra*

Dans cette affaire, les parents ont divorcé en 1996. Dès lors, les deux enfants issus du mariage ont vécu avec leur père, et c'est la mère qui, initialement, a dû verser une pension alimentaire pour les enfants. En novembre 2000, après que le fils eut emménagé chez elle, elle a cessé de verser la pension. En mars 2001, un tribunal a ordonné aux parents de partager certaines dépenses et maintenu le statu quo quant à la pension alimentaire (absence de versement) jusqu'au mois de novembre 29

resolve the support issue and no further payments were made.

30 In September 2002, the daughter began to attend college. On April 3, 2003, the mother sent the father an e-mail that broached the topic of "financial responsibilities"; the reply from the father suggested, essentially, that the mother knew what she was getting into when she took in the son. He did not start paying support. By February 2004, the daughter had moved out as well, with the consequence that the father supported neither child. The mother supported both.

31 Ms. Hiemstra filed a notice of motion on May 28, 2004 seeking retroactive child support. In deciding this issue, Belzil J. asked whether this was an "appropriate" circumstance for an award. He concluded that it was. He chose to calculate the retroactive award from January 1, 2003 onward, to be paid in the amount of $500 per month, as a "reasonable compromise" that best fits the situation of the parties. He also awarded prospective support for both children in amounts that are not in dispute.

32 On appeal, the Court of Appeal again referred to the principles established in *D.B.S.* Remarking that any error in the date of retroactivity chosen could not have harmed the father, the court dismissed the appeal ((2005), 363 A.R. 281, 2005 ABCA 16).

3. Issues

33 Can a court make an order for retroactive child support? If so, in what circumstances is it appropriate to do so?

4. Relevant Statutory Provisions

34 See Appendix.

de la même année. Les parents ne sont pas retournés devant le tribunal pour régler la question de la pension alimentaire, et aucun autre versement n'a été effectué.

En septembre 2002, la fille des parties a commencé à fréquenter le collège. Le 3 avril 2003, la mère a fait parvenir au père un courriel abordant la question de ses « obligations financières ». Dans sa réponse, le père a essentiellement laissé entendre que la mère savait ce qui l'attendait lorsque son fils avait emménagé chez elle. Il n'a pas versé de pension. Au mois de février 2004, la fille a cessé d'habiter chez le père, si bien que seule la mère subvenait désormais aux besoins des deux enfants.

Le 28 mai 2004, M^me^ Hiemstra a déposé un avis de requête visant l'obtention d'une pension alimentaire rétroactive. Appelé à statuer sur la demande, le juge Belzil s'est demandé si les circonstances « s'y prêtaient », c'est-à-dire si elles justifiaient le prononcé d'une ordonnance rétroactive (motifs oraux). Il a répondu par l'affirmative. Il a ordonné le paiement — rétroactivement au 1^er^ janvier 2003 — d'une pension alimentaire mensuelle de 500 $, estimant qu'il s'agissait du « compromis raisonnable » le mieux adapté à la situation des parties. Il a également ordonné le versement pour l'avenir, au bénéfice des deux enfants, d'une pension alimentaire dont le montant n'est pas contesté.

Se fondant encore une fois sur les principes dégagés dans l'arrêt *D.B.S.*, la Cour d'appel a fait observer que toute erreur dans la détermination de la date à laquelle rétroagissait l'ordonnance ne pouvait avoir causé un préjudice au père, et elle a rejeté l'appel ((2005), 363 A.R. 281, 2005 ABCA 16).

3. Questions en litige

Un tribunal peut-il rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant? Dans l'affirmative, quelles circonstances s'y prêtent?

4. Dispositions législatives pertinentes

Voir l'annexe.

5. Analysis

In my analysis, I first explain some basic principles of child support that are relevant to the question of retroactive awards. While not purporting to supply an exhaustive review, I endeavour to show how the principles found in the federal child support regime are complementary to the ordering of retroactive awards in suitable cases. I then turn to focus more specifically on the question of enforcement, as I elaborate the legal basis for enforcing the unmet child support obligations in these appeals. Finally, I consider the factors that will help determine whether a retroactive award should be ordered, and the content of a retroactive award order.

5.1 *Basic Principles Applicable to the Issue of Retroactive Child Support*

It is trite to declare that the mere fact of parentage places great responsibility upon parents. Upon the birth of a child, parents are immediately placed in the roles of guardians and providers. As La Forest J. wrote in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at p. 62, it is "[f]or obvious reasons [that] society has imposed upon parents the obligation to care for, protect and rear their children."

The parent-child relationship engages not only moral obligations, but legal ones as well. Canadians will be familiar with these legal obligations as they have come to be refined, quantified and amplified through contemporary legislative enactments. But the notion of child support, as a basic obligation of parents, is in no way a recent concept. In 1896, P. B. Mignault wrote that [TRANSLATION] "[t]he principal effect of the recognition, whether voluntary or forced, of illegitimate children is the claim to maintenance it gives the children against their fathers and mothers" (*Le droit civil canadien*, t. 2, 1896, at p. 138). The obligation of support was thus seen to arise automatically, upon birth; in one

5. Analyse

Dans mon analyse, j'explique d'abord certains principes fondamentaux en matière de pensions alimentaires pour enfants qui sont pertinents pour statuer sur la question de la rétroactivité d'une ordonnance. Sans prétendre à l'exhaustivité, je m'emploie à montrer que les principes qui sous-tendent le régime fédéral des pensions alimentaires pour enfants jouent un rôle complémentaire lorsqu'il s'agit de prononcer une ordonnance rétroactive dans un cas qui s'y prête. Je me penche ensuite sur la question de l'exécution de l'ordonnance, en développant le fondement juridique de l'exécution d'une obligation alimentaire non remplie dans les cas considérés en l'espèce. En dernier lieu, j'examine les éléments en fonction desquels le tribunal décidera de l'opportunité d'une ordonnance rétroactive et déterminera sa teneur. 35

5.1 *Principes fondamentaux applicables à la rétroactivité d'une pension alimentaire pour l'enfant*

Il va sans dire que le simple fait d'avoir un enfant confère une grande responsabilité aux parents. Dès la naissance de l'enfant, ces derniers sont appelés à en être les gardiens et à subvenir à ses besoins. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 62, c'est « [p]our des motifs évidents [que] la société a imposé aux parents l'obligation de s'occuper de leurs enfants, de les protéger et de les élever. » 36

La relation parent-enfant comporte des obligations non seulement morales, mais aussi légales. Les Canadiens connaissent ces obligations légales. Des textes législatifs modernes les ont précisées, quantifiées et étendues. La notion de soutien de l'enfant, en tant qu'obligation fondamentale des parents, n'est toutefois pas récente. En 1896, P. B. Mignault écrivait : « Le principal effet de la reconnaissance tant volontaire que forcée des enfants naturels, c'est la créance alimentaire qu'elle donne aux enfants contre leurs père et mère » (*Le droit civil canadien*, t. 2, 1896, p. 138). On considérait donc que l'obligation alimentaire naissait en même temps que son bénéficiaire; ainsi, en 1879, on a 37

1879 case, this meant that a child support award that included a period pre-dating the institution of the mother's action was confirmed on appeal: see *Poissant v. Barrette* (1879), 3 L.N. 12. And in one Ontario case, where the legal foundation for compensating someone who took care of another person's child was questioned, the moral obligation to support the child was still given legal recognition: *Childs v. Forfar* (1921), 51 O.L.R. 210 (S.C., App. Div.). Middleton J. explained his reasoning in these terms:

> While it is the law that there is no civil obligation on the part of a parent to maintain his infant child (*Bazeley v. Forder*, L.R. 3 Q.B. 559), his undoubted moral obligation to do so makes it very easy to find an implied promise to remunerate any person who, at his request or with his knowledge, undertakes to discharge this moral obligation for him: *Latimer v. Hill*, 35 O.L.R. 36, 26 D.L.R. 800, 36 O.L.R. 321, 30 D.L.R. 660. [p. 217]

38 The contemporary approach to child support was delineated by Kelly J.A. in *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130. In that case, the Ontario Court of Appeal established a set of core principles that has been endorsed by this Court in the past and continues to apply to the child support regime today: see *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670. These core principles animate the support obligations that parents have towards their children. They include: child support is the right of the child; the right to support survives the breakdown of a child's parents' marriage; child support should, as much as possible, provide children with the same standard of living they enjoyed when their parents were together; and finally, the specific amounts of child support owed will vary based upon the income of the payor parent.

39 This last principle is of particular importance to the present appeals and merits some further elaboration. The appellants have argued that their obligation at common law is merely to provide the "necessities of life". And it is true that the provision of necessities has traditionally demarcated the border between criminal and non-criminal conduct: see

confirmé en appel une ordonnance alimentaire qui rétroagissait à une date antérieure à celle de l'introduction du recours par la mère : *Poissant c. Barrette* (1879), 3 L.N. 12. Dans une affaire ontarienne où était en cause le fondement juridique de l'indemnisation d'une personne ayant pris soin de l'enfant d'une autre, l'obligation morale de subvenir aux besoins de l'enfant a tout de même été reconnue judiciairement : *Childs c. Forfar* (1921), 51 O.L.R. 210 (C.S., Div. app.). Le juge Middleton a fourni les explications suivantes :

> [TRADUCTION] Bien que, en droit civil, un parent n'ait pas l'obligation de subvenir aux besoins de son jeune enfant (*Bazeley c. Forder*, L.R. 3 Q.B. 559), l'obligation morale qui lui incombe indubitablement à cet égard permet de conclure très aisément à l'existence d'un engagement tacite à rémunérer la personne qui, à sa demande ou à sa connaissance, s'acquitte de cette obligation à sa place : *Latimer c. Hill*, 35 O.L.R. 36, 26 D.L.R. 800, 36 O.L.R. 321, 30 D.L.R. 660. [p. 217]

L'approche moderne en matière d'obligation alimentaire des parents a été établie par le juge Kelly dans l'arrêt *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130. La Cour d'appel de l'Ontario a alors formulé un ensemble de principes fondamentaux que notre Cour a appliqués dans le passé et qui demeurent applicables dans le cadre du régime actuel de pensions alimentaires pour enfants : voir *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670. Ces principes fondamentaux sous-tendent l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants. Au nombre de ces principes, mentionnons que les aliments sont un droit de l'enfant et que ce droit continue d'exister après la rupture du mariage, que les aliments doivent autant que possible permettre à l'enfant de conserver le niveau de vie qu'il avait avant la séparation de ses parents et que le montant de la pension alimentaire est fonction du revenu du parent débiteur.

Ce dernier principe revêt une importance particulière dans les présents pourvois et mérite qu'on s'y attarde. Les appelants ont soutenu qu'en common law, leur obligation consiste simplement à subvenir aux besoins essentiels de leurs enfants. Il est vrai que, par le passé, on a distingué le comportement criminel du comportement non criminel

s. 209 of the *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, and *Childs*, for a statement on the common law. But this low level of support cannot define where a parent's full legal obligation ends.

selon que les besoins essentiels avaient ou non été comblés : voir l'art. 209 du *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, et l'arrêt *Childs* concernant les principes applicables en common law. Or, ce seuil minimal ne saurait définir l'obligation légale de l'un ou l'autre des parents.

It is not novel — now, or when *Paras* was decided 35 years ago — for courts to recognize a support obligation that goes well beyond the obligation to provide mere necessities. Specifically, the income of the payor parent has often been considered in the calculation of support, with the amount due varying depending on the income of the payor parent. For instance, in one 1941 case, an award for the maintenance of a recipient parent and child was explicitly premised on the payor parent's income; when that income was shown to have increased, the amount of support was ordered to be increased as well (though not retroactively): see *McTaggart v. McTaggart*, [1947] O.J. No. 100 (QL) (H.C.J.). That decision cited *Malcolm v. Malcolm* (1919), 46 O.L.R. 198 (H.C.J.), aff'd (1920), 46 O.L.R. 609 (S.C., App. Div.), which connected the general principle that a husband is to provide maintenance for his wife "in proportion to his ability so to do" (p. 200) back to the laws of England. Quebec Civil Law has espoused this principle at least since the *Civil Code of Lower Canada* was enacted in 1866, stating that maintenance is to be granted "in proportion to the wants [*du besoin*] of the party claiming it and the fortune of the party by whom it is due": art. 169.

40 Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps — et bien avant l'arrêt *Paras* rendu il y a 35 ans — l'existence d'une obligation alimentaire qui va bien au-delà de la satisfaction des besoins essentiels. Plus précisément, le revenu du parent débiteur a souvent été pris en compte pour établir la pension alimentaire, le montant exigible variant en fonction de ce revenu. Par exemple, dans une affaire datant de 1941, le montant de l'ordonnance alimentaire en faveur du parent créancier et de l'enfant a expressément été déterminé en fonction du revenu du parent débiteur : sur preuve de l'augmentation de ce revenu, le montant de la pension alimentaire augmentait également (mais sans effet rétroactif) : *McTaggart c. McTaggart*, [1947] O.J. No. 100 (QL) (H.C.J.), citant *Malcolm c. Malcolm* (1919), 46 O.L.R. 198 (H.C.J.), conf. par (1920), 46 O.L.R. 609 (C.S., Div. app.), qui a situé dans les lois d'Angleterre l'origine du principe général selon lequel l'époux doit subvenir aux besoins de son épouse [TRADUCTION] « à proportion de ses ressources » (p. 200). Le droit civil québécois a adhéré au principe au moins dès l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* en 1866, qui disposait que les aliments n'étaient accordés que « dans la proportion *du besoin* de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit » : art. 169.

In rendering his decision in *Paras*, Kelly J.A. followed this tradition. He wrote that the amount of child support should be ascertained based on the care, support and educational needs of the child, and that this sum should then be divided according to the respective incomes and resources of the parents: see pp. 134-35. In this Court's decision in *Richardson*, Kelly J.A.'s comments were related as follows, at p. 869:

41 Pour rendre sa décision dans *Paras*, le juge Kelly, de la Cour d'appel, s'est fondé sur ce principe ancien. Il a écrit que le montant de la pension alimentaire devait être fonction de ce qui est nécessaire pour élever et éduquer l'enfant, lequel montant devrait être réparti entre les parents à proportion de leurs ressources et de leurs revenus respectifs : voir p. 134-135. Dans l'arrêt *Richardson*, notre Cour a renvoyé aux propos du juge Kelly (p. 869) :

> The legal basis of child maintenance is the parents' mutual obligation to support their children according to their need. That obligation should be borne by the

> Le fondement juridique de la pension alimentaire de l'enfant est l'obligation mutuelle qu'ont les parents de subvenir aux besoins de leurs enfants. Cette obligation

parents in proportion to their respective incomes and ability to pay: *Paras v. Paras*, *supra*.

42 Both the *Paras* and *Richardson* decisions were decided at a time when need-based support was the paradigm being followed. In other words, while the amount of child support due was *divided* according to parents' incomes, it was still *determined* primarily on the basis of the child's needs. With the introduction of the *Guidelines*, which came into force on May 1, 1997, Parliament announced an important change to that regime.

43 The *Guidelines* provide a simplified way for parents — and courts — to quantify child support obligations. They respond to the desire to "take the mystery out" of the process (Department of Justice, *Federal Child Support Guidelines Reference Manual* (July 1997), at p. i). This desire was a response to the need-based system, whereby costly — and unpredictable — litigation was often necessary to define what amount of support was due. Not surprisingly, this fact had preoccupied legislators prior to the *Guidelines*: see Hon. Allan Rock (Minister of Justice and Attorney General of Canada), *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., April 25, 1995, at p. 11760. But while they seek to instill efficiency and consistency in child support matters, the *Guidelines* are also attentive to concerns of fairness and flexibility, adopting a "children first" perspective: see *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, at para. 39; *Guidelines*, s. 1.

44 In order to accomplish its goals, the *Guidelines* generally make only two numbers relevant in computing the amount of child support owed: the number of children being supported, and the income of the payor parent. Thus, under the *Guidelines*, not only is the amount of child support divided according to parents' incomes, but it is determined on that basis as well:

> The guidelines will establish without the need for trial the levels of child support to be paid according to the

devrait être assumée par les parents proportionnellement à leurs revenus et moyens financiers respectifs : *Paras v. Paras*, précité.

Les arrêts *Paras* et *Richardson* ont tous deux été rendus à une époque où le montant de la pension alimentaire était fonction des besoins de l'enfant. Autrement dit, même si ce montant était *réparti* entre les parents selon leurs revenus respectifs, il était avant tout *fixé* au regard des besoins de l'enfant. Entrées en vigueur le 1er mai 1997, les *Lignes directrices* ont modifié substantiellement ce régime.

Offrant aux parents — et aux tribunaux — une méthode simplifiée de chiffrer l'obligation alimentaire envers l'enfant, les *Lignes directrices* traduisaient la volonté de « clarifier » le processus (Ministère de la Justice, *Pensions alimentaires pour enfants, Manuel concernant les Lignes directrices fédérales* (juillet 1997), p. i). Elles se veulent une solution de rechange au régime axé sur les besoins dans le cadre duquel la détermination du montant de la pension alimentaire donnait souvent lieu à des procès coûteux dont l'issue était imprévisible. Bien entendu, ce fait avait préoccupé les législateurs avant l'adoption des *Lignes directrices* : voir l'hon. Allan Rock (ministre de la Justice et procureur général du Canada), *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1re sess., 35e lég., 25 avril 1995, p. 11760. Mais bien qu'elles visent à incorporer les notions d'efficacité et d'uniformité dans les instances de pensions alimentaires pour enfants, les *Lignes directrices* se soucient également d'équité et de souplesse, faisant « passer les enfants en premier lieu » : voir *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, par. 39; *Lignes directrices*, art. 1.

Pour atteindre leurs objectifs, les *Lignes directrices* ne retiennent généralement que deux données pour le calcul du montant de la pension alimentaire pour enfants : le nombre d'enfants à charge et le revenu du parent débiteur. De la sorte, le montant de la pension est à la fois réparti et fixé en fonction du revenu des parents :

> Les lignes directrices établiront, sans qu'il soit nécessaire de recourir au tribunal, le montant de la pension

income of the person paying. The amounts are calculated by a formula that takes into account average expenditures on children at various income levels. As income levels increase or decrease so will the parents' contributions to the needs of the children, just as they would if the family had remained together.

(Mr. Gordon Kirkby (Parliamentary Secretary to Minister of Justice and Attorney General of Canada), *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., October 1, 1996, at p. 4901)

The implications of this approach are profound. Except for situations of shared custody, where additional considerations apply, a parent's increase in income will not only increase his/her *share* of the child support burden; it will increase the *total amount* of support owed. Under a pure need-based regime, the underlying theory is that both parents should provide enough support to their children to meet their needs, and that they should share this obligation proportionate to their incomes. But under the general *Guidelines* regime, the underlying theory is that the support obligation itself should fluctuate with the payor parent's income. Under a pure need-based regime, when a payor parent does not increase the amount of his/her support when his/her income increases, it is the *recipient parent* who loses: the recipient parent is the one entitled to receive greater help in meeting the child's needs. But under the general *Guidelines* regime, when a payor parent does not increase the amount of his/her support when his/her income increases, it is the *child* who loses: the child is the one who is entitled to a greater quantum of support in absolute terms.

That said, however, it would be wrong to think that the *Guidelines* represent a complete break from the past. Even before the *Guidelines* came into force, this Court endorsed a more nuanced need-based approach by recognizing that "a significant increase in the means of the payor parent may require that the needs of the child

alimentaire à payer en fonction du revenu de la personne qui paie. Les montants sont calculés d'après une formule qui tient compte des dépenses moyennes consacrées aux enfants selon divers niveaux de revenu. Les contributions des parents pour subvenir aux besoins des enfants augmenteront ou diminueront dans la même mesure que leurs revenus, tout comme cela se ferait si la famille était demeurée unie.

(M. Gordon Kirkby (secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada), *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2e sess., 35e lég., 1er octobre 1996, p. 4901)

45 Cette approche a d'importantes répercussions car, sauf dans le cas de la garde partagée, où d'autres considérations s'appliquent, l'augmentation du revenu de l'un des parents modifiera à la hausse non seulement sa *part* de l'obligation alimentaire envers les enfants, mais également le *montant total* de celle-ci. La thèse qui sous-tend un régime axé uniquement sur les besoins de l'enfant est que les deux parents doivent verser un montant suffisant pour subvenir à ces besoins et qu'ils doivent satisfaire à cette obligation proportionnellement à leurs revenus. Celle qui sous-tend le régime général des *Lignes directrices* est différente : l'obligation alimentaire comme telle fluctue en fonction du revenu du parent débiteur. Dans le cadre d'un régime axé uniquement sur les besoins, le *parent créancier* est désavantagé dès lors que le parent débiteur n'augmente pas le montant de la pension alimentaire malgré la majoration de son revenu : dans ce cas, le parent créancier a droit à une somme plus élevée pour subvenir aux besoins de l'enfant. Suivant le régime général des *Lignes directrices*, l'*enfant* est désavantagé lorsque le parent débiteur n'augmente pas le montant de la pension à proportion de la majoration de son revenu : dans ce cas, l'enfant a droit, en chiffres absolus, à une pension alimentaire plus élevée.

46 Cela dit, il serait toutefois erroné de penser que les *Lignes directrices* rompent radicalement avec le passé. Avant qu'elles n'entrent en vigueur, notre Cour avait déjà adopté une démarche plus nuancée axée sur les besoins en reconnaissant qu'« une augmentation appréciable des ressources du parent débiteur pourrait obliger à inclure dans les besoins

include benefits that previously were not available": *Willick*, at p. 691. By the same token, the *Guidelines* do not impose a regime where the needs of the child are regarded as completely irrelevant. As I wrote in *Francis*, presumptively applicable Table amounts listed for payor parents earning over $150,000 may be altered when they "are so in excess of the children's reasonable needs so as no longer to qualify as child support" (para. 41). Parliament also allows the court to consider "the condition, means, needs and other circumstances of the child" in other situations when the court exercises its discretion in calculating support amounts: ss. 3(2)(*b*) and 9(*c*) of the *Guidelines*.

de l'enfant des avantages auxquels il n'avait pas accès auparavant » : *Willick*, p. 691. De même, les *Lignes directrices* n'établissent pas un régime faisant totalement abstraction des besoins de l'enfant. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Francis*, les montants prévus dans les tables pour le parent débiteur dont le revenu est supérieur à 150 000 $ pourront être modifiés dans les cas où ils « sont tellement supérieurs aux besoins raisonnables des enfants qu'ils ne peuvent plus être considérés comme une pension alimentaire pour enfants » (par. 41). Le législateur permet également au tribunal de tenir compte « des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de l'enfant » dans d'autres situations lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire pour déterminer le montant de la pension alimentaire : al. 3(2)*b*) et 9*c*) des *Lignes directrices*.

47 The *Guidelines* therefore adopt a paradigm that moves away from pure need-based criteria without representing a complete departure from the principles of child support that existed in the past. While the *Guidelines* regime differs from the regime discussed in *Paras* and *Richardson* in important ways, the obligations recognized in the latter have not disappeared. The *Guidelines* do not purport to replace — much less eliminate — the previously recognized system of support obligations. In fact, both the *Divorce Act* and the *Guidelines* seek to apply a new structure to these obligations, building on the premise that they already exist.

Par conséquent, les *Lignes directrices* adoptent un modèle qui s'éloigne des critères axés uniquement sur les besoins sans pour autant rompre entièrement avec les principes applicables par le passé en matière de pension alimentaire pour enfants. Alors que, sous d'importants rapports, le régime établi par les *Lignes directrices* diffère de celui considéré dans les arrêts *Paras* et *Richardson*, les obligations reconnues dans ceux-ci n'ont pas disparu. Les *Lignes directrices* ne visent pas à remplacer les règles antérieures en matière d'obligations alimentaires, encore moins à les supplanter. En fait, tant dans la *Loi sur le divorce* que dans les *Lignes directrices*, le législateur a voulu établir un nouveau cadre, partant du principe que les obligations existaient déjà.

48 This interpretation is supported by language in the *Divorce Act*. For instance, s. 26.1(2) provides:

> The guidelines shall be based on the principle that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation.

This wording suggests that the principle being discussed — "that spouses have a joint financial obligation" — exists prior to the enactment of the provision itself. Further, this principle is not said to be

Cette interprétation est confirmée par le libellé de la *Loi sur le divorce*. Par exemple, le par. 26.1(2) prévoit :

> Les lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation.

Cette formulation donne à entendre que le principe dont il est question — « que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux » — est antérieur à la

dependent on a court order or on any other kind of action by the recipient parent, consistent with pre-*Guidelines* jurisprudence: see *MacMinn*, at para. 15. The *Divorce Act* in the *Guidelines* era thus confirms that there still exists a free-standing obligation for parents to support their children commensurate with their income. Its payor parent income-based approach then shapes this obligation, with the result that the total amount of child support is determined — and not merely divided — according to the income of the payor parent. A parent who fails to do this will have failed to fulfill his/her obligation to his/her children.

disposition elle-même. De plus, conformément à la jurisprudence antérieure aux *Lignes directrices*, il n'est pas précisé que son applicabilité découle d'une ordonnance judiciaire ou de quelque mesure du parent créancier : voir *MacMinn*, par. 15. La *Loi sur le divorce* sous l'ère des *Lignes directrices* confirme donc que les parents ont toujours l'obligation indépendante de subvenir aux besoins de leurs enfants proportionnellement à leurs ressources financières. L'accent mis sur le revenu du parent débiteur façonne ensuite cette obligation, de sorte que le montant total de la pension alimentaire est déterminé — et non simplement réparti — en fonction du revenu du parent débiteur. Le parent qui ne se conforme pas à ce principe manque à son obligation envers l'enfant.

Of course, this federal regime does not apply to all child support situations in Canada. The federal government's jurisdiction over child support is located in its power over divorce: s. 91(26) of the *Constitution Act, 1867*. Where the child support order cannot be seen as an incident of divorce, it is the provinces that have jurisdiction over the matter: see *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205, at p. 211; *Zacks v. Zacks*, [1973] S.C.R. 891, at p. 912.

49 Évidemment, le régime fédéral ne s'applique pas à toutes les demandes de pensions alimentaires pour l'enfant présentées au Canada. La compétence de l'État fédéral en la matière découle de sa compétence sur le divorce : par. 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsque l'ordonnance alimentaire pour l'enfant ne peut être considérée comme une mesure accessoire à un divorce, elle ressortit à la compétence provinciale : voir *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205, p. 211; *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891, p. 912.

In exercising their own power to legislate matters concerning child support, the provinces need not conform to the paradigm espoused by the *Divorce Act* and the *Guidelines*. Two of the present appeals proceed under Alberta's now-repealed *Parentage and Maintenance Act*. Following Alberta jurisprudence encouraging the province's courts to exercise their statutory discretion under the *Parentage and Maintenance Act* consistent with the federal *Guidelines* regime, the parties in those appeals accepted that their cases would be decided substantially as if they fell under the federal system: see *M.C. v. V.Z.* (1998), 228 A.R. 283 (C.A.); *T. (P.) v. B. (R.)* (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 36, 2004 ABCA 244. The Alberta Court of Appeal endorsed this approach in the context of these appeals: see para. 43 of the *D.B.S.* decision.

50 Dans l'exercice de leur propre pouvoir de légiférer en matière de soutien alimentaire des enfants, les provinces ne sont pas tenues d'appliquer les paramètres de la *Loi sur le divorce* et des *Lignes directrices*. Deux des décisions contestées en l'espèce ont été rendues en application d'une loi albertaine désormais abrogée, la *Parentage and Maintenance Act*. Étant donné que la jurisprudence de l'Alberta incite les tribunaux de la province à exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère cette loi de manière compatible avec le régime fédéral établi par les *Lignes directrices*, les parties ont accepté que les litiges soient essentiellement tranchés comme s'ils relevaient du régime fédéral : *M.C. c. V.Z.* (1998), 228 A.R. 283 (C.A.); *T. (P.) c. B. (R.)* (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 36, 2004 ABCA 244. Dans ces affaires, la Cour d'appel de l'Alberta a approuvé cette démarche : voir le par. 43 de l'arrêt *D.B.S.*

51 I will reluctantly accept this proposition for the purposes of deciding these appeals. The parties do not dispute that Alberta courts, under the *Parentage and Maintenance Act*, have the discretion to adopt the paradigm espoused by the federal regime. However, I cannot support a general approach that purports to follow the *Guidelines* whenever a court's discretion under applicable provincial law is invoked. A provincial legislature that affords its courts discretion in determining child support matters is not offering them *carte blanche* to render support orders pursuant to another legislature's will. To read a grant of discretion in this way would offend principles of statutory interpretation as well as the division of powers enshrined in the Constitution.

52 The provincial power to regulate child support matters in contexts not involving divorce must therefore remain unfettered. While it is desirable that the federal and provincial governments treat children of married and unmarried parents the same, this does not mean that the *Guidelines* should trump the legislative will of the provinces. To the contrary, symmetry for married and unmarried parents can be achieved both ways: provinces may choose to adopt the federal regime, but Parliament may also decide to accept provincial solutions. Accordingly, the *Divorce Act* presently ensures consistency within the province by allowing certain provincial regimes to apply to divorces within the province: s. 2(5). It is not for courts to take it upon themselves to create a single, national system of child support.

53 Thus, within constitutional limits, provincial governments are free to adopt a different approach than the one found in the *Divorce Act* and in the *Guidelines*. For instance, a province may choose to implement a regime wherein both parents have joint and several responsibility to support their children according to their needs. In such a situation, any deficit in payment from the payor parent would

C'est à regret que j'accepte ce point de vue pour statuer sur les deux pourvois. Les parties ne contestent pas que sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act*, les tribunaux albertains ont le pouvoir discrétionnaire d'appliquer le modèle inhérent au régime fédéral. Toutefois, je ne peux appuyer une démarche préconisant l'application des *Lignes directrices* chaque fois qu'est invoqué le pouvoir discrétionnaire qu'une loi provinciale confère à un tribunal. Le législateur provincial qui accorde à ses tribunaux un pouvoir discrétionnaire en matière de pensions alimentaires pour enfants ne leur donne pas *carte blanche*, c'est-à-dire qu'il ne leur permet pas de rendre à leur gré des ordonnances fondées sur la volonté d'un autre législateur. Exercer ainsi le pouvoir discrétionnaire va à l'encontre des principes d'interprétation législative et du partage des compétences prévu par la Constitution.

Il ne doit donc pas y avoir d'empiétement sur le pouvoir des provinces de légiférer en matière de pensions alimentaires pour enfants dans un autre contexte que le divorce. S'il est souhaitable que les gouvernements fédéral et provinciaux appliquent les mêmes règles à tous les enfants, que leurs parents soient mariés ou non, cela ne veut pas dire que les *Lignes directrices* doivent faire échec à la volonté des corps législatifs provinciaux. Au contraire, l'objectif de l'égalité de traitement peut être atteint de deux façons : les provinces peuvent opter pour le régime fédéral ou le Parlement peut retenir la solution privilégiée à l'échelon provincial. Ainsi, à l'heure actuelle, la *Loi sur le divorce* assure la cohérence au sein d'une province en permettant l'application de certaines dispositions provinciales aux divorces qui y sont prononcés : par. 2(5). Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de leur propre chef un système national unique de pensions alimentaires pour enfants.

Par conséquent, dans la mesure où il respecte les limites fixées par la Constitution, un gouvernement provincial peut opter pour une autre approche que celle de la *Loi sur le divorce* et des *Lignes directrices*. Une province peut, par exemple, mettre en œuvre un régime qui reconnaît que les deux parents ont envers leur enfant une obligation financière solidaire proportionnée aux besoins de ce dernier.

need to be made up by the recipient parent, such that the child would never be left with an unfulfilled entitlement. To the extent the recipient parent picks up this deficit, then, the child could not seek further compensation from the deficient payor parent. In such a case, the difference between the federal and provincial regimes could mean the difference between finding that the payor parent has an unfulfilled obligation towards his/her children, and finding that no such unfulfilled obligation exists. In the present appeals, having accepted that the general federal paradigm of child support applies equally under the *Parentage and Maintenance Act*, no such difference arises.

Dans un tel cas, si le parent débiteur ne s'acquitte pas en totalité de son obligation, le parent créancier est tenu de combler le déficit, de façon que l'enfant ne soit jamais lésé. Dans la mesure où le parent créancier comble le déficit, l'enfant ne peut tenter d'obtenir davantage du parent débiteur. Dans une telle situation, les différences entre le régime fédéral et le régime provincial pourraient faire en sorte que l'on conclue, sous un régime, à l'inexécution de l'obligation du parent débiteur envers l'enfant et, sous l'autre régime, à l'inexistence d'une obligation inexécutée. Les parties aux présents pourvois ayant consenti à l'application des règles fédérales pour les besoins de la *Parentage and Maintenance Act*, de telles différences ne se présentent pas.

In summary, then, parents have an obligation to support their children in a way that is commensurate with their income. This parental obligation, like the children's concomitant right to support, exists independently of any statute or court order. To the extent the federal regime has eschewed a purely need-based analysis, this free-standing obligation has come to imply that the total amount of child support owed will generally fluctuate based on the payor parent's income. Thus, under the federal scheme, a payor parent who does not increase his/her child support payments to correspond with his/her income will not have fulfilled his/her obligation to his/her children. However, provinces remain free to espouse a different paradigm. When an application for retroactive support is made, therefore, it will be incumbent upon the court to analyze the statutory scheme in which the application was brought. 54

En résumé, les parents ont l'obligation de subvenir aux besoins de leur enfant à proportion de leurs revenus. Cette obligation parentale, tout comme le droit corollaire de l'enfant à des aliments, existe indépendamment de toute loi ou ordonnance judiciaire. Dans la mesure où le régime fédéral a écarté l'approche axée uniquement sur les besoins, cette obligation indépendante suppose désormais que le montant total de la pension alimentaire pour l'enfant fluctuera généralement en fonction du revenu du parent débiteur. Par conséquent, sous le régime fédéral, le parent débiteur qui n'accroît pas le montant de la pension à proportion de l'augmentation de son revenu manque à son obligation alimentaire. Les provinces demeurent toutefois libres d'adopter un autre modèle. Par conséquent, lorsqu'une demande d'ordonnance alimentaire rétroactive est présentée, il incombe au tribunal d'analyser le régime législatif dans lequel elle s'inscrit.

### 5.2 *The Legal Basis for Enforcing the Child Support Obligation Retroactively*

### 5.2 *Le fondement juridique de la rétroactivité de l'ordonnance alimentaire au profit de l'enfant*

In the previous section, I established that a payor parent under the federal regime has the obligation to increase his/her child support payments when his/her income rises. Yet, this conclusion says nothing about the enforcement of this unfulfilled obligation. If retroactive child support awards are to be ordered, the legal basis for making such an order must be found in the applicable law. Again, 55

Dans la partie précédente, j'ai établi que sous le régime fédéral, le parent débiteur a l'obligation d'augmenter le montant de la pension alimentaire pour l'enfant lorsque s'accroît son revenu. Cela ne règle toutefois pas la question de savoir comment obtenir le respect de cette obligation en cas de manquement. Le droit applicable doit être le fondement juridique de toute ordonnance alimentaire

different policy choices made by the federal and provincial governments must be respected.

5.2.1 Application-Based Regimes

56 The above description of the child support system in Canada is replete with notions of free-standing obligations and parental responsibility. However, one must not forget that the regimes enacted by Parliament and the province of Alberta are application-based regimes. Except where a court is already seized of a divorce or separation matter, the court's jurisdiction over child support payments will arise only upon application by a person authorized pursuant to the legislation: see s. 15.1(1) of the *Divorce Act* and s. 7(1) of the *Parentage and Maintenance Act* (the latter provision uses the more permissive language of "an application may be made"). Accordingly, a parent's child support obligation will only be *enforceable* once an application to a court has been made. This policy choice means that the responsibility of ensuring that the proper amount of support is being paid, in practice, does not lie uniquely with the payor parent.

57 There is no doubt, of course, that the federal or provincial government could have chosen a different course. For instance, at s. 25.1, the *Divorce Act* contemplates a federal-provincial agreement through which provincial child support services would be created to recalculate the amount of child support at regular intervals. Such a service would respond to research suggesting that inadequate child support payments are linked to the infrequent updating of child support amounts (see Department of Justice, *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines* (2002), vol. 1, at p. 36). Indeed there may be beneficial outcomes associated with an approach that envisions the automatic tailoring of child support payments to new circumstances, at least in simple situations where the Table amounts in the

rétroactive. Encore une fois, il faut respecter les différents choix de politique générale des gouvernements fédéral et provinciaux.

5.2.1 Régimes fondés sur la présentation d'une demande

La description qui précède du régime canadien de pensions alimentaires pour enfants renvoie abondamment aux notions d'obligation indépendante et d'obligation parentale. Toutefois, il faut se rappeler que l'application des régimes adoptés par le Canada et l'Alberta supposent la présentation d'une demande. Ainsi, à moins qu'il ne soit déjà saisi d'une demande de divorce ou de séparation, le tribunal ne pourra rendre une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant que sur présentation d'une demande par une personne légalement autorisée : voir les par. 15.1(1) de la *Loi sur le divorce* et 7(1) de la *Parentage and Maintenance Act* (cette dernière disposition est moins impérative : [TRADUCTION] « une demande peut être présentée »). Par conséquent, l'obligation de subvenir aux besoins de l'enfant n'est *susceptible d'exécution* qu'une fois le tribunal saisi d'une demande. Ce choix de politique générale implique que l'obligation de faire en sorte que soit versé le juste montant au titre des aliments n'incombe pas, dans les faits, au seul parent débiteur.

Bien sûr, il ne fait pas de doute que les gouvernements fédéral et provinciaux auraient pu choisir une voie différente. L'article 25.1 de la *Loi sur le divorce*, par exemple, prévoit la possibilité d'un accord fédéral-provincial suivant lequel, à intervalles réguliers, un service provincial rajuste le montant de l'ordonnance alimentaire prononcée au profit de l'enfant. Un tel accord donnerait suite aux conclusions de certaines recherches selon lesquelles le caractère inadéquat des pensions alimentaires pour enfants est lié au fait que le montant de celles-ci est rarement réévalué (voir Ministère de la Justice, *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (2002), vol. 1, p. 39). Un moyen permettant de rajuster automatiquement le montant de la pension alimentaire en

*Guidelines* clearly apply. But this path has not yet been chosen and it is not for this Court to force the legislatures' hands in this matter.

The same could be said about automatic disclosure requirements. The *Guidelines* provide, at s. 25, that a payor parent must disclose his/her income not more than once per year upon request by the recipient parent. (Though I assume a single custody situation in my discussion here, I should note that this rule will apply to both parents in a shared custody context, as both of their incomes are relevant in determining the amount of child support due: s. 9 of the *Guidelines*.) Thus the scheme in the *Guidelines* does not burden a payor parent with an automatic disclosure obligation every time his/her income increases: *Walsh v. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577 (C.A.), at paras. 24-25. In crafting this system, Parliament was obviously concerned with the balance between the privacy of payor parents and the expectation of recipient parents that they will be paid the appropriate *Guidelines* amount based on the true income of the payor parent. This is not to suggest that court orders or separation agreements cannot themselves provide for automatic disclosure; to the contrary, if the circumstances so demand, courts may even find disclosure obligations *implicit* in separation agreements: see *Marinangeli v. Marinangeli* (2003), 38 R.F.L. (5th) 307 (Ont. C.A.). But it is not for this Court to second-guess Parliament's policy choice, absent indication that a court ordered, or the parties agreed, otherwise.

Still, the fact that the current child care regime is application-based does not preclude courts from considering retroactive awards. Parliament and the Government of Alberta have placed responsibility on *both* parents to ensure that their children are receiving a proper amount of support. While the payor parent does not shoulder the burden of automatically adjusting payments, or automatically disclosing income increases, this does not mean that

fonction de nouvelles données pourrait effectivement avoir des effets bénéfiques, du moins dans les cas simples où les montants figurant dans les tables des *Lignes directrices* s'appliquent clairement. Or, à ce jour, cette solution n'a pas été retenue, et il n'appartient pas à notre Cour de forcer la main aux législateurs.

58 Il en va de même de l'obligation continuelle de fournir des renseignements. L'article 25 des *Lignes directrices* prévoit que le parent débiteur doit, sur demande et au plus une fois par année, fournir des renseignements sur son revenu au parent créancier. (Bien que, pour les besoins de mon analyse, je suppose que la garde est exclusive, dans le cas d'une garde partagée, cette règle s'applique aux deux parents puisque leurs deux revenus sont pris en compte pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour l'enfant : art. 9 des *Lignes directrices*.) Par conséquent, le régime des *Lignes directrices* n'impose pas au parent débiteur l'obligation de signaler sans délai toute augmentation de revenu : *Walsh c. Walsh* (2004), 69 O.R. (3d) 577 (C.A.), par. 24-25. Le Parlement a manifestement voulu préserver un équilibre entre le droit à la vie privée du parent débiteur et le droit du parent créancier au montant prévu dans les *Lignes directrices*, établi en fonction du véritable revenu du parent débiteur. Je ne veux pas dire qu'une ordonnance alimentaire ou un accord de séparation ne peut prévoir une telle obligation; au contraire, lorsque les circonstances l'exigent, le tribunal peut même voir dans un accord de séparation une obligation *implicite* en ce sens : voir *Marinangeli c. Marinangeli* (2003), 38 R.F.L. (5th) 307 (C.A. Ont.). Mais il n'appartient pas à notre Cour de remettre en question le choix du législateur à défaut d'une indication contraire dans l'ordonnance du tribunal ou l'accord des parties.

59 Néanmoins, même si le régime actuel exige la présentation d'une demande, rien n'empêche le tribunal d'examiner la possibilité de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive. Le Parlement et le gouvernement de l'Alberta ont attribué aux *deux* parents l'obligation de veiller à ce que leurs enfants touchent un juste montant de pension alimentaire. Il n'incombe pas au parent débiteur de rajuster automatiquement les versements ou, lorsque son revenu

(s)he will satisfy his/her child support obligation by doing nothing. If his/her income rises and the amount of child support paid does not, there will remain an unfulfilled obligation that could later merit enforcement by a court.

60 No child support analysis should ever lose sight of the fact that support is the right of the child: *Richardson*, at p. 869. Where one or both parents fail to vigilantly monitor child support payment amounts, the child should not be left to suffer without a remedy. The fact that Parliament and the Alberta legislature have not compelled payor parents to automatically disclose changes in income, so that the amount of child support they owe could be varied accordingly, says nothing about a court's jurisdiction to make retroactive awards once the parties are properly in front of it. In fact, a policy that is permissive of retroactive awards would be perfectly consistent with the rest of the child support system: parents are to be trusted with the responsibility of caring for their children, but courts are not to be discouraged from defending the rights of children when they have the opportunity to do so. Thus, while an application is a necessary trigger to the court's jurisdiction, the court may still retain the power to make a retroactive order once it is properly seized of a matter.

5.2.2 Situations Where Retroactive Awards May Be Ordered

61 There are three separate situations in which it may be appropriate for a court to order that a retroactive award be paid.

5.2.2.1 *Awarding Retroactive Support Where There Has Already Been a Court Order for Child Support to Be Paid*

62 A first situation where a recipient parent may claim retroactive support is where there has already

augmente, de le signaler sans délai, mais il ne s'acquitte pas pour autant de son obligation envers l'enfant en ne faisant rien. Lorsque son revenu augmente et que le montant de la pension alimentaire pour enfants demeure le même, l'obligation n'est pas remplie, ce qui peut justifier une mesure ultérieure d'exécution judiciaire.

Toute analyse de l'obligation alimentaire doit tenir pour acquis que le droit aux aliments appartient à l'enfant : *Richardson*, p. 869. Lorsque les deux parents ou l'un d'eux ne veillent pas à ce que le montant de la pension alimentaire soit approprié, l'enfant ne saurait en subir les conséquences sans qu'un recours ne puisse être exercé. Le fait que le Parlement et le législateur albertain n'ont pas obligé le parent débiteur à signaler sans délai toute modification de son revenu, de manière que le montant de la pension alimentaire soit modifié en conséquence, ne résout pas la question de savoir si un tribunal peut rendre une ordonnance rétroactive lorsque les parties engagent une instance. En fait, une politique permettant la rétroactivité d'une ordonnance serait tout à fait compatible avec les autres caractéristiques du régime de pensions alimentaires pour enfants : on doit supposer que les parents s'acquittent au mieux de leur obligation de prendre soin de l'enfant, mais les tribunaux ne doivent pas être dissuadés de défendre les droits de celui-ci lorsqu'ils ont l'occasion de le faire. Par conséquent, bien que la présentation d'une demande soit une condition préalable à l'exercice de sa compétence, le tribunal peut conserver le pouvoir de rendre une ordonnance rétroactive une fois qu'il a été régulièrement saisi d'une affaire.

5.2.2 Cas dans lesquels une ordonnance rétroactive peut être indiquée

Il existe trois cas distincts où il peut être indiqué de rendre rétroactive une ordonnance alimentaire pour l'enfant.

5.2.2.1 *Un tribunal a déjà ordonné le versement d'une pension alimentaire pour l'enfant*

La première situation dans laquelle le parent créancier peut demander une ordonnance

been a court order for child support, but this amount has been inadequate for some time. The most common cause for an application of this variety would be an increase in the payor parent's income that is not reflected by an increase in the amount of child support paid. In addition to a request for prospective variation, a parent in this situation would ask for a retroactive award representing an additional amount due.

The immediate concern with such retroactive awards is that they disturb the certainty that a payor parent has come to expect: see *Andries v. Andries* (1998), 126 Man. R. (2d) 189 (C.A.), at para. 48. A payor parent who diligently follows the instructions of a court order may expect that (s)he would not be confronted with a claim that (s)he was deficient in meeting his/her obligations. After all, until it is varied, a court order is legally binding. It provides comfort and security to the recipient parent, but it also provides predictability to the payor parent. Put most simply, the payor parent's interest in certainty appears to be most compelling where (s)he has been following a court order.

On the other hand, parents should not have the impression that child support orders are set in stone. Even where an order does not provide for automatic disclosure, variation or review, parents must understand that it is based upon a specific snapshot of circumstances which existed at the time the order was made. For this reason, there is always the possibility that orders may be varied when these underlying circumstances change: see s. 17 of the *Divorce Act*; s. 18(2) of the *Parentage and Maintenance Act*. But even if the parents choose not to seek variation of an order, depending on why (and how freely) this choice was made, the child may still have the right to receive support in the amount that should have been payable. The certainty offered by a court order does not absolve parents of their responsibility to continually ensure that their children receive the appropriate amount of support.

In my view, a court order awarding a certain amount of child support must be considered

rétroactive est celle où un tribunal a ordonné le versement d'une pension alimentaire dont le montant n'est plus approprié depuis un certain temps. L'augmentation du revenu du parent débiteur qui ne s'est pas reflétée dans le montant de la pension alimentaire est généralement à l'origine d'une telle demande. Le parent créancier sollicite alors une ordonnance modificative pour l'avenir et une ordonnance rétroactive pour l'arriéré.

63 Un premier sujet de préoccupation est que la rétroactivité de l'ordonnance va à l'encontre des attentes légitimes du parent débiteur : voir *Andries c. Andries* (1998), 126 Man. R. (2d) 189 (C.A.), par. 48. Le parent débiteur qui suit avec diligence les directives du tribunal peut s'attendre à ne pas faire l'objet d'allégations de manquement à ses obligations. Après tout, jusqu'à ce qu'elle soit modifiée, l'ordonnance du tribunal a force exécutoire. Elle offre non seulement le bien-être et la sécurité au parent créancier, mais également la prévisibilité au parent débiteur. Dit simplement, les attentes du parent débiteur paraissent plus légitimes lorsque ce dernier a observé une ordonnance judiciaire.

64 En revanche, les parents ne devraient pas avoir l'impression que l'ordonnance alimentaire pour l'enfant est coulée dans le béton. Ils doivent comprendre qu'elle tient compte de la situation précise existant au moment où elle est rendue, même lorsqu'elle ne prévoit pas de communication, de modification ou de révision automatique. C'est pourquoi il est toujours possible qu'elle soit modifiée lorsque le contexte factuel change : voir l'art. 17 de la *Loi sur le divorce* et le par. 18(2) de la *Parentage and Maintenance Act*. Mais même lorsque les parents renoncent à demander la modification de l'ordonnance, sous réserves de raisons à l'origine de ce choix (et de la possibilité qu'ils y aient été contraints), l'enfant peut quand même avoir droit à la prestation qui aurait dû être versée. La certitude qu'offre l'ordonnance judiciaire ne dispense pas les parents de leur obligation de toujours veiller à ce que l'enfant bénéficie d'une pension alimentaire dont le montant est approprié.

65 Selon moi, on doit présumer de la validité de l'ordonnance fixant le montant de la pension

presumptively valid. This presumption is necessary not only to maintain the certainty promised by a court order, but also to maintain respect for the legal system itself. It is inappropriate for a court, just as it is inappropriate for a parent, to assume that a previously ordered award is invalid.

66 The presumption that a court order is valid, however, is not absolute. As noted above, the applicable legislation recognizes that a previously ordered award may merit being altered. This power will be triggered by a material change in circumstances. Notably, the coming into force of the *Guidelines* themselves constitutes such a change under the federal regime: s. 14(*c*) of the *Guidelines*. An increase in income that would alter the amount payable by a payor parent is also a material change in circumstances: s. 14 of the *Guidelines*; *Willick*, at p. 688; see also s. 18(2) of the *Parentage and Maintenance Act*. Thus, where the situations of the parents have changed materially since the original order was handed down, that original order may not be as helpful as it once was in defining the parents' obligations.

67 But the question relevant to the present appeals is not merely whether a child support order can be varied prospectively; it is whether it can be varied retroactively. And if so, how can this be reconciled with the presumption against the retroactive application of legislative provisions? To resolve this dilemma, I must refer to the comment I made earlier in these reasons: that the awards contemplated in the present appeals are not truly retroactive. Let me explain.

68 The concern associated with retroactivity is that, from the perspective of the person on whom a retroactive obligation is imposed, the order is arbitrary and unfair: see R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 553-54. Yet a retroactive child support order, as considered in the present appeals, does not involve imposing an obligation on a payor parent that did not exist at the time for which support is being claimed: compare *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 279. As I concluded above, a payor parent

alimentaire. Il le faut pour préserver non seulement la certitude que confère une décision de justice, mais aussi le respect du système judiciaire lui-même. Il ne saurait convenir que le tribunal ou les parents présument de la non-validité d'une ordonnance antérieure.

La présomption de validité n'est toutefois pas absolue. Je l'ai déjà dit, le droit applicable reconnaît qu'il peut être justifié de la modifier. Le tribunal est investi de ce pouvoir lorsque survient un changement de situation important. Ainsi, sous le régime fédéral, l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* constitue un tel changement : al. 14*c*) des *Lignes directrices*. Constitue également un changement de situation important l'augmentation de revenu qui modifie le montant exigible du parent débiteur : art. 14 des *Lignes directrices*; *Willick*, p. 688; voir également le par. 18(2) de la *Parentage and Maintenance Act*. Ainsi, lorsque la situation des parents a changé sensiblement depuis l'ordonnance initiale, celle-ci ne définit peut-être plus correctement les obligations des parents.

Or, en l'espèce, il ne s'agit pas simplement de savoir si une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant peut être modifiée pour l'avenir, mais si elle peut l'être rétroactivement. Dans l'affirmative, comment concilier cette conclusion avec la présomption de non-rétroactivité des dispositions législatives? Pour résoudre ce dilemme, je dois rappeler que les ordonnances considérées dans les présents pourvois ne sont pas vraiment rétroactives. Je m'explique.

Le problème de la rétroactivité est que, du point de vue du débiteur de l'obligation rétroactive, l'ordonnance est arbitraire et injuste : voir R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 553-554. Toutefois, l'ordonnance alimentaire rétroactive considérée dans les présents pourvois n'impose pas au parent débiteur une obligation qui n'existait pas pendant la période pour laquelle la pension alimentaire est demandée : comparer avec l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 279. Comme je l'ai dit, un parent

always has the obligation to pay — and the dependent child always has the right to receive — child support in an amount that is commensurate to his/her income. This obligation is independent of any court order that may have been previously awarded. Accordingly, even where the payor parent has made payments consistent with an existing court order, (s)he would not have been fulfilling his/her obligation to his/her children if those payments did not increase when they should have, according to the applicable law at the time. Thus, the support obligation of a payor parent, while *presumed* to be the amount ordered by a court, will not necessarily be *frozen* to the amount ordered by a court. It is the responsibility of both parents to ensure that the payor parent fulfills his/her actual obligation, tailored to the circumstances at the relevant time. Where they fail in this obligation, a court may order an award that recognizes and corrects this failure. Such an award is in no way arbitrary for the payor parent. To the contrary, it serves to enforce an obligation that should have been fulfilled already.

In ordering that an award be calculated retroactive to a certain date, a court would therefore be acting consistently with the law that existed at the relevant time. While the order itself would be varied with retroactive effect, the obligation that formed the basis of the court's decision would not be imposed after the fact. Because the recipient parent could have arrived at the same result had (s)he applied for an increase in child support earlier, it cannot be said that the court is subjecting the payor parent to legal rules different from those that applied at the relevant time.

Having resolved that the support requested is not truly retroactive, the presumption against retroactive application cannot apply. On application of the regular principles of statutory interpretation, it remains to determine whether courts have the power to vary the original child support awards in the way the respondents request.

Parliament has left no doubt on this issue in the *Divorce Act*. Section 17 unambiguously states that an award may be varied "prospectively or retroactively". Whether the reference to retroactivity

débiteur a toujours l'obligation de verser une pension alimentaire proportionnelle à son revenu, et l'enfant à charge a toujours droit à une telle pension alimentaire. Cette obligation existe indépendamment de toute ordonnance judiciaire antérieure. Par conséquent, le parent débiteur qui verse la somme prévue dans une ordonnance judiciaire ne s'acquitte pas pour autant de son obligation envers l'enfant si cette somme n'a pas été majorée lorsqu'elle aurait dû l'être, suivant le droit alors applicable. Le montant déterminé par le tribunal n'est pas nécessairement *bloqué* même s'il est *présumé* correspondre à l'obligation alimentaire du parent débiteur. Il incombe aux deux parents de faire en sorte que le parent débiteur s'acquitte en temps utile de son obligation réelle, compte tenu des circonstances. S'ils ne le font pas, le tribunal peut constater le manquement et y remédier. L'ordonnance ne soumet nullement le parent débiteur à l'arbitraire. Au contraire, elle fait respecter une obligation dont le parent débiteur aurait dû s'acquitter.

69 En faisant rétroagir une ordonnance alimentaire à une date donnée, le tribunal agirait donc conformément au droit applicable à l'époque considérée. Certes, l'ordonnance serait modifiée de façon rétroactive, mais l'obligation à l'origine de la décision du tribunal ne serait pas imposée après coup. Étant donné que le parent créancier aurait pu obtenir le même résultat en demandant l'augmentation de la pension alimentaire auparavant, on ne peut dire que le tribunal soumet le parent débiteur à des règles juridiques différentes de celles qui s'appliquaient à l'époque en cause.

70 Ayant établi que la pension alimentaire demandée n'est pas vraiment rétroactive, la présomption de non-rétroactivité ne saurait s'appliquer. Reste donc à déterminer si, au regard des principes habituels d'interprétation législative, les tribunaux ont le pouvoir de modifier l'ordonnance alimentaire initiale de la manière souhaitée par les parties intimées.

71 Le Parlement a dissipé tout doute à cet égard à l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, qui prévoit clairement qu'une ordonnance peut être modifiée « rétroactivement ou pour l'avenir ». La question de

merely contemplates the situations brought forth in the present appeals, or whether it might even go further and allow courts to make truly retroactive orders (i.e., orders that enforce obligations that payor parents did not have at the relevant time), is not a matter to be settled in these reasons. It suffices to hold that a court hearing a child support dispute pursuant to the *Divorce Act* will be able to exercise its discretion, in appropriate circumstances, and vary the original award retroactively in the sense contemplated in these appeals.

72 Though Alberta's newer *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, repeats Parliament's explicit reference to "retroactiv[e]" variation at s. 77(2), the situation under Alberta's *Parentage and Maintenance Act* is less clear. In that statute, s. 18(1) simply provides with respect to variation that an "application to vary or terminate an order or a filed agreement may be made to the Court" by certain listed persons. On a contextual reading of the statute, I conclude that this grant of jurisdiction is broad enough to include retroactive variation orders.

73 With respect to child support payments, the paradigm espoused by the *Parentage and Maintenance Act* is one of judicial discretion. For instance, in contrast to the detailed guidelines in the federal and current Alberta regimes, the *Parentage and Maintenance Act* supplied judges with wide discretion in determining the amount of child support payable: see s. 16; *M.C. v. V.Z.*, at para. 9. Similarly, with respect to variation orders, judges are given no further restrictions on how the original order is to be varied, so long as one of the listed substantial changes has occurred: see s. 18(2). In this context, I find it difficult to believe the Alberta legislature intended to deny judges the possibility of awarding retroactive support where the circumstances so demanded. Like the *Divorce Act*, I believe the *Parentage and Maintenance Act* allows courts to make retroactive child support awards where appropriate.

savoir si cette rétroactivité s'entend uniquement de celle considérée dans les présents pourvois ou si elle pourrait aller jusqu'à permettre au tribunal de rendre une ordonnance vraiment rétroactive (qui assujettit le parent débiteur à une nouvelle obligation) n'a pas à être tranchée en l'espèce. Il suffit de conclure que le tribunal appelé à statuer sur un différend relatif au soutien alimentaire d'un enfant sous le régime de la *Loi sur le divorce* pourra, si le cas s'y prête, exercer son pouvoir discrétionnaire et modifier l'ordonnance initiale de façon rétroactive au sens où on l'entend en l'espèce.

Adoptée récemment en Alberta, la *Family Law Act*, S.A. 2003, ch. F-4.5, prévoit elle aussi expressément, au par. 77(2), une modification « rétroactive ». Cependant, la *Parentage and Maintenance Act* de l'Alberta est moins claire à ce chapitre, le par. 18(1) prévoyant simplement : [TRADUCTION] « une demande visant la modification d'une ordonnance ou d'un accord déposé ou son annulation peut être présentée » par les personnes énumérées. Suivant une interprétation contextuelle de la loi, je conclus que cette attribution de compétence est suffisamment large pour permettre le prononcé d'une ordonnance modificative ayant un effet rétroactif.

En ce qui concerne le montant de la pension alimentaire pour l'enfant, la *Parentage and Maintenance Act* s'en remet au pouvoir discrétionnaire. Par exemple, à la différence du régime fédéral et de l'actuel régime albertain qui établissent des paramètres précis, la *Parentage and Maintenance Act* conférait au juge un large pouvoir discrétionnaire pour la fixation du montant de la prestation : voir l'art. 16 et l'arrêt *M.C. c. V.Z.*, par. 9. De même, en ce qui a trait à l'ordonnance modificative, cette loi permettait au tribunal de modifier à son gré l'ordonnance initiale, à condition que soit survenu l'un des changements importants énumérés : voir le par. 18(2). Dans ce contexte, j'ai du mal à croire que le législateur albertain ait voulu refuser au tribunal la possibilité de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive lorsque les circonstances l'exigeaient. Je crois que tout comme la *Loi sur le divorce*, la *Parentage and Maintenance Act* permet au tribunal de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant dans les cas qui s'y prêtent.

In summary, a payor parent who diligently pays the child support amount ordered by a court must be presumed to have fulfilled his/her support obligation towards his/her children. Acting consistently with the court order should provide the payor parent with the benefit of predictability, and a degree of certainty in managing his/her affairs. However, the court order does not absolve the payor parent — or the recipient parent, for that matter — of the responsibility of continually ensuring that the children are receiving an appropriate amount of support. As the circumstances underlying the original award change, the value of that award in defining parents' obligations necessarily diminishes. In a situation where the payor parent is found to be deficient in his/her support obligation to his/her children, it will be open for a court, acting pursuant to the *Divorce Act* or the *Parentage and Maintenance Act*, to vary an existing order retroactively. The consequence will be that amounts that should have been paid earlier will become immediately enforceable.

74 En résumé, le parent débiteur qui verse avec diligence la pension alimentaire fixée par le tribunal est présumé s'acquitter de son obligation alimentaire envers l'enfant. Le respect de l'ordonnance devrait offrir au parent débiteur prévisibilité et, dans une certaine mesure, certitude, pour la gestion de ses affaires. Toutefois, l'ordonnance ne le dispense pas — non plus que le parent créancier, d'ailleurs — de l'obligation de faire en sorte que l'enfant bénéficie toujours d'une pension alimentaire appropriée. L'importance de l'ordonnance initiale dans la définition des obligations des parents décline nécessairement lorsque la situation qui la sous-tend n'est plus la même. Le tribunal qui conclut que le parent débiteur a manqué à son obligation alimentaire pourra, sur le fondement de la *Loi sur le divorce* ou de la *Parentage and Maintenance Act*, modifier une ordonnance de façon rétroactive. Les sommes qui auraient dû être versées antérieurement seront alors recouvrables sans délai.

#### 5.2.2.2 *Awarding Retroactive Support Where There Has Been a Previous Agreement Between the Parents*

A similar, but not identical, situation arises where child support obligations have previously been set out in an agreement between the parents. While many of the same considerations apply to this situation that applied to the situation of a previous court order — e.g., the payor parent's expectation that his/her support obligations have been fully defined — the difference between an agreement and a court order cannot be ignored.

#### 5.2.2.2 *Un accord est intervenu entre les parents*

75 La situation est semblable mais non identique lorsque les parents ont convenu dans un accord de leurs obligations alimentaires envers l'enfant. Bon nombre des considérations qui valent lorsqu'une ordonnance judiciaire a été rendue valent également dans ce cas — p. ex., l'attente du parent débiteur que son obligation alimentaire soit parfaitement délimitée — mais on ne peut faire abstraction de la différence entre un accord et une ordonnance judiciaire.

In *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24, and *Hartshorne v. Hartshorne*, [2004] 1 S.C.R. 550, 2004 SCC 22, I (along with Arbour J. in the former case) discussed the importance of encouraging spouses to resolve their own affairs, as well as the complementary importance of having courts defer to that resolution. These cases dealt with spousal support issues, but many of the same considerations apply in the child support context. Prolonged and adversarial litigation is

76 Dans les arrêts *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24 (de concert avec la juge Arbour), et *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 R.C.S. 550, 2004 CSC 22, j'ai signalé l'importance d'inciter les époux à régler leurs propres affaires et, corollairement, de faire preuve de déférence à l'endroit du règlement. Ces affaires portaient sur l'obligation alimentaire envers un époux, mais de nombreuses considérations s'appliquent également dans le contexte de l'obligation alimentaire envers l'enfant.

just as troubling — if not more so — in the child support context as in the spousal support context.

77 The fact that we are dealing with children must remain of primary significance in a court's analysis. Thus in the *Divorce Act*, Parliament has provided that a court may depart from the *Guidelines* if both parents consent, but only "if it is satisfied that reasonable arrangements have been made for the support of the child to whom the order relates": s. 15.1(7). What is "reasonable" will be determined with reference to the *Guidelines*: s. 15.1(8). Because of this, a payor parent who adheres to a separation agreement that has not been endorsed by a court should not have the same expectation that (s)he is fulfilling his/her legal obligations as does a payor parent acting pursuant to a court order.

78 In most circumstances, however, agreements reached by the parents should be given considerable weight. In so doing, courts should recognize that these agreements were likely considered holistically by the parents, such that a smaller amount of child support may be explained by a larger amount of spousal support for the custodial parent. Therefore, it is often unwise for courts to disrupt the equilibrium achieved by parents. However, as is the case with court orders, where circumstances have changed (or were never as they first appeared) and the actual support obligations of the payor parent have not been met, courts may order a retroactive award so long as the applicable statutory regime permits it: compare *C. (S.E.) v. G. (D.C.)* (2003), 43 R.F.L. (5th) 41, 2003 BCSC 896.

79 Before concluding on this point, I should add that the award may or may not be considered a "variation" of a previous arrangement depending on the applicable legislative regime. This can have important implications on a court's jurisdiction to alter the *status quo*. For instance, the *Parentage and*

Il est tout aussi déplorable — sinon plus — que la procédure judiciaire relative à l'obligation alimentaire se prolonge et soit contradictoire dans le cas où un enfant est en cause que lorsqu'il s'agit d'un époux.

Le fait que des enfants sont en cause doit demeurer une considération primordiale de l'analyse du tribunal. Ainsi, dans la *Loi sur le divorce*, le législateur a prévu que le tribunal peut, avec le consentement des époux, déroger aux *Lignes directrices*, mais seulement « s'il est convaincu que des arrangements raisonnables ont été conclus pour les aliments de l'enfant visé par l'ordonnance » : par. 15.1(7). Le tribunal tient compte des *Lignes directrices* pour déterminer si les arrangements sont « raisonnables » : par. 15.1(8). Partant, le parent débiteur qui est partie à un accord de séparation non entériné par le tribunal ne peut donc être justifié de croire, au même titre que celui qui se conforme à une ordonnance judiciaire, qu'il s'acquitte de son obligation légale.

Toutefois, dans la plupart des cas, le tribunal devrait accorder un poids considérable à l'accord intervenu entre les parents. Il devrait reconnaître que cet accord a vraisemblablement été considéré dans sa globalité par les parents, de sorte qu'une pension alimentaire insuffisante pour l'enfant peut s'expliquer par une pension alimentaire plus élevée pour l'époux gardien. Il serait donc malavisé dans bien des cas de rompre l'équilibre établi par les parents. Cependant, comme dans le cas où une ordonnance judiciaire a été rendue, lorsque la situation a changé (ou qu'elle n'a jamais été celle perçue initialement) et que le parent débiteur ne s'est pas acquitté de son obligation alimentaire véritable, le tribunal peut rendre une ordonnance rétroactive pour autant que le régime législatif applicable le permette : comparer avec *C. (S.E.) c. G. (D.C.)* (2003), 43 R.F.L. (5th) 41, 2003 BCSC 896.

Avant de conclure, je dois ajouter que, selon le régime législatif applicable, l'ordonnance peut être considérée ou non comme la « modification » d'un arrangement antérieur, ce qui peut avoir d'importantes répercussions sur le pouvoir du tribunal d'abolir le statu quo. La *Parentage and Maintenance Act*,

*Maintenance Act* differentiates agreements that were "filed" from those that were not. Agreements falling in the former category can only be varied when certain conditions exist, while courts appear to be free to make orders inconsistent with agreements falling in the latter category: see s. 18(2). Where the legislature accords agreements between parents a special status, courts must be attentive to it.

5.2.2.3 *Awarding Retroactive Support Where There Has Not Already Been a Court Order for Child Support to Be Paid*

Unlike the previous two situations, in this third one, the *status quo* does not involve any existing payment of child support. This fact immediately differentiates the present context in a very important way: absent special circumstances (e.g., hardship or *ad hoc* sharing of expenses with the custodial parent), it becomes unreasonable for the non-custodial parent to believe (s)he was acquitting him/herself of his/her obligations towards his/her children. The non-custodial parent's interest in certainty is generally not very compelling here.

Jurisdiction to award retroactive child support in this circumstance is found in s. 15.1 of the *Divorce Act* and s. 16 of the *Parentage and Maintenance Act*. In the Alberta statute, the legislature simply decrees that an order may be made for payments for the maintenance of the child. Similarly, in the *Divorce Act*, Parliament allows a court to make "an order requiring a spouse to pay for the support of any or all children of the marriage": s. 15.1(1). There is therefore no restriction in either statute as to the date from which the court may order that the award take effect.

In my view, the legislatures left it open for courts to enforce obligations that predate the order itself. This interpretation is consistent with the *Guidelines*, which are meant to "establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means

par exemple, réserve un sort différent à l'accord selon qu'il a été « déposé » ou non. Ce n'est qu'à certaines conditions que l'accord appartenant à la première catégorie peut être modifié, alors que le tribunal semble libre de rendre une ordonnance qui diffère de l'accord appartenant à la seconde : voir le par. 18(2). Si le législateur reconnaît un statut particulier à l'accord entre les parents, le tribunal doit en tenir compte.

5.2.2.3 *Le tribunal n'a pas ordonné le paiement d'une pension alimentaire pour l'enfant*

80 Contrairement aux deux situations analysées précédemment, dans la troisième, le statu quo n'implique pas la poursuite du versement d'une pension alimentaire pour l'enfant. D'emblée, cet élément distingue ce contexte de manière très importante : faute de circonstances exceptionnelles (p. ex., difficultés financières ou partage ponctuel des dépenses avec le parent gardien), le parent non gardien n'a pu raisonnablement croire qu'il s'acquittait de son obligation envers l'enfant. L'attente légitime du parent non gardien ne pèse généralement pas très lourd dans ce cas.

81 C'est l'article 15.1 de la *Loi sur le divorce* et l'art. 16 de la *Parentage and Maintenance Act* qui confèrent alors au tribunal le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l'enfant. La loi albertaine prévoit simplement que le tribunal peut rendre une ordonnance alimentaire au profit de l'enfant. De même, la *Loi sur le divorce* permet au tribunal de « rendre une ordonnance enjoignant à un époux de verser une prestation pour les aliments des enfants à charge ou de l'un d'eux » : par. 15.1(1). Ni l'une ni l'autre des lois ne comportent donc de restrictions quant à la date à partir de laquelle le tribunal peut donner effet à l'ordonnance.

82 Selon moi, les deux législateurs ont laissé au tribunal la possibilité de faire respecter une obligation antérieure à l'ordonnance elle-même. Cette interprétation est compatible avec les *Lignes directrices*, qui visent à « établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin

of both spouses after separation" (s. 1(*a*)). So long as the court is only enforcing an obligation that existed at the relevant time, and is therefore not making a retroactive order in the true sense, I see no reason why courts should be denied the option of making this sort of award.

83 It is true that the term "retroactively" is absent from s. 15.1 of the *Divorce Act*, while Parliament used this explicit wording to demonstrate its intention in s. 17. But I believe this drafting choice can be explained based on my reasoning above. Neither in the case of a retroactive variation order nor in the case of a retroactive original order is the court creating a new obligation for the payor parent and applying it after the fact. However, in the case of a retroactive variation order, the original order itself is indeed being varied retroactively: in the strictest, literal sense, the court order that stated a certain amount was due on a certain date is now being altered — after that date has passed — to state that a greater amount was due. The obligation to pay the greater amount was always present, but the original order had to be changed to reflect that. This feature is not present in the case of retroactive original orders. It is for this reason that I believe Parliament felt it unnecessary to resort to language permitting retroactivity.

84 As is the case for awards varying existing court orders and awards altering previous child support agreements between the parents, courts will have the power to order original retroactive child support awards in appropriate circumstances.

### 5.2.3 Specific Issues Affecting Retroactive Child Support Awards

85 Having established that courts will generally have jurisdiction to make retroactive child support awards, it remains to discuss a couple of issues that could curtail the power of judges to make such awards in specific circumstances.

de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation » (al. 1*a*)). Pour autant que le tribunal s'en tienne au respect d'une obligation qui existait pendant la période en question et, par conséquent, ne prononce pas une ordonnance vraiment rétroactive, je ne vois pas pourquoi on devrait l'empêcher de rendre ce genre d'ordonnance.

Il est vrai que le terme « rétroactivement » n'est pas employé à l'art. 15.1 de la *Loi sur le divorce*, alors qu'il l'est à l'art. 17 pour exprimer l'intention du législateur. Je crois toutefois que le raisonnement qui précède peut expliquer ce choix des rédacteurs. Qu'il rende une ordonnance modificative ou une ordonnance initiale ayant un effet rétroactif, le tribunal n'impose pas une obligation nouvelle au parent débiteur en la faisant respecter après coup. Par contre, dans le premier cas, l'ordonnance initiale est effectivement modifiée de façon rétroactive : au sens littéral le plus strict, l'ordonnance qui prévoyait qu'une certaine somme était payable à une date donnée est modifiée — après cette date — de façon qu'elle prévoie qu'une somme plus élevée était exigible. L'obligation de verser la somme plus élevée a toujours existé, mais l'ordonnance initiale devait être modifiée pour les constater. Cette caractéristique est étrangère à une ordonnance initiale rétroactive. C'est pourquoi, à mon avis, le Parlement a jugé inutile d'utiliser un libellé autorisant l'effet rétroactif.

Tout comme dans le cas d'une ordonnance modifiant une ordonnance ou un accord conclu par les parents pour les aliments de l'enfant, le tribunal aura, dans les cas qui s'y prêtent, le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire initiale ayant un effet rétroactif.

### 5.2.3 Éléments ayant une incidence sur le prononcé d'une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l'enfant

Après avoir déterminé que le tribunal a généralement le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l'enfant, il convient d'examiner quelques éléments qui, dans certaines circonstances, pourraient restreindre ce pouvoir.

5.2.3.1 *Status of the Child*

A first circumstance is where an application is brought which concerns a child who is no longer eligible for support under the relevant scheme. While the federal and provincial regimes differ in how they classify children — the *Divorce Act* refers to a "child of the marriage" while the *Parentage and Maintenance Act* refers to children under 18 years of age — a problem will always arise where a retroactive award is being sought for a person for whom the court does not have jurisdiction to order child support.

The *Parentage and Maintenance Act* is clear in this regard, giving courts the power to order support only for children under the age of 18 or, for certain expenses, within the two years after they were incurred: see s. 16(3). This does not necessarily imply that those over the age of 18 will be ineligible for support. In *T. (P.) v. B. (R.)*, the Alberta Court of Appeal confirmed that such support may be available under the (now-repealed) *Maintenance Order Act*, R.S.A. 1980, c. M-1. Without commenting on the correctness of this decision — which was not the subject of argument in the present appeals — I will merely state that a person for whom support is being requested is obviously able to apply under any applicable statutory regime that provides for such an award. It then becomes a matter of statutory interpretation to determine whether retroactive support is contemplated by that statutory regime, keeping in mind that the provinces are never bound to mirror the statutory regime enacted by Parliament. But where support (including retroactive support) is only requested pursuant to the *Parentage and Maintenance Act*, a court will not have the jurisdiction to order support if the child in question was over 18 at the time the application was made, or if certain expenses occurred more than two years in the past.

5.2.3.1 *Statut de l'enfant*

86 Un premier cas à considérer est celui où la demande vise un enfant qui n'a plus droit aux aliments suivant le régime législatif applicable. Bien que les régimes fédéral et albertain qualifient différemment les enfants — la *Loi sur le divorce* renvoie aux « enfants à charge » et la *Parentage and Maintenance Act* aux enfants âgés de moins de 18 ans —, la demande d'une ordonnance rétroactive au profit d'une personne à l'égard de laquelle le tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner le versement d'une pension alimentaire posera toujours un problème.

87 La *Parentage and Maintenance Act* est claire sur ce point : le tribunal a le pouvoir de prononcer une ordonnance alimentaire seulement au profit d'un enfant âgé de moins de 18 ans ou, en ce qui concerne certains frais, seulement si la demande est présentée dans les deux ans qui suivent la date à laquelle ils sont engagés (par. 16(3)). Il ne s'ensuit pas nécessairement que l'enfant de 18 ans ou plus n'a jamais droit à une pension alimentaire. Dans *T. (P.) c. B. (R.)*, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé qu'une pension pouvait lui être accordée sous le régime de la *Maintenance Order Act*, R.S.A. 1980, ch. M-1 (désormais abrogée). Sans me prononcer sur le bien-fondé de cette décision — qui n'a pas été citée en plaidoirie —, je dirai seulement que le bénéficiaire de la pension alimentaire éventuelle peut de toute évidence fonder sa demande sur tout régime législatif prévoyant l'octroi d'une telle pension alimentaire. La question de savoir si le régime en question permet le prononcé d'une ordonnance rétroactive relève dès lors de l'interprétation législative, étant entendu que les provinces ont toute liberté d'adopter un régime différent de celui établi par le Parlement. Toutefois, lorsque la demande d'ordonnance alimentaire (rétroactive ou non) se fonde uniquement sur la *Parentage and Maintenance Act*, le tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner le versement d'une pension alimentaire lorsque l'enfant avait 18 ans ou plus au moment de la demande ou que plus de deux ans se sont écoulés depuis que les dépenses en cause ont été engagées.

88 The situation under the *Divorce Act* is more complex. Under s. 15.1(1), an order may be made that requires a parent to pay "for the support of any or all children of the marriage". The term "child of the marriage" is defined in s. 2(1) as

> a child of two spouses or former spouses who, at the material time,
>
> (*a*) is under the age of majority and who has not withdrawn from their charge, or
>
> (*b*) is the age of majority or over and under their charge but unable, by reason of illness, disability or other cause, to withdraw from their charge or to obtain the necessaries of life;

The question then arises when the "material time" is for retroactive child support awards. If the "material time" is the time of the application, a retroactive child support award will only be available so long as the child in question is a "child of the marriage" when the application is made. On the other hand, if the "material time" is the time to which the support order would correspond, a court would be able to make a retroactive award so long as the child in question was a "child of the marriage" when increased support should have been due.

89 In their analysis of the *Guidelines*, J. D. Payne and M. A. Payne conclude that the "material time" is the time of the application: *Child Support Guidelines in Canada* (2004), at p. 44. I would agree. While the determination of whether persons stand "in the place of . . . parent[s]" is to be examined with regard to a past time, i.e., the time when the family functioned as a unit, this is because a textual and purposive analysis of the *Divorce Act* leads to this conclusion; but the same cannot be said about the "material time" for child support applications: see *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242, at paras. 33-37. An adult, i.e., one who is over the age of majority and is not dependent, is not the type of person for whom Parliament envisioned child support orders being made. This is true, whether or not this adult should have received greater amounts of child support earlier in his/her life. Child support is for children of the marriage, not adults who used to have that status.

La situation est plus complexe au regard de la *Loi sur le divorce*. Le paragraphe 15.1(1) dispose que le tribunal peut rendre une ordonnance enjoignant à un parent de verser « une prestation pour les aliments des enfants à charge ou de l'un d'eux ». Le terme « enfant à charge » est défini au par. 2(1) :

> Enfant des deux époux ou ex-époux qui, à l'époque considérée, se trouve dans une des situations suivantes :
>
> *a*) il n'est pas majeur et est à leur charge;
>
> *b*) il est majeur et est à leur charge, sans pouvoir, pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, cesser d'être à leur charge ou subvenir à ses propres besoins.

La question se pose alors de savoir ce qu'il faut entendre par « époque considérée ». S'il s'agit de la date de la demande, seul l'enfant qui est alors un « enfant à charge » pourra bénéficier d'une ordonnance rétroactive. Par contre, si l'« époque considérée » correspond à la période pour laquelle l'ordonnance est demandée, le tribunal pourra ordonner le versement d'une pension alimentaire rétroactive si l'enfant était un « enfant à charge » lorsque la pension alimentaire d'un montant supérieur aurait été exigible.

Dans leur analyse des *Lignes directrices*, J. D. Payne et M. A. Payne concluent que l'« époque considérée » correspond au moment de la demande : *Child Support Guidelines in Canada* (2004), p. 44. Je suis d'accord. La question de savoir si une personne « tient lieu de parent » doit être examinée en fonction d'une période antérieure, soit l'époque où une cellule familiale était formée, car une analyse textuelle fondée sur l'objet de la *Loi sur le divorce* mène à cette conclusion. L'« époque considérée » n'est pas la même dans le cas d'une demande de pension alimentaire pour l'enfant : voir *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, par. 33-37. L'adulte, c'est-à-dire une personne majeure qui n'est pas à charge, n'est pas de ceux pour lesquels le Parlement a envisagé le versement d'une pension alimentaire, qu'il ait eu droit ou non à une pension alimentaire plus élevée plus tôt dans sa vie. La pension alimentaire pour l'enfant est destinée à un enfant à charge, et non à un adulte qui a déjà été un enfant à charge.

Under both the *Parentage and Maintenance Act* and the *Divorce Act*, therefore, it will not always be possible for a court to enforce an unfulfilled child support obligation by the payor parent because of the limited enforcement jurisdiction of courts as conferred by statute.

Que ce soit en vertu de la *Parentage and Maintenance Act* ou de la *Loi sur le divorce*, le tribunal ne pourra donc pas toujours faire respecter l'obligation alimentaire du parent débiteur envers l'enfant, étant donné le pouvoir limité que lui confèrent ces lois en matière d'exécution. 90

5.2.3.2 *Federal Jurisdiction for Original Orders*

Federal authority over child support orders can be directly traced to its jurisdiction over divorce. Parliament is only able to legislate child support to the extent it is necessarily ancillary to its power over divorce: *Zacks*, at pp. 900-901. The question arises, therefore, as to whether a court acting pursuant to the federal *Divorce Act* has the jurisdiction to make a retroactive order for child support that predates the application for divorce.

5.2.3.2 *Compétence fédérale sur l'ordonnance initiale*

La compétence fédérale en matière d'ordonnances alimentaires au profit d'un enfant peut être directement rattachée à sa compétence sur le divorce. Le Parlement ne peut légiférer dans le domaine des pensions alimentaires pour enfants que si cela est nécessairement accessoire à sa compétence sur le divorce : *Zacks*, p. 900-901. On peut donc se demander si un tribunal appliquant la *Loi sur le divorce* a le pouvoir de rendre au profit d'un enfant une ordonnance alimentaire rétroagissant à une date antérieure à la demande de divorce. 91

The situations where retroactive support is sought can immediately be contrasted with those where prospective support is sought. In prospective cases, before an application for divorce is filed with the court, support should be sought under provincial law. This is because the federal power over child support only arises from the latter's relationship to an actual divorce and, before the divorce is granted, this jurisdiction does not arise. However, in retroactive cases, the matter is much simpler: in such cases, it is easy to know whether the divorce was ultimately granted. In practice, there is no difficulty ascertaining whether the federal jurisdiction had been triggered at the time of separation. Therefore, with the benefit of hindsight, a court properly seized of a child support dispute between divorced parents will have the jurisdiction to order retroactive support to be payable from a date preceding the application for divorce.

On peut d'emblée distinguer entre la demande d'une pension alimentaire rétroactive et celle d'une pension pour l'avenir. Dans le second cas, avant qu'une instance de divorce ne soit engagée, la demande ressortit au droit provincial. En effet, la compétence fédérale en matière de pensions alimentaires pour enfants n'existe qu'en fonction du divorce, de sorte qu'elle ne peut être exercée avant le prononcé du divorce. Toutefois, la situation est beaucoup plus simple lorsqu'une pension rétroactive est sollicitée, car on peut facilement savoir si le divorce a finalement été prononcé. En pratique, on peut déterminer sans peine si la compétence fédérale était entrée en jeu au moment de la séparation. Par conséquent, avec le recul, un tribunal régulièrement saisi d'un litige opposant des parents divorcés au sujet du soutien alimentaire d'un enfant aura le pouvoir de rendre une ordonnance alimentaire prenant effet à une date antérieure à la demande de divorce. 92

This position is consistent with the Alberta Court of Appeal's reasoning in *Hunt v. Smolis-Hunt* (2001), 97 Alta. L.R. (3d) 238, 2001 ABCA 229. In that case, Berger and Wittmann JJ.A. agreed that a court would have jurisdiction to order

Cette conclusion est compatible avec le raisonnement de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Hunt c. Smolis-Hunt* (2001), 97 Alta. L.R. (3d) 238, 2001 ABCA 229, où les juges Berger et Wittmann ont convenu que, sous le régime de la *Loi sur le divorce*, 93

retroactive support under the *Divorce Act* for a period pre-dating the petition for divorce; however, parents who did not wish to commence divorce proceedings would be left to apply under provincial law: para. 33. Payne and Payne also seem to recognize this jurisdiction, stating that a court "will not ordinarily make an order retroactive to a date prior to the commencement of the divorce proceeding" (p. 392 (emphasis added)). The nuance in their phrase is important: simply because courts have the constitutional authority to make such a retroactive award under the *Divorce Act* does not imply that they should regularly do so. As I will explain below, the presumptive date of retroactivity should not be the date of separation; but in certain circumstances, a court acting under the federal power will find it appropriate to make a child support order from this date, and it will have the jurisdiction to do so.

### 5.3 *Factors to Determine Whether Retroactive Child Support Should Be Ordered*

94 The foregoing analysis only confirms that courts ordering child support will generally have the power to order it retroactively. But having determined that a court may order a retroactive child support award, it becomes necessary to discuss when it should exercise that discretion.

95 It will not always be appropriate for a retroactive award to be ordered. Retroactive awards will not always resonate with the purposes behind the child support regime; this will be so where the child would get no discernible benefit from the award. Retroactive awards may also cause hardship to a payor parent in ways that a prospective award would not. In short, while a free-standing obligation to support one's children must be recognized, it will not always be appropriate for a court to enforce this obligation once the relevant time period has passed.

96 Unlike prospective awards, retroactive awards can impair the delicate balance between certainty

le tribunal avait compétence pour rendre une ordonnance alimentaire s'appliquant antérieurement à la demande de divorce. Cependant, les parents qui ne souhaitent pas entamer une procédure de divorce n'ont d'autre choix que d'invoquer les dispositions provinciales : par. 33. Payne et Payne semblent eux aussi reconnaître cette compétence lorsqu'ils affirment qu'un tribunal [TRADUCTION] « ne rend habituellement pas une ordonnance rétroagissant à une date antérieure à l'instance en divorce » (p. 392 (je souligne)). La nuance est importante : ce n'est pas parce qu'il a le pouvoir constitutionnel de rendre une ordonnance rétroactive en vertu de la *Loi sur le divorce* que le tribunal doit le faire sur une base régulière. Comme je l'explique plus loin, la date à laquelle l'ordonnance est censée rétroagir n'est pas celle de la séparation. Or, dans certaines circonstances, le tribunal exerçant la compétence fédérale pourra juger approprié de donner effet à une ordonnance alimentaire au profit de l'enfant à compter de cette date et il aura le pouvoir de le faire.

### 5.3 *Critères permettant de déterminer s'il y a lieu de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l'enfant*

L'analyse qui précède confirme seulement que le tribunal qui rend une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant a généralement le pouvoir de la faire rétroagir. Cette conclusion rend toutefois nécessaire l'examen des conditions auxquelles ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé.

L'ordonnance rétroactive n'est pas indiquée dans tous les cas. Elle n'est pas toujours au diapason des objectifs du régime de pensions alimentaires pour enfants, notamment lorsque l'enfant n'en tirerait aucun avantage tangible. En outre, l'ordonnance rétroactive peut causer au parent débiteur des difficultés financières que ne lui occasionnerait pas une ordonnance pour l'avenir. En somme, bien qu'il faille reconnaître que les parents ont en soi l'obligation de subvenir aux besoins de l'enfant, il n'est pas toujours opportun que le tribunal fasse respecter cette obligation rétroactivement.

Contrairement à l'ordonnance pour l'avenir, l'ordonnance rétroactive peut, dans ce domaine

and flexibility in this area of the law. As situations evolve, fairness demands that obligations change to meet them. Yet, when obligations appear to be settled, fairness also demands that they not be gratuitously disrupted. Prospective and retroactive awards are thus very different in this regard. Prospective awards serve to define a new and predictable *status quo*; retroactive awards serve to supplant it.

du droit, rompre le subtil équilibre entre la certitude et la souplesse. Lorsque la situation change, l'équité commande que les obligations s'y adaptent. Néanmoins, lorsque les obligations semblent être bien établies, l'équité commande également qu'on ne les modifie pas sans raison. À cet égard, l'ordonnance pour l'avenir diffère donc considérablement de l'ordonnance rétroactive. L'ordonnance pour l'avenir donne naissance à une situation nouvelle et prévisible; l'ordonnance rétroactive la supplante.

Lest I be interpreted as discouraging retroactive awards, I also want to emphasize that they need not be seen as exceptional. It cannot only be exceptional that children are returned the support they were rightly due. Retroactive awards may result in unpredictability, but this unpredictability is often justified by the fact that the payor parent chose to bring that unpredictability upon him/herself. A retroactive award can always be avoided by appropriate action at the time the obligation to pay the increased amounts of support first arose.

97 De crainte de sembler décourager le prononcé d'une ordonnance rétroactive, j'ajoute qu'elle ne doit pas être tenue pour exceptionnelle. Il ne saurait être exceptionnel qu'un enfant se voie accorder rétrospectivement le soutien alimentaire auquel il avait droit. L'ordonnance rétroactive peut être source d'incertitude, mais celle-ci est souvent imputable au parent débiteur lui-même. Il peut toujours s'y soustraire en s'acquittant de son obligation de verser une prestation plus élevée dès qu'elle prend naissance.

Before canvassing the myriad of factors that a court should consider before ordering a retroactive child support award, I also want to mention that these factors are not meant to apply to circumstances where arrears have accumulated. In such situations, the payor parent cannot argue that the amounts claimed disrupt his/her interest in certainty and predictability; to the contrary, in the case of arrears, certainty and predictability militate in the opposite direction. There is no analogy that can be made to the present cases.

98 Avant d'étudier la multitude d'éléments que doit prendre en compte le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant, je tiens à préciser qu'ils ne sont pas censés entrer en ligne de compte lorsqu'il y a des arriérés. Dans ce cas, le parent débiteur ne peut prétendre que la mesure demandée irait à l'encontre de la certitude et de la prévisibilité dont il est censé bénéficier. En effet, s'il y a des arriérés, cet élément milite en faveur de la solution contraire. Aucune analogie ne peut être faite avec les présents pourvois.

I will now proceed to discuss the factors that a court should consider before awarding retroactive child support. None of these factors is decisive. For instance, it is entirely conceivable that retroactive support could be ordered where a payor parent engages in no blameworthy conduct. Thus, the British Columbia Court of Appeal has ordered retroactive support where an interim support award was based on incorrect financial information, even though the initial underestimate was honestly made: see *Tedham v. Tedham* (2003), 20 B.C.L.R. (4th) 56, 2003 BCCA 600. At all times, a court should strive for a holistic view of the matter

99 Je vais maintenant analyser les critères d'attribution d'une ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant. Aucun d'eux n'est déterminant. Par exemple, il est tout à fait concevable de rendre une telle ordonnance lorsque le comportement du parent débiteur n'est pas répréhensible. Ainsi, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné le versement rétroactif d'une pension alimentaire au motif que l'ordonnance alimentaire provisoire avait été rendue sur le fondement de renseignements financiers inexacts, et ce, même si l'erreur — la sous-estimation — avait été involontaire : voir *Tedham c. Tedham* (2003), 20 B.C.L.R.

and decide each case on the basis of its particular factual matrix.

### 5.3.1 Reasonable Excuse for Why Support Was Not Sought Earlier

100 The defining feature linking the present appeals is that an application for child support — either as an original order or a variation — could have been made earlier, but was not. The circumstances that surround the recipient's choice (if it was indeed a voluntary and informed one) not to apply for support earlier will be crucial in determining whether a retroactive award is justified.

101 Delay in seeking child support is not presumptively justifiable. At the same time, courts must be sensitive to the practical concerns associated with a child support application. They should not hesitate to find a reasonable excuse where the recipient parent harboured justifiable fears that the payor parent would react vindictively to the application to the detriment of the family. Equally, absent any such an anticipated reaction on the part of the payor parent, a reasonable excuse may exist where the recipient parent lacked the financial or emotional means to bring an application, or was given inadequate legal advice: see *Chrintz v. Chrintz* (1998), 41 R.F.L. (4th) 219 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 245. On the other hand, a recipient parent will generally lack a reasonable excuse where (s)he knew higher child support payments were warranted, but decided arbitrarily not to apply.

102 Not awarding retroactive child support where there has been unreasonable delay by the recipient parent responds to two important concerns. The first is the payor parent's interest in certainty. Generally, where the delay is attributable to unreasonableness on the part of the recipient parent, and not blameworthy conduct on the part of the payor parent, this interest in certainty will be compelling. Notably, the difference between a reasonable and unreasonable delay often is determined by the conduct of the *payor* parent. A payor parent who

(4th) 56, 2003 BCCA 600. Le tribunal doit toujours s'efforcer de considérer l'affaire dans son ensemble et statuer en fonction du contexte factuel propre à chaque espèce.

### 5.3.1 Motif valable d'avoir tardé à présenter la demande

La caractéristique essentielle commune aux pourvois est que la demande d'ordonnance alimentaire initiale ou modificative aurait pu être présentée plus tôt mais ne l'a pas été. Les circonstances dans lesquelles le parent créancier a omis (à supposer que sa décision ait été volontaire et éclairée) de présenter plus tôt sa demande sont cruciales pour déterminer si une pension alimentaire rétroactive est justifiée.

On ne peut présumer de la justification du retard. Par contre, le tribunal doit se montrer sensible aux craintes d'ordre pratique associées à une telle démarche. Il ne devrait pas hésiter à considérer comme un motif valable la peur légitime du parent créancier que le parent débiteur réagisse de manière vindicative à la demande et ce, au détriment de la famille. De même, en l'absence d'une telle appréhension, le fait que le parent créancier n'a pas été financièrement ou émotionnellement en mesure de présenter une demande ou qu'il a été mal conseillé sur le plan juridique peut constituer un motif valable : voir *Chrintz c. Chrintz* (1998), 41 R.F.L. (4th) 219 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 245. Par ailleurs, le parent créancier n'avait pas de motif valable s'il savait qu'un montant supérieur était exigible, mais qu'il a arbitrairement décidé de ne pas présenter de demande.

Le refus de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive lorsque le parent créancier a tardé sans motif valable à présenter sa demande tient compte de deux préoccupations importantes, la première étant la certitude du parent débiteur. Généralement, lorsque le retard est dû au comportement critiquable du parent créancier, et non au comportement répréhensible du parent débiteur, le poids accordé à cette certitude est important. En fait, le comportement du parent *débiteur* déterminera souvent si le retard est justifié ou non. Le parent débiteur qui

informs the recipient parent of income increases in a timely manner, and who does not pressure or intimidate him/her, will have gone a long way towards ensuring that any subsequent delay is characterized as unreasonable: compare *C. (S.E.) v. G. (D.C.)*. In this context, a recipient parent who accepts child support payments without raising any problem invites the payor parent to feel that his/her obligations have been met.

The second important concern is that recipient parents not be encouraged to delay in seeking the appropriate amount of support for their children. From a child's perspective, a retroactive award is a poor substitute for past obligations not met. Recipient parents must act promptly and responsibly in monitoring the amount of child support paid: see *Passero v. Passero*, [1991] O.J. No. 406 (QL) (Gen. Div.). Absent a reasonable excuse, uncorrected deficiencies on the part of the payor parent that are known to the recipient parent represent the failure of *both* parents to fulfill their obligations to their children.

In deciding that unreasonable delay militates against a retroactive child support award, I am keeping in mind this Court's jurisprudence that child support is the right of the child and cannot be waived by the recipient parent: *Richardson*, at p. 869. In fact, I am not suggesting that unreasonable delay by the recipient parent has the effect of eliminating the payor parent's obligation. Rather, unreasonable delay by the recipient parent is merely a factor to consider in deciding whether a court should exercise its discretion in ordering a retroactive award. This factor gives judges the opportunity to examine the balance between the payor parent's interest in certainty and fairness to his/her children, and to determine the most appropriate course of action on the facts.

5.3.2 Conduct of the Payor Parent

This factor approaches the same concerns as the last one from the opposite perspective. Just as the payor parent's interest in certainty is most compelling where the recipient parent delayed

informe en temps utile le parent créancier de l'augmentation de son revenu et qui ne fait pas pression sur lui ni ne l'intimide s'expose moins à ce qu'un retard subséquent soit tenu pour justifié : comparer avec *C. (S.E.) c. G. (D.C.)*. Dans ce contexte, le parent créancier qui accepte sans broncher une prestation alimentaire pour l'enfant incite le parent débiteur à croire qu'il s'acquitte de son obligation.

103 La deuxième préoccupation importante est de ne pas encourager les parents à différer la demande d'une pension alimentaire convenable pour l'enfant. Pour ce dernier, une ordonnance rétroactive est un piètre substitut au respect d'une obligation antérieure. Le parent créancier doit faire diligence et agir de façon responsable pour que l'enfant bénéficie de la somme à laquelle il a droit : voir *Passero c. Passero*, [1991] O.J. No. 406 (QL) (Div. gén.). À défaut d'un motif valable, le versement d'une prestation insuffisante, lorsque le parent créancier est au courant de l'inadéquation, constitue un manquement des *deux* parents à leurs obligations envers l'enfant.

104 La conclusion qu'un retard injustifié milite contre le prononcé d'une ordonnance alimentaire rétroactive tient compte de la jurisprudence de notre Cour selon laquelle les aliments sont un droit de l'enfant auquel le parent créancier ne peut renoncer : *Richardson*, p. 869. Je ne dis pas que le retard injustifié du parent créancier libère le parent débiteur de son obligation. Ce n'est que l'un des éléments devant être pris en compte par le tribunal pour décider s'il devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et rendre une ordonnance alimentaire rétroactive. Cet élément lui permet d'examiner l'équilibre entre la certitude du parent débiteur et l'équité envers l'enfant, puis d'arrêter la meilleure solution dans les circonstances de l'espèce.

5.3.2 Comportement du parent débiteur

105 Les préoccupations en cause sont les mêmes que pour le critère précédent, mais du point de vue opposé. Tout comme elle a plus de poids lorsque le parent créancier tarde sans motif valable à

unreasonably in seeking an award, the payor parent's interest in certainty is least compelling where (s)he engaged in blameworthy conduct. Put differently, this factor combined with the last establish that each parent's behaviour should be considered in determining the appropriate balance between certainty and flexibility in a given case.

106 Courts should not hesitate to take into account a payor parent's blameworthy conduct in considering the propriety of a retroactive award. Further, I believe courts should take an expansive view of what constitutes blameworthy conduct in this context. I would characterize as blameworthy conduct anything that privileges the payor parent's own interests over his/her children's right to an appropriate amount of support. A similar approach was taken by the Ontario Court of Appeal in *Horner v. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561, at para. 85, where children's broad "interests" — rather than their "right to an appropriate amount of support" — were said to require precedence; however, I have used the latter wording to keep the focus specifically on parents' support obligations. Thus, a payor parent cannot hide his/her income increases from the recipient parent in the hopes of avoiding larger child support payments: see *Hess v. Hess* (1994), 2 R.F.L. (4th) 22 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Whitton v. Shippelt* (2001), 293 A.R. 317, 2001 ABCA 307; *S. (L.)*. A payor parent cannot intimidate a recipient parent in order to dissuade him/her from bringing an application for child support: see *Dahl v. Dahl* (1995), 178 A.R. 119 (C.A.). And a payor parent cannot mislead a recipient parent into believing that his/her child support obligations are being met when (s)he knows that they are not.

107 No level of blameworthy behaviour by payor parents should be encouraged. Even where a payor parent does nothing active to avoid his/her obligations, (s)he might still be acting in a blameworthy manner if (s)he consciously chooses to ignore them. Put simply, a payor parent who knowingly avoids or diminishes his/her support obligation to his/her children should not be allowed to profit from such

présenter sa demande, la certitude du parent débiteur perd de son importance lorsque ce dernier a eu un comportement répréhensible. En d'autres termes, il appert de ce critère et du précédent que le comportement de chacun des parents doit être pris en compte pour établir un équilibre adéquat entre la certitude et la souplesse.

Le tribunal ne doit pas hésiter à tenir compte du comportement répréhensible du parent débiteur pour décider de l'opportunité d'une ordonnance rétroactive. De plus, j'estime qu'en matière d'obligation alimentaire, il doit interpréter largement la notion de comportement répréhensible. Je qualifierais donc de répréhensible tout acte du parent débiteur qui tend à faire passer ses intérêts avant le droit de l'enfant à une pension alimentaire d'un montant approprié. La démarche de la Cour d'appel de l'Ontario a été semblable dans l'arrêt *Horner c. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561, où elle a indiqué au par. 85 que les « intérêts » généraux des enfants — au lieu de leur « droit à une pension alimentaire d'un montant approprié » — devaient primer (j'emploie la seconde expression pour mettre l'accent sur l'obligation alimentaire des parents). Le parent débiteur ne peut donc dissimuler l'augmentation de son revenu au parent créancier dans l'espoir de se soustraire au paiement d'une prestation plus élevée : voir *Hess c. Hess* (1994), 2 R.F.L. (4th) 22 (C. Ont. (Div. gén.)); *Whitton c. Shippelt* (2001), 293 A.R. 317, 2001 ABCA 307; *S. (L.)*. Le parent débiteur ne peut intimider le parent créancier pour le dissuader de demander une pension alimentaire pour l'enfant : voir *Dahl c. Dahl* (1995), 178 A.R. 119 (C.A.). Et le parent débiteur ne peut induire en erreur le parent créancier en lui faisant croire à tort qu'il satisfait à son obligation alimentaire à l'égard de l'enfant.

Nul comportement répréhensible du parent débiteur ne devrait être encouragé. Même lorsqu'il n'accomplit rien de concret pour se soustraire à son obligation, le parent débiteur peut avoir un comportement répréhensible s'il fait délibérément abstraction de celle-ci. Bref, le parent débiteur qui, sciemment, se dérobe à son obligation alimentaire envers l'enfant ou verse une prestation insuffisante

conduct: see *A. (J.) v. A. (P.)* (1997), 37 R.F.L. (4th) 197 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 208-9; *Chrintz*.

On the other hand, a payor parent who does not increase support payments automatically is not necessarily engaging in blameworthy behaviour. Whether a payor parent is engaging in blameworthy conduct is a subjective question. But I would not deny that objective indicators remain helpful in determining whether a payor parent is blameworthy. For instance, the existence of a reasonably held belief that (s)he is meeting his/her support obligations may be a good indicator of whether or not the payor parent is engaging in blameworthy conduct. In this context, a court could compare how much the payor parent should have been paying and how much (s)he actually did pay; generally, the closer the two amounts, the more reasonable the payor parent's belief that his/her obligations were being met. Equally, where applicable, a court should consider the previous court order or agreement that the payor parent was following. Because the order (and, usually, the agreement) is presumed valid, a payor parent should be presumed to be acting reasonably by conforming to the order. However, this presumption may be rebutted where a change in circumstances is shown to be sufficiently pronounced that the payor parent was no longer reasonable in relying on the order and not disclosing a revised ability to pay.

Finally, I should also mention that the conduct of the payor parent could militate against a retroactive award. A court should thus consider whether conduct by the payor parent has had the effect of fulfilling his/her support obligation. For instance, a payor parent who contributes for expenses beyond his/her statutory obligations may have met his/her increased support obligation indirectly. I am not suggesting that the payor parent has the right to choose how the money that should be going to child support is to be spent; it is not for the payor parent to decide that his/her support obligation can be acquitted by buying his/her child a new bicycle: see *Haisman v. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), at paras. 79-80. But having regard to all the circumstances, where it appears to a court that

ne devrait pas pouvoir tirer avantage d'un tel comportement : voir *A. (J.) c. A. (P.)* (1997), 37 R.F.L. (4th) 197 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 208-209; *Chrintz*.

Par contre, le parent débiteur qui n'augmente pas automatiquement le montant de la pension alimentaire n'agit pas nécessairement de manière répréhensible. La subjectivité entre en ligne de compte, mais je ne nie pas l'utilité d'indices objectifs pour trancher la question. Par exemple, la croyance légitime du parent débiteur qu'il s'acquitte de son obligation alimentaire peut constituer un bon indice du caractère non répréhensible de son comportement. Dans un tel contexte, le tribunal pourrait comparer le montant qu'il aurait dû verser et celui qu'il a réellement versé; en général, moins l'écart est grand, plus est légitime la croyance de s'acquitter de son obligation. De même, le tribunal devrait, le cas échéant, tenir compte de tout accord ou ordonnance auquel le parent débiteur s'est conformé. Étant donné que l'ordonnance (tout comme l'accord, en général) est tenue pour valide, il faut présumer que le parent débiteur agit de manière raisonnable en s'y soumettant. Cette présomption peut toutefois être réfutée s'il est établi que la situation a suffisamment changé pour que le parent débiteur ne puisse plus légitimement croire qu'il lui suffit de respecter l'ordonnance pour s'acquitter de son obligation, sans signaler l'accroissement de ses ressources.

Enfin, je mentionne également que le comportement du parent débiteur peut militer contre une ordonnance rétroactive. Le tribunal doit donc déterminer si, au vu de son comportement, le parent débiteur a rempli son obligation alimentaire. Par exemple, le parent débiteur qui participe à certaines dépenses au-delà de ce que prévoit une ordonnance ou un accord peut s'acquitter indirectement de son obligation de verser une pension alimentaire plus élevée. Ce n'est pas que le parent débiteur puisse décider à son gré des postes de dépenses; il ne lui appartient pas de satisfaire à son obligation alimentaire en achetant une nouvelle bicyclette à l'enfant : voir *Haisman c. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), par. 79-80. Mais lorsque, compte tenu de toutes les circonstances, le tribunal

the payor parent has contributed to his/her child's support in a way that satisfied his/her obligation, no retroactive support award should be ordered.

5.3.3 Circumstances of the Child

110 A retroactive award is a poor substitute for an obligation that was unfulfilled at an earlier time. Parents must endeavour to ensure that their children receive the support they deserve when they need it most. But because this will not always be the case with a retroactive award, courts should consider the present circumstances of the child — as well as the past circumstances of the child — in deciding whether such an award is justified.

111 A child who is currently enjoying a relatively high standard of living may benefit less from a retroactive award than a child who is currently in need. As I mentioned earlier, it is a core principle of child support that, after separation, a child's standard of living should approximate as much as possible the standard (s)he enjoyed while his/her parents were together. Yet, this kind of entitlement is impossible to bestow retroactively. Accordingly, it becomes necessary to consider other factors in order to assess the propriety of a retroactive award. Put differently, because the child must always be the focus of a child support analysis, I see no reason to abstract from his/her present situation in determining if a retroactive award is appropriate.

112 Consideration of the child's present circumstances remains consistent with the statutory scheme. While Parliament has moved away from a need-based perspective in child support, it has still generally retained need as a relevant consideration in circumstances where a court's discretion is being exercised: see ss. 3(2)(*b*), 4(*b*)(ii) and 9(*c*) of the *Guidelines*. Some provinces, like Quebec, even provide courts with discretion to alter default child support arrangements, within defined limits, on the basis of need: see art. 587.1 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Unless the applicable regime eliminates need as a consideration in discretionary child support awards altogether, I believe

estime que la contribution du parent débiteur lui a permis de s'acquitter de son obligation alimentaire, nulle ordonnance alimentaire rétroactive ne devrait être rendue.

5.3.3 Situation de l'enfant

L'ordonnance rétroactive est un piètre substitut au respect d'une obligation antérieure. Les parents doivent veiller à ce que l'enfant touche la somme à laquelle il a droit lorsqu'il en a le plus besoin. Mais comme l'ordonnance rétroactive ne permettra pas toujours d'atteindre cet objectif, le tribunal doit tenir compte de la situation actuelle de l'enfant — et de sa situation antérieure — pour décider de l'opportunité d'une telle mesure.

L'enfant qui jouit actuellement d'un niveau de vie relativement élevé bénéficiera moins d'une ordonnance rétroactive que celui qui se trouve actuellement dans le besoin. Je le répète, un principe fondamental veut que, dans la mesure du possible, le niveau de vie de l'enfant demeure le même après la séparation des parents. Or, le respect de ce principe ne saurait être assuré rétroactivement. C'est pourquoi l'examen d'autres critères s'impose pour décider de l'opportunité d'une ordonnance rétroactive. En d'autres termes, puisque l'enfant doit toujours être au centre de l'analyse relative aux aliments auxquels il a droit, je ne vois aucune raison de ne pas considérer sa situation actuelle pour décider s'il y a lieu ou non de prononcer une ordonnance rétroactive.

L'examen de la situation actuelle de l'enfant demeure compatible avec le régime législatif. Le législateur a abandonné le modèle axé sur les besoins de l'enfant pour la fixation du montant de la pension alimentaire, mais il estime généralement que ces besoins sont toujours une considération pertinente lorsque le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire : voir les al. 3(2)*b*) et 9*c*) et le sous-al. 4*b*)(ii) des *Lignes directrices*. Certaines provinces, dont le Québec, confèrent même au tribunal le pouvoir discrétionnaire de modifier, dans certaines limites précises, un arrangement relatif aux aliments de l'enfant en fonction des besoins du bénéficiaire : voir l'art. 587.1 du *Code civil du Québec*,

it remains useful to retain this factor when courts consider retroactive awards.

Because the awards contemplated are retroactive, it is also worth considering the child's needs at the time the support should have been paid. A child who underwent hardship in the past may be compensated for this unfortunate circumstance through a retroactive award. On the other hand, the argument for retroactive child support will be less convincing where the child already enjoyed all the advantages (s)he would have received had both parents been supporting him/her: see *S. (L.)*. This is not to suggest that the payor parent's obligation will disappear where his/her children do not "need" his/her financial support. Nor do I believe trial judges should delve into the past to remedy all old familial injustices through child support awards; for instance, hardship suffered by other family members (like recipient parents forced to make additional sacrifices) are irrelevant in determining whether retroactive support should be owed to the child. I offer these comments only to state that the hardship suffered by children can affect the determination of whether the unfulfilled obligation should be enforced for their benefit.

### 5.3.4 Hardship Occasioned by a Retroactive Award

While the *Guidelines* already detail the role of undue hardship in determining the quantum of a child support award, a broad consideration of hardship is also appropriate in determining whether a retroactive award is justified.

There are various reasons why retroactive awards could lead to hardship in circumstances where a prospective award would not. For instance, the quantum of retroactive awards is usually based on past income rather than present income; in other

L.Q. 1991, ch. 64. À moins que le régime applicable ne les écarte purement et simplement des éléments à considérer pour rendre une ordonnance alimentaire discrétionnaire au profit de l'enfant, j'estime que les besoins demeurent pertinents pour statuer sur une demande d'ordonnance rétroactive.

113 Vu le caractère rétroactif des ordonnances envisagées en l'espèce, il vaut aussi la peine d'examiner les besoins de l'enfant à l'époque où la pension réclamée aurait dû être versée. L'enfant qui a connu des difficultés dans le passé peut obtenir réparation grâce à une ordonnance rétroactive. Par contre, une telle ordonnance est plus difficile à justifier dans le cas où l'enfant a bénéficié de tous les avantages qu'il aurait obtenus si les deux parents avaient subvenu à ses besoins : voir *S. (L.)*. Cela ne veut pas dire que l'obligation du parent débiteur disparaît lorsque l'enfant n'a pas « besoin » de son aide financière. Je ne crois pas non plus que le tribunal de première instance doive revenir en arrière pour corriger toute injustice familiale au moyen d'une pension alimentaire. Par exemple, les difficultés éprouvées par d'autres membres de la famille (comme les sacrifices supplémentaires que le parent créancier a dû consentir) ne sont pas pertinentes pour décider de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité de la pension alimentaire accordée pour l'enfant. Mes remarques visent uniquement à préciser que les difficultés de l'enfant peuvent influer sur la décision de faire respecter ou non à son bénéfice l'obligation dont son père ou sa mère a omis de s'acquitter.

### 5.3.4 Difficultés occasionnées par une ordonnance rétroactive

114 Bien que les *Lignes directrices* prévoient déjà en détail l'incidence des difficultés excessives sur le montant de la pension alimentaire pour l'enfant, il convient également d'examiner les difficultés généralement susceptibles de découler d'une ordonnance rétroactive pour décider de son opportunité.

115 Une ordonnance rétroactive peut parfois causer des difficultés que ne causerait pas une ordonnance pour l'avenir, et ce, pour différentes raisons. Par exemple, on établit habituellement le montant de l'ordonnance rétroactive en fonction du revenu

words, unlike prospective awards, the calculation of retroactive awards is not intrinsically linked to what the payor parent can currently afford. As well, payor parents may have new families, along with new family obligations to meet. On this point, courts should recognize that hardship considerations in this context are not limited to the payor parent: it is difficult to justify a retroactive award on the basis of a "children first" policy where it would cause hardship for the payor parent's other children. In short, retroactive awards disrupt payor parents' management of their financial affairs in ways that prospective awards do not. Courts should be attentive to this fact.

116 I agree with Paperny J.A., who stated in *D.B.S.* that courts should attempt to craft the retroactive award in a way that minimizes hardship (paras. 104 and 106). Statutory regimes may provide judges with the option of ordering the retroactive award as a lump sum, a series of periodic payments, or a combination of the two: see, e.g., s. 11 of the *Guidelines*. But I also recognize that it will not always be possible to avoid hardship. While hardship for the payor parent is much less of a concern where it is the product of his/her own blameworthy conduct, it remains a strong one where this is not the case.

### 5.4 *Determining the Amount of a Retroactive Child Support Award*

117 Once a court determines that a retroactive child support award should be ordered, it must decide the amount of that award. There are two elements to this decision: first, the court must decide the date to which the award should be retroactive, and second, the court must decide the amount of support that would adequately quantify the payor parent's deficient obligations during that time. I will consider each issue in turn.

#### 5.4.1 Date of Retroactivity

118 Having established that a retroactive award is due, a court will have four choices for the date to

antérieur, et non du revenu actuel; en d'autres termes, contrairement à ce qui est le cas pour l'ordonnance pour l'avenir, le montant de la pension rétroactive n'est pas intrinsèquement lié aux ressources actuelles du parent débiteur. De même, le parent débiteur peut avoir une nouvelle famille et, par conséquent, d'autres obligations familiales. Le tribunal doit reconnaître que, dans ce contexte, les difficultés considérées ne touchent pas uniquement le parent débiteur : il est ardu de justifier par le principe de la priorité aux enfants l'ordonnance rétroactive qui cause des difficultés aux autres enfants du parent débiteur. Bref, l'ordonnance rétroactive se distingue de l'ordonnance prospective par la manière dont elle perturbe la gestion des finances du parent débiteur. Le tribunal doit en tenir compte.

Je conviens avec la juge Paperny que le tribunal doit formuler l'ordonnance rétroactive de manière à réduire le plus possible les difficultés (*D.B.S.*, par. 104 et 106). Le régime législatif peut permettre au tribunal de prévoir que le montant de l'ordonnance alimentaire rétroactive sera versé sous forme de capital ou de pension, ou les deux : voir, p. ex., l'art. 11 des *Lignes directrices*. Je reconnais qu'il n'est pas toujours possible d'éviter les difficultés. Celles occasionnées au parent débiteur sont beaucoup moins préoccupantes lorsqu'elles découlent de son comportement répréhensible, mais elles demeurent une préoccupation majeure, surtout lorsqu'elles ne lui sont pas imputables.

### 5.4 *Détermination du montant de la pension alimentaire rétroactive*

Une fois que le tribunal a conclu qu'il convient d'accorder une pension alimentaire rétroactive pour l'enfant, il doit en déterminer le montant. Sa démarche comporte deux volets. Premièrement, il doit arrêter la date à partir de laquelle s'appliquera l'ordonnance. Deuxièmement, il doit évaluer de manière précise l'obligation dont ne s'est pas acquitté le parent débiteur pendant la période ainsi délimitée. J'examinerai ces volets à tour de rôle.

#### 5.4.1 Date de rétroactivité

Après avoir déterminé qu'une pension alimentaire rétroactive est exigible, le tribunal peut choisir

which the award should be retroactive: the date when an application was made to a court; the date when formal notice was given to the payor parent; the date when effective notice was given to the payor parent; and the date when the amount of child support should have increased. For the reasons that follow, I would adopt the date of effective notice as a general rule.

Separation is a difficult time for families. But especially when the interests of children are at stake, it is vital that parents resolve matters arising out of separation promptly. The *Guidelines* and similar provincial schemes facilitate this task by providing a measure of consistency and predictability in child support matters. Still, as I have noted above, these child support regimes do not go so far as to provide for automatically enforceable support orders. Whether dealing with an original order, or circumstances that may merit a variation, the responsibility always lies with parents to negotiate the issue honestly and openly, with the best interests of their children in mind.

Disputes surrounding retroactive child support will generally arise when informal attempts at determining the proper amount of support have failed. Yet, this does not mean that formal recourse to the judicial system should have been sought earlier. To the contrary, litigation can be costly and hostile, with the ultimate result being that fewer resources — both financial and emotional — are available to help the children when they need them most. If parents are to be encouraged to resolve child support matters efficiently, courts must ensure that parents are not penalized for treating judicial recourse as a last resort. Accordingly, the first two start dates for retroactive awards — i.e., the date of application to court and the date of formal notice — ought not be used. So long as the enforcement of child support obligations is triggered by formal legal measures, a perverse incentive is created for recipient parents to avoid the informal resolution of their disputes: *MacNeal v. MacNeal* (1993), 50 R.F.L. (3d) 235 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Steinhuebl v. Steinhuebl*, [1970] 2 O.R. 683 (C.A.). A recipient parent should not have to sacrifice his/her claim for support (or increased support) during the

entre quatre moments celui à partir duquel s'appliquera l'ordonnance : la date de la demande, celle de l'avis formel au parent débiteur, celle de l'information réelle du parent débiteur et celle où le montant de la pension alimentaire aurait dû être majoré. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la date de l'information réelle devrait généralement être retenue.

La séparation est une épreuve pour la famille. 119
Toutefois, il est essentiel que les parents règlent sans tarder les modalités de leur séparation, surtout lorsqu'ils ont des enfants dont les intérêts sont en jeu. Les *Lignes directrices* et les dispositions provinciales apparentées facilitent leur tâche en offrant, dans une certaine mesure, uniformité et prévisibilité en la matière. Néanmoins, je l'ai déjà fait remarquer, elles ne vont pas jusqu'à prévoir une ordonnance alimentaire automatiquement exécutoire. Qu'il s'agisse d'obtenir une ordonnance initiale ou modificative, les parents ont toujours l'obligation de négocier avec honnêteté et transparence en se souciant de l'intérêt de l'enfant.

La question de la rétroactivité éventuelle de 120
la pension alimentaire pour l'enfant ne se posera généralement qu'après l'échec de tentatives informelles d'en établir le juste montant. Cela ne signifie pas pour autant qu'un recours judiciaire aurait dû être exercé plus tôt. Au contraire, une instance peut être coûteuse, ouvrir les hostilités et faire en sorte, au bout du compte, que les parents disposent de moins de ressources financières et émotionnelles au moment où les enfants en ont le plus besoin. Pour inciter les parents à régler au mieux les questions relatives au soutien alimentaire de l'enfant, le tribunal ne doit pas les pénaliser s'ils optent pour la voie judiciaire en dernier recours. C'est pourquoi l'ordonnance ne devrait pas rétroagir à la date de la demande ou de l'avis formel. Faire dépendre l'obligation alimentaire d'une démarche judiciaire formelle aurait l'effet indésirable d'inciter le parent créancier à ne pas tenter de régler le différend de façon informelle : *MacNeal c. MacNeal* (1993), 50 R.F.L. (3d) 235 (C. Ont. (Div. gén.)); *Steinhuebl c. Steinhuebl*, [1970] 2 O.R. 683 (C.A.). Le parent créancier ne devrait pas avoir à sacrifier son droit à la pension alimentaire (ou à sa majoration) pendant

months when (s)he engages in informal negotiation: *Chrintz*; see *Dickie v. Dickie* (2001), 20 R.F.L. (5th) 343 (Ont. S.C.J.).

121 Choosing the date of effective notice as a default option avoids this pitfall. By "effective notice", I am referring to any indication by the recipient parent that child support should be paid, or if it already is, that the current amount of child support needs to be re-negotiated. Thus, effective notice does not require the recipient parent to take any legal action; all that is required is that the topic be broached. Once that has occurred, the payor parent can no longer assume that the *status quo* is fair, and his/her interest in certainty becomes less compelling.

122 Accordingly, by awarding child support from the date of effective notice, a fair balance between certainty and flexibility is maintained. Awaiting legal action from the recipient parent errs too far on the side of the payor parent's interest in certainty, while awarding retroactive support from the date it could have been claimed originally erodes this interest too much. Knowing support is related to income, the payor parent will generally be reasonable in thinking that his/her child's entitlements are being met where (s)he has honestly disclosed his/her circumstances and the recipient parent has not raised the issue of child support.

123 Once the recipient parent raises the issue of child support, his/her responsibility is not automatically fulfilled. Discussions should move forward. If they do not, legal action should be contemplated. While the date of effective notice will usually signal an effort on the part of the recipient parent to alter the child support situation, a prolonged period of inactivity after effective notice may indicate that the payor parent's reasonable interest in certainty has returned. Thus, even if effective notice has already been given, it will usually be inappropriate to delve too far into the past. The federal regime appears to have contemplated this issue by limiting a recipient parent's request for historical

la période de négociation informelle : *Chrintz*; voir *Dickie c. Dickie* (2001), 20 R.F.L. (5th) 343 (C.S.J. Ont.).

Prévoir que l'ordonnance rétroagit de prime abord à la date de l'information réelle permet d'éviter ce piège. J'entends par « information réelle » toute indication du parent créancier qu'une pension alimentaire devrait lui être versée pour l'enfant ou, s'il en touche déjà une, que son montant devrait être révisé. Par conséquent, l'information réelle ne suppose pas l'exercice d'un recours judiciaire par le parent créancier; il suffit que le sujet ait été abordé. Une fois informé, le parent débiteur ne peut plus tenir le statu quo pour équitable, de sorte que sa certitude pèse moins dans la balance.

C'est pourquoi une ordonnance alimentaire rétroagissant à la date de l'information réelle établit un juste équilibre entre la certitude et la souplesse. Faire rétroagir l'ordonnance au moment où le parent créancier emprunte la voie judiciaire ferait trop pencher la balance en faveur de la certitude, et la faire rétroagir à la date à laquelle la demande aurait pu initialement être présentée y porterait indûment atteinte. Comme il sait que le montant de la pension alimentaire dépend du revenu, le parent débiteur aura généralement raison de croire qu'il s'est acquitté de son obligation envers l'enfant lorsqu'il aura informé le parent créancier de sa situation avec honnêteté et que ce dernier n'aura pas abordé la question de la pension alimentaire.

Le parent créancier qui soulève la question de la pension alimentaire n'est pas pour autant libéré de son obligation. Les discussions doivent progresser, sinon une action en justice doit être envisagée. La date de l'information réelle marquera habituellement la prise d'une mesure par le parent créancier pour remédier à la situation, mais une longue période d'inaction pourra de nouveau conforter le parent débiteur dans sa certitude. Ainsi, même lorsqu'il y aura eu information réelle, il ne sera habituellement pas indiqué de remonter trop loin en arrière. Le législateur fédéral semble avoir prévu le coup en faisant porter sur les trois dernières années les renseignements financiers dont

income information to a three-year period: see s. 25(1)(*a*) of the *Guidelines*. In general, I believe the same rough guideline can be followed for retroactive awards: it will usually be inappropriate to make a support award retroactive to a date more than three years before formal notice was given to the payor parent.

The date when increased support should have been paid, however, will sometimes be a more appropriate date from which the retroactive order should start. This situation can most notably arise where the payor parent engages in blameworthy conduct. Once the payor parent engages in such conduct, there can be no claim that (s)he reasonably believed his/her child's support entitlement was being met. This will not only be the case where the payor parent intimidates and lies to the recipient parent, but also where (s)he withholds information. Not disclosing a material change in circumstances — including an increase in income that one would expect to alter the amount of child support payable — is itself blameworthy conduct. The presence of such blameworthy conduct will move the presumptive date of retroactivity back to the time when circumstances changed materially. A payor parent cannot use his/her informational advantage to justify his/her deficient child support payments.

The proper approach can therefore be summarized in the following way: payor parents will have their interest in certainty protected only up to the point when that interest becomes unreasonable. In the majority of circumstances, that interest will be reasonable up to the point when the recipient parent broaches the subject, up to three years in the past. However, in order to avoid having the presumptive date of retroactivity set prior to the date of effective notice, the payor parent must act responsibly: (s)he must disclose the material change in circumstances to the recipient parent. Where the payor parent does not do so, and thus engages in blameworthy behaviour, I see no reason to continue to protect his/her interest in certainty beyond the date when circumstances changed materially. A payor parent should not be permitted to profit from his/her wrongdoing.

le parent créancier peut demander la communication : voir l'al. 25(1)*a*) des *Lignes directrices*. En général, j'estime que la même règle vaut grosso modo pour l'ordonnance rétroactive : il est généralement inopportun de faire rétroagir l'ordonnance à plus de trois ans avant l'information réelle du parent débiteur.

124 Dans certains cas, il y a toutefois lieu de faire rétroagir l'ordonnance alimentaire à la date à laquelle la prestation aurait dû être majorée. Cela peut particulièrement être indiqué lorsque le parent débiteur s'est comporté de manière répréhensible, ce dernier ne pouvant prétendre avoir cru légitimement s'être acquitté de son obligation alimentaire envers l'enfant. Le parent débiteur a un comportement répréhensible non seulement lorsqu'il intimide le parent créancier et lui ment, mais aussi lorsqu'il omet de lui communiquer des renseignements. Ne pas signaler un changement de situation important — y compris une augmentation du revenu susceptible de modifier le montant de la pension alimentaire versée pour l'enfant — est en soi répréhensible. L'existence d'un tel comportement répréhensible fera en sorte que la date de rétroactivité présumée corresponde à celle où la situation a sensiblement changé. Le parent débiteur ne peut se servir de son accès privilégié aux renseignements pour justifier une pension alimentaire insuffisante.

125 En résumé, l'approche qui convient est donc la suivante. La certitude du parent débiteur pèse dans la balance tant qu'elle est légitime. Dans la plupart des cas, elle cesse de l'être lorsque le parent créancier aborde le sujet, et ce, jusqu'à concurrence des trois dernières années. Toutefois, afin que la date de rétroactivité présumée ne soit pas antérieure à la date de l'information réelle, le parent débiteur doit agir de manière responsable en signalant au parent créancier le changement important dans sa situation. S'il ne le fait pas et, de ce fait, se comporte de manière répréhensible, je ne vois aucune raison de respecter sa certitude au-delà de la date du changement important. Le parent débiteur ne devrait pas être admis à profiter de son comportement fautif.

5.4.2 Quantum of the Retroactive Award

126 Finally, a court will need to determine the quantum of the retroactive award. This determination will need to be ascertained consistent with the statutory scheme that applies to the award being ordered.

127 While the *Divorce Act* provides courts with discretion in deciding whether or not a child support award should be ordered, the same cannot be said for the quantum of this award. Both s. 15.1(3) for original orders, and s. 17(6.1) for variation orders, stipulate that a court making an order "shall do so in accordance with the applicable guidelines". Therefore, so long as the date of retroactivity is not prior to May 1, 1997 — i.e., when the *Guidelines* came into force — the *Guidelines* must be followed in determining the quantum of support owed. The *Parentage and Maintenance Act*, on the other hand, does not fetter courts' discretion in determining the quantum of child support awards: see s. 18. Courts awarding retroactive support pursuant to this statute will have greater discretion in tailoring the award to the circumstances.

128 That said, courts ordering a retroactive award pursuant to the *Divorce Act* must still ensure that the quantum of the award fits the circumstances. Blind adherence to the amounts set out in the applicable Tables is not required — nor is it recommended. There are two ways that the federal regime allows courts to affect the quantum of retroactive awards.

129 The first involves exercising the discretion that the *Guidelines* allow. Thus, the presence of undue hardship can yield a lesser award: see s. 10. As stated above, it will generally be easier to show that a retroactive award causes undue hardship than to show that a prospective one does. Further, the categories of undue hardship listed in the *Guidelines* are not closed: see s. 10(2). And in addition to situations of undue hardship, courts may exercise their discretion with respect to quantum in a variety of

5.4.2 Montant de la pension alimentaire rétroactive

Enfin, le tribunal doit fixer le montant de la pension alimentaire rétroactive et ce, conformément au régime législatif applicable à l'ordonnance.

La *Loi sur le divorce* confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire quant à l'octroi d'une pension alimentaire pour l'enfant, mais non quant à son montant. Tant le par. 15.1(3), pour l'ordonnance initiale, que le par. 17(6.1), pour l'ordonnance modificative, disposent que le tribunal rend une ordonnance « conformément aux lignes directrices applicables ». Dans la mesure où la date de rétroactivité n'est pas antérieure à celle de l'entrée en vigueur des *Lignes directrices* — le 1er mai 1997 —, celles-ci doivent donc être appliquées pour établir le montant de la pension alimentaire. Par contre, la *Parentage and Maintenance Act* n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire du tribunal à cet égard : voir l'art. 18. Le tribunal qui rend une ordonnance alimentaire rétroactive sous son régime jouit d'un plus grand pouvoir discrétionnaire pour adapter la pension alimentaire aux circonstances.

Cela dit, le tribunal qui rend une ordonnance alimentaire rétroactive sous le régime de la *Loi sur le divorce* doit tout de même faire en sorte que le montant de la pension convienne à la situation. Il n'est ni nécessaire ni recommandé qu'il s'en tienne aveuglément aux montants prévus dans les tables applicables. Le régime fédéral lui offre deux avenues pour influer sur le montant de l'ordonnance alimentaire rétroactive.

La première est l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les *Lignes directrices*. Ainsi, les difficultés excessives peuvent justifier un montant moins élevé : voir l'art. 10. Je le rappelle, il est généralement plus facile d'établir que des difficultés excessives seront causées par une ordonnance rétroactive que par une ordonnance pour l'avenir. Par ailleurs, les exemples de difficultés excessives donnés par les *Lignes directrices* ne sont pas limitatifs : voir le par. 10(2). Le tribunal peut en outre,

other circumstances under the *Guidelines*: see ss. 3(2), 4 and 9.

A second way courts can affect the quantum of retroactive awards is by altering the time period that the retroactive award captures. While I stated above that the date of effective notice should be chosen as a general rule, this will not always yield a fair result. For instance, where a court finds that there has been an unreasonable delay after effective notice was given, it may be appropriate to exclude this period of unreasonable delay from the calculation of the award. Unless the statutory scheme clearly directs another outcome, a court should not order a retroactive award in an amount that it considers unfair, having regard to all the circumstances of the case.

5.5 *Summary*

Child support has long been recognized as a crucial obligation that parents owe to their children. Based on this strong foundation, contemporary statutory schemes and jurisprudence have confirmed the legal responsibility of parents to support their children in a way that is commensurate to their income. Combined with an evolving child support paradigm that moves away from a need-based approach, a child's right to increased support payments given a parental rise in income can be deduced.

In the context of retroactive support, this means that a parent will not have fulfilled his/her obligation to his/her children if (s)he does not increase child support payments when his/her income increases significantly. Thus, previous enunciations of the payor parent's obligations may cease to apply as the circumstances that underlay them continue to change. Once parents are in front of a court with jurisdiction over their dispute, that court will generally have the power to order a retroactive award that enforces the unfulfilled obligations that have accrued over time.

In determining whether to make a retroactive award, a court will need to look at all the relevant

sous leur régime, exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer le montant de la prestation dans diverses autres circonstances : voir le par. 3(2) et les art. 4 et 9.

130 La seconde avenue est la modification de la période de rétroactivité. Même si la date de l'information réelle me paraît être celle qu'il convient généralement de privilégier, le résultat n'est pas toujours équitable. Par exemple, lorsque le tribunal conclut qu'après l'information réelle, il y a eu retard injustifié à agir, il peut être indiqué de soustraire la durée de ce retard de la période de rétroactivité. À moins que le régime législatif ne commande clairement une autre solution, le tribunal ne devrait pas rendre une ordonnance alimentaire rétroactive dont il juge le montant injuste compte tenu de toutes les circonstances.

5.5 *Résumé*

131 Il est depuis longtemps reconnu que les parents ont l'obligation fondamentale de subvenir aux besoins de l'enfant. Guidés par ce principe bien arrêté, les régimes législatifs et la jurisprudence confirment de nos jours que les parents sont également tenus de subvenir aux besoins de l'enfant en fonction de leur revenu. Cette obligation, de pair avec un modèle en constante évolution qui rejette l'approche axée sur les besoins, permet de déduire que l'enfant a droit à une pension alimentaire majorée lorsque les revenus de ses parents augmentent.

132 Dans le contexte d'une ordonnance rétroactive, il s'ensuit que le parent ne satisfait pas à son obligation envers l'enfant s'il ne rajuste pas à la hausse la pension qu'il verse pour lui lorsque son revenu augmente sensiblement. L'obligation du parent débiteur déterminée antérieurement peut donc cesser de s'appliquer lorsque la situation qui la sous-tend continue d'évoluer. Le tribunal compétent saisi pourra généralement rendre une ordonnance rétroactive faisant respecter l'obligation née à un certain moment, mais demeurée inexécutée.

133 Le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance rétroactive doit examiner toutes les circonstances

circumstances of the case in front of it. The payor parent's interest in certainty must be balanced with the need for fairness and for flexibility. In doing so, a court should consider whether the recipient parent has supplied a reasonable excuse for his/her delay, the conduct of the payor parent, the circumstances of the child, and the hardship the retroactive award might entail.

134 Once a court decides to make a retroactive award, it should generally make the award retroactive to the date when effective notice was given to the payor parent. But where the payor parent engaged in blameworthy conduct, the date when circumstances changed materially will be the presumptive start date of the award. It will then remain for the court to determine the quantum of the retroactive award consistent with the statutory scheme under which it is operating.

135 The question of retroactive child support awards is a challenging one because it only arises when at least one parent has paid insufficient attention to the payments his/her child was owed. Courts must strive to resolve such situations in the fairest way possible, with utmost sensitivity to the situation at hand. But there is unfortunately little that can be done to remedy the fact that the child in question did not receive the support payments (s)he was due at the time when (s)he was entitled to them. Thus, while retroactive child support awards should be available to help correct these situations when they occur, the true responsibility of parents is to ensure that the situation never reaches a point when a retroactive award is needed.

6. Application to the Facts

136 Before proceeding to apply the above reasoning to the facts of the four appeals, I should repeat the standard of review that applies to these decisions. The relevant passage can be found in this Court's decision in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, at para. 11:

> [A]ppeal courts should not overturn support orders unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong.

pertinentes. Il doit établir un équilibre entre, d'une part, la certitude du parent débiteur et, d'autre part, l'équité et la souplesse requises. Pour ce faire, il doit déterminer si le parent créancier avait un motif valable de différer la demande tout en tenant compte du comportement du parent débiteur, de la situation de l'enfant et des difficultés qu'une ordonnance rétroactive pourrait causer.

Le tribunal qui décide de rendre une ordonnance rétroactive devrait généralement la faire rétroagir à la date de l'information réelle du parent débiteur. Toutefois, lorsque ce dernier s'est comporté de façon répréhensible, l'ordonnance sera présumée prendre effet à la date à laquelle la situation a sensiblement changé. Le tribunal devra ensuite déterminer le montant de l'ordonnance alimentaire rétroactive conformément au régime législatif applicable.

La question de la rétroactivité d'une ordonnance dans le contexte de l'obligation alimentaire envers l'enfant est difficile, car elle ne se pose qu'au moment où l'un des parents au moins n'a pas été suffisamment vigilant quant à la somme due. Le tribunal doit s'efforcer de corriger la situation le plus équitablement possible, tout en se montrant très sensible aux circonstances de l'espèce. Or, le tribunal dispose malheureusement de bien peu d'outils pour remédier au fait que l'enfant n'a pas bénéficié de la pension alimentaire à laquelle il avait droit lorsqu'il en avait besoin. C'est pourquoi, malgré la possibilité d'une ordonnance alimentaire rétroactive, il revient d'abord aux parents de faire en sorte qu'une telle mesure ne soit jamais nécessaire.

6. Application aux faits de l'espèce

Avant d'appliquer le raisonnement qui précède aux faits des quatre pourvois, je rappelle la norme de contrôle applicable. Notre Cour l'a énoncée dans l'arrêt *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, par. 11 :

> [U]ne cour d'appel n'infirme une ordonnance alimentaire que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée.

The lower courts did not have the benefit of these reasons in reaching their conclusions. Accordingly, and in the interests of finally resolving the present disputes, while I consider whether the chambers judges considered the above factors, I am also prepared to accept that they did not explicitly mention and analyze each one. My expectation, however, is that future decisions will be determined on a more thorough examination of the relevant considerations discussed above.

Les instances inférieures n'ont pas bénéficié des présents motifs pour tirer leurs conclusions. C'est pourquoi, afin de statuer définitivement sur les litiges, je me demanderai si les juges en chambre ont pris en compte les éléments susmentionnés, tout en étant disposé à accepter qu'ils n'aient pas mentionné expressément et analysé chacun d'eux. J'espère toutefois que les considérations pertinentes dont j'ai fait état feront désormais l'objet d'un examen plus exhaustif de la part des tribunaux.

6.1 *D.B.S. v. S.R.G.*

6.1 *D.B.S. c. S.R.G.*

The *D.B.S.* appeal involves an original application for support. As the parents were not married, the regime under the *Parentage and Maintenance Act* applies.

137 Le pourvoi porte sur une demande initiale de pension alimentaire. La *Parentage and Maintenance Act* s'applique, car les parents n'étaient pas mariés.

The chambers judge, Verville J., decided that a retroactive award would be unfair in the circumstances. Paperny J.A., writing for the Alberta Court of Appeal, allowed the appeal and ordered that the matter be returned to a chambers judge. I would restore Verville J.'s original order.

138 Le juge Verville, siégeant en chambre, a décidé qu'une ordonnance rétroactive ne serait pas équitable dans les circonstances. S'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, la juge Paperny a accueilli l'appel et ordonné le renvoi de l'affaire à un juge en chambre. Je suis d'avis de rétablir l'ordonnance initiale du juge Verville.

On application of the principles and factors discussed above, I agree with Verville J. that retroactive support is not justified in these circumstances. While the mother states that she did not know support might have been owed, parents have a responsibility to inquire into matters like this. Concerning the circumstances of the child, Verville J. noted that the present household incomes of the two parents were roughly equal.

139 Vu les principes et les éléments examinés précédemment, je conviens avec le juge Verville qu'une pension alimentaire rétroactive n'est pas justifiée dans les circonstances. La mère dit avoir ignoré qu'une pension alimentaire aurait pu être exigible. Or, il incombe aux parents de se renseigner sur ce genre de choses. Se penchant sur la situation de l'enfant, le juge Verville a fait remarquer que le revenu actuel du père et celui de la mère étaient sensiblement équivalents.

As to the conduct of the father, the mother has made allegations of threatening and/or dominating behaviour with reference to various times in their post-separation relationship. Yet, the chambers judge made no finding of fact that would support such allegations. That said, a further question is what the father revealed about his income to the mother. A court must inquire into whether the payor parent was hiding, or failing to reveal, the factual circumstances that would give rise to a new or increased support obligation. Again, however, the chambers judge made no such finding.

140 La mère a allégué qu'à différentes occasions après la séparation, le comportement du père avait été menaçant et dominateur. Le juge en chambre n'a pourtant tiré aucune conclusion de fait susceptible d'étayer cette allégation. Cela dit, la question se pose également de savoir quels renseignements le père a fourni à la mère sur son revenu. Le tribunal doit déterminer si le parent débiteur a caché ou omis de révéler des faits qui auraient fait naître une obligation alimentaire nouvelle ou accrue. Là encore, le juge en chambre n'a tiré aucune conclusion en ce sens.

141 Most important, however, Verville J. held that a retroactive order would not necessarily benefit the children. I believe this finding to be crucial. In the circumstances of this appeal, where I cannot find any blameworthy conduct on the part of the payor father, and where the chambers judge held that a retroactive award would be "inappropriate and inequitable", I find myself compelled to defer to his original order.

142 This appeal should be allowed and the order of Verville J. restored, with costs in this Court and in the Court of Appeal.

6.2 *T.A.R. v. L.J.W.*

143 The order of the chambers judge should be restored in the *T.A.R.* appeal as well.

144 In this appeal, the chambers judge considered factors that I have listed as being relevant to a decision of whether retroactive support should be granted. Perras J. seemed to attach particular significance to the hardship that could be caused by a retroactive award. This is not surprising, given that the $15,771 sought by the mother is a very large sum to pay for a father earning around $23,000 annually. Concerning the father's conduct, it is important that Perras J. did not find the father to be acting deceitfully. Rather, Perras J. found that he "honoured his obligation faithfully". That said, Perras J.'s prospective order clearly recognized that the father's income mandated higher child support payments than what he actually paid.

145 While he did not consider all the factors I have listed by name, I am satisfied that Perras J. took a holistic view of the matter and came to the conclusion that it would not be appropriate to order a retroactive child support award in the circumstances. For instance, he seemed to consider the father's conduct far from blameworthy. He noted that the children in question are presently living in a home with a household income "in the low $50,000's". While there are other children from a previous

Cependant, le juge Verville a surtout conclu que les enfants ne bénéficieraient pas nécessairement d'une ordonnance rétroactive. J'estime que cette conclusion est cruciale. Dans les circonstances de l'espèce, comme je ne peux conclure au comportement répréhensible du père, et vu la conclusion du juge en chambre qu'une ordonnance rétroactive serait [TRADUCTION] « inappropriée et inéquitable », je me vois dans l'obligation de confirmer l'ordonnance initiale.

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge Verville rétablie, avec dépens devant notre Cour et la Cour d'appel.

6.2 *T.A.R. c. L.J.W.*

Il y a lieu de rétablir l'ordonnance du juge en chambre dans cette affaire également.

Dans ce dossier, pour décider de l'opportunité d'une pension alimentaire rétroactive, le juge en chambre a tenu compte de certains des éléments pertinents que j'ai énumérés. Le juge Perras semble avoir accordé une importance particulière aux difficultés qu'une ordonnance rétroactive pouvait causer. Ce n'est guère étonnant car les 15 771 $ réclamés par la mère représentent une somme considérable pour le père dont le revenu annuel est d'environ 23 000 $. La conclusion selon laquelle le père n'avait pas agi de façon trompeuse est importante. Le juge Perras a plutôt estimé que le père [TRADUCTION] « s'était acquitté fidèlement de son obligation ». Cela dit, son ordonnance pour l'avenir reconnaît clairement que le revenu du père commandait une pension alimentaire d'un montant supérieur pour les enfants.

Même si le juge Perras n'a pas pris en compte — en y renvoyant expressément — tous les éléments énumérés précédemment, je suis convaincu qu'il a considéré l'affaire dans sa globalité pour conclure qu'une ordonnance rétroactive ne serait pas indiquée dans les circonstances. Par exemple, il paraît avoir estimé que le comportement du père n'avait pas du tout été répréhensible. Il a fait remarquer que les enfants vivaient alors dans un ménage dont le revenu était [TRADUCTION] « à peine supérieur

relationship to support with this income, it remains substantially greater than what the father earns to help support his new spouse and her children. I ultimately believe the chambers judge's conclusion merits deference. The original order is restored and the appeal allowed, with costs in this Court and in the Court of Appeal.

à 50 000 $ ». Il est vrai que ce revenu servait également à pourvoir aux besoins d'enfants nés d'une union précédente, mais il était de beaucoup supérieur à celui dont disposait le père pour subvenir aux besoins de sa nouvelle épouse et des enfants de celle-ci. Je crois en définitive que la déférence s'impose à l'égard des conclusions du juge en chambre. L'ordonnance initiale est rétablie et le pourvoi accueilli, avec dépens devant notre Cour et la Cour d'appel.

### 6.3 *Henry v. Henry*

The appeal in the *Henry* case should be dismissed. Turning to the relevant factors, I believe there was no unreasonable delay in this case. Rowbotham J. accepted that the mother could not afford a lawyer. Nonetheless, the mother broached the topic of increasing the father's child support obligations to the best of her ability, given her lack of legal knowledge, her ignorance of Mr. Henry's actual income, and the intimidation she felt from her ex-husband. Though some requests from Ms. Henry resulted in the father making some financial contribution, these contributions stayed well below what they should have been. Living in a different city, the mother did not know precisely how substantial the father's financial means were.

Based on the principles I have discussed in these reasons, there should be no dispute that the father in the present appeal acted in a blameworthy manner. Especially when a payor parent is acutely aware of the needs of his/her children living with the recipient parent, it is no excuse to shrug off one's obligations by saying the recipient parent never asked for disclosure. But Mr. Henry went even further: he insinuated that he did not have great financial means and that the mother's financial management was to blame; and on one occasion, he even asked *her* to give financial assistance. Although he complied with the obligation set forth in the child support order, in the circumstances of this appeal, this fact alone does not imply that Mr. Henry reasonably believed his children's entitlements were being fulfilled. Mr. Henry was aware that his income had

### 6.3 *Henry c. Henry*

146 Il y a lieu de rejeter le pourvoi dans ce dossier. Pour ce qui est des critères pertinents, j'estime qu'il n'y a pas eu de retard injustifié dans la présentation de la demande. La juge Rowbotham a reconnu que la mère n'avait pu s'offrir les services d'un avocat, mais qu'elle avait abordé le sujet de la pension alimentaire en s'efforçant de faire comprendre au père la nécessité d'en augmenter le montant pour subvenir aux besoins des enfants, même si elle n'avait pas de connaissances juridiques, elle ne connaissait pas le revenu exact de M. Henry et elle était intimidée par son ex-époux. Le père a accédé à certaines demandes de M^me^ Henry, mais ses contributions ont été bien inférieures à ce qu'elles auraient dû être. N'habitant pas la même ville que le père, la mère ignorait à quel point les ressources de son ex-époux étaient importantes.

147 Compte tenu des principes dont je fais état dans les présents motifs, il est indéniable que le père a agi de manière répréhensible. Dans le cas particulier où le parent débiteur est pleinement conscient des besoins de l'enfant qui vit avec le parent créancier, il ne peut se dérober à son obligation sous prétexte que le parent créancier ne lui a jamais demandé la communication de renseignements financiers. Or, M. Henry est même allé jusqu'à insinuer qu'il était sans grandes ressources financières et que la mère gérait mal ses affaires. Une fois, il a même demandé qu'*elle* l'aide financièrement. Même s'il s'est conformé à son obligation selon l'ordonnance alimentaire, dans les circonstances de l'espèce, ce seul fait ne lui permettait pas de croire légitimement qu'il s'acquittait de son obligation envers les enfants. M. Henry savait que son revenu avait

risen substantially since the original order was rendered, he was aware that his children were living at levels commensurate with his ex-wife's low income, and he still refused to raise his payments to levels appropriate to his income. This conduct falls well short of what is expected from a parent.

148 On the issue of the children's circumstances, both children lived in conditions far below what they should have for substantial periods of time. The children implicated in this appeal deserve compensation for the unfulfilled obligation of their father, and I see no reason to conclude that they should not benefit from a retroactive award now.

149 Overall, I am satisfied that Rowbotham J.'s award would not impose too great a burden on the father. It is true that he has two children of his new marriage to provide for. But Rowbotham J.'s order of periodic payments, such that the unfulfilled obligation is paid off slowly until 2010, seems very fair to the father in this case, considering all the circumstances.

150 I would add that the eldest child affected by Rowbotham J.'s order was no longer a child of the marriage when the Notice of Motion for retroactive support was filed. In the circumstances of this appeal, however, this fact has no effect on the jurisdiction of the court to make a retroactive child support order under the *Divorce Act*. Because Mr. Henry did not disclose his income increases to Ms. Henry earlier, she was compelled to serve him with a Notice to Disclose/Notice of Motion in order to ascertain his income for the years relevant to this appeal. This formal legal procedure, contemplated in the *Guidelines* and a necessary antecedent to the present appeal, sufficed to trigger the jurisdiction of the court under the *Divorce Act*. Because it was completed prior to the time the eldest child ceased being a child of the marriage, the court was able to make a retroactive order for this daughter.

151 The appeal is dismissed with costs.

considérablement augmenté depuis l'ordonnance initiale, il savait également que ses enfants jouissaient d'un niveau de vie proportionnel au faible revenu de son ex-épouse, mais il a quand même refusé de relever le montant de la pension en fonction de son revenu. Ce comportement est loin d'être celui auquel on s'attend d'un parent.

En ce qui a trait à la situation des enfants, ils ont tous deux eu pendant de longues périodes un niveau de vie nettement inférieur à ce qu'il aurait dû être. Ces enfants ont droit à une indemnité pour l'omission de leur père de s'acquitter de son obligation, et je ne vois aucune raison de conclure qu'ils ne devraient pas bénéficier aujourd'hui d'une ordonnance rétroactive.

Dans l'ensemble, je suis convaincu que le montant fixé par la juge Rowbotham n'imposerait pas un trop lourd fardeau au père. Il est vrai qu'il doit aussi subvenir aux besoins des deux enfants nés de son remariage. Mais l'ordonnance de la juge Rowbotham, qui prévoit des versements périodiques sur plusieurs années, jusqu'en 2010, semble fort équitable envers le père dans les circonstances.

J'ajoute que la fille aînée visée par l'ordonnance de la juge Rowbotham n'était plus une enfant à charge lors du dépôt de l'avis de requête en vue d'obtenir une pension alimentaire rétroactive. Vu les faits, cela n'a cependant pas d'incidence sur le pouvoir du tribunal de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit des enfants sous le régime de la *Loi sur le divorce*. Comme M. Henry ne l'avait pas informée de l'augmentation de son revenu, M^me^ Henry n'a eu d'autre choix que de lui signifier une demande de communication et un avis de requête afin de connaître le revenu qu'il avait gagné au cours des années en cause. Cette démarche juridique formelle, que prévoyaient les *Lignes directrices* et qui était un préalable nécessaire au présent pourvoi, a suffi à conférer sa compétence au tribunal sous le régime de la *Loi sur le divorce*. La démarche ayant été menée à bien avant que l'aînée ne cesse d'être une enfant à charge, le tribunal pouvait rendre une ordonnance rétroactive à son profit.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

6.4 *Hiemstra v. Hiemstra*

Concerning this appeal, I believe the chambers judge properly weighed relevant considerations in deciding upon the award. Thus, he noted that the disparity of incomes between the parents was great and the mother paid a disproportionate share of the burden for supporting the children, but also that the financial burden of a retroactive award is significant. Although some remarks seemed to indicate that he saw the retroactive award as compensating the mother, I accept that he rightly ordered the award for the benefit of the children.

I believe Belzil J. came to an appropriate conclusion that a retroactive award was due, after a detailed consideration of the evidence before him. The mother explained that previous litigation has been overwhelming and had strained her relationship with her daughter; it is understandable that she would be reticent to commence the process again. More important, given the father's substantial income — almost $100,000 in 2003 — he cannot be considered blameless in not paying child support. In such circumstances, where the father was well aware that he could afford child support but where such support was coming uniquely from the mother, the father's failure to meet his obligations to his children should not be easily excused. The blameworthiness of the father's conduct is only exacerbated by his e-mail of April 3, 2003, in which he did not take advantage of the opportunity to lend financial support when it so clearly arose.

Concerning the date chosen for the retroactive award to begin, I see no reason to alter Belzil J.'s award. The father has no compelling interest in certainty in this appeal: he had no reasonable belief that his support obligation was being fulfilled. Belzil J. still chose to make the award retroactive only to January 1, 2003, even though the father was deficient in his obligations well before this time. This date has not been cross-appealed by the mother, and I will therefore leave it undisturbed.

This appeal is therefore dismissed with costs.

6.4 *Hiemstra c. Hiemstra*

J'estime que, dans ce dossier, le juge en chambre a dûment tenu compte des considérations pertinentes pour statuer sur la demande. Tout en faisant remarquer la grande disparité des revenus des parents et le fait que la mère s'acquittait d'une obligation disproportionnée envers les enfants, le juge a signalé qu'une ordonnance rétroactive inflige un fardeau financier important. Bien que certaines de ses remarques donnent à penser que l'ordonnance rétroactive indemnisera la mère, je suis d'avis qu'il a à juste titre rendu l'ordonnance rétroactive au profit des enfants. 152

J'estime qu'après un examen détaillé de la preuve, le juge Belzil a eu raison de conclure qu'une ordonnance rétroactive s'imposait. La mère a expliqué que le litige précédent l'avait bouleversée et avait mis à rude épreuve sa relation avec sa fille, d'où sa réticence à engager une nouvelle instance. Qui plus est, vu son revenu substantiel de près de 100 000 $ en 2003, le père ne peut prétendre avoir eu un comportement irréprochable en refusant de payer une pension. En pareilles circonstances, alors que le père savait très bien qu'il avait les moyens de subvenir aux besoins des enfants, mais que la mère était la seule à le faire, on ne saurait excuser facilement son omission de s'acquitter de ses obligations envers ses enfants. Le comportement du père est d'autant plus répréhensible que dans un courriel daté du 3 avril 2003, il n'a pas saisi l'occasion qui s'offrait clairement à lui d'apporter sa contribution financière. 153

Pour ce qui est de la date de rétroactivité, je ne vois aucune raison de modifier l'ordonnance du juge Belzil. En l'espèce, la certitude du père ne pèse pas lourd dans la balance : il n'avait aucune raison de croire qu'il s'acquittait de son obligation envers ses enfants. Le juge Belzil a néanmoins décidé de faire rétroagir l'ordonnance au 1er janvier 2003, même si le père se dérobait à ses obligations depuis bien plus longtemps. La mère n'ayant pas formé d'appel incident pour contester cette date, je ne la modifierai pas. 154

Le pourvoi est donc rejeté avec dépens. 155

The reasons of Fish, Abella and Charron JJ. were delivered by

156 ABELLA J. — While I agree with much of the analysis of Bastarache J., including his disposition of the four appeals, I am unable, with great respect, to share his views about the presumptive starting date for the calculation of child support arrears, about the relevance of blameworthy conduct, or about the desirability of a three-year limitation period.

157 My justification for all three departures is based on the underlying premise he cogently articulates at the beginning of his reasons: parents have a free-standing joint obligation to support their children based on their ability to do so.

158 As La Forest J. pointed out in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, this obligation is a fiduciary one. It is a parental obligation that creates a right in the child. The recognition that child support is the right of the child, not of the parent, is not disputed: see *Horner v. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561 (C.A.); *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; and *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250.

159 Bastarache J.'s historical review demonstrates that these propositions claim at least a century-old pedigree. The fact that they have found renewed endorsement in statutory form, such as the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), and the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 ("*Guidelines*"), reinforces their status as the governing principles in awarding child support, principles which together proclaim that children come first, and that parents should expect to pay what they are obliged to pay when they are obliged to pay it.

160 I agree with Bastarache J. that it is a misnomer to refer to these as "retroactive" awards. They are, instead, compensation for what was legally owed.

Version française des motifs des juges Fish, Abella et Charron rendus par

LA JUGE ABELLA — En toute déférence, bien que je sois en grande partie d'accord avec l'analyse du juge Bastarache, y compris la manière dont il statue sur les pourvois, je ne peux partager son avis concernant le moment auquel serait présumé débuter le calcul de l'arriéré de pension alimentaire pour l'enfant, la pertinence du comportement répréhensible ou l'opportunité d'une limite de trois ans.

Ces trois points de désaccord se fondent sur le principe sous-jacent qu'il expose de manière convaincante au début de ses motifs : les parents ont l'obligation à la fois solidaire et indépendante de subvenir aux besoins de l'enfant selon leur capacité de le faire.

Dans l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, le juge La Forest a dit qu'il s'agit d'une obligation fiduciaire. C'est une obligation parentale qui confère un droit à l'enfant. Il est bien établi que le droit aux aliments appartient à l'enfant, et non au parent : voir les arrêts *Horner c. Horner* (2004), 72 O.R. (3d) 561 (C.A.); *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250.

Selon l'historique que fait le juge Bastarache, ces énoncés de principe datent d'au moins un siècle. Leur sanction par le législateur, notamment dans la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), et dans les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« *Lignes directrices* »), confirme qu'il s'agit des principes régissant l'octroi d'une pension alimentaire pour l'enfant — des principes qui, ensemble, proclament la priorité de l'intérêt de l'enfant —, et que les parents doivent s'attendre à payer ce qu'ils sont tenus de payer au moment où ils sont tenus de le faire.

Je conviens avec mon collègue que les ordonnances considérées en l'espèce ne sont pas véritablement « rétroactives ». Elles indemnisent plutôt pour

As the Alberta Court of Appeal stated in *MacMinn v. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261, at para. 15:

By questioning the rationale for a trial judge to order "retroactive" maintenance, the father implies that he is being asked, after the fact, to assume a liability for child support which he did not have in the first instance. This is simply wrong in law. Both parents of a child have financial obligations to that child. That obligation arises out of the common law, equity and statute; it is an obligation which exists from the time a child is born. When parents separate, the obligation continues. Thus, it exists irrespective of whether an action has been started by the custodial parent against the non-custodial parent to enforce the obligation: *Paras v. Paras* (1970), 2 R.F.L. 328 (Ont. C.A.); *Mannett v. Mannett* (1992), 111 N.S.R. (2d) 327; 303 A.P.R. 327 (T.D.).

The law is clear that separated parents are obliged to pay child support in accordance with their ability to do so. Only the payor parent knows when there has been a change in income that would warrant an adjustment to child support. That, therefore, is the parent with the major responsibility for ensuring that a child benefits from the change as soon as reasonably possible. A system of support that depends on when and how often the recipient parent takes the payor parent's financial temperature is impractical and unrealistic.

Unlike Bastarache J., therefore, I would not limit the child's entitlement to the date of the recipient parent's notice of an intention to enforce it. Because the child's right to support varies with the change, it cannot, therefore, be contingent on whether the recipient parent has made an application on the child's behalf or given notice of an intention to do so.

So long as the change would warrant different child support from what is being paid, the presumptive starting point for the child's entitlement to a change in support is when the change occurred, not when the change was disclosed or discovered.

To suggest, therefore, that the principle of certainty is impaired by the possibility of claims for

le non-respect d'une obligation légale. Comme l'a dit la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *MacMinn c. MacMinn* (1995), 174 A.R. 261, par. 15 :

[TRADUCTION] En contestant le bien-fondé de l'ordonnance alimentaire « rétroactive » du juge de première instance, le père laisse entendre qu'on lui impose après coup une obligation qu'il n'avait pas au départ. Cela est tout simplement erroné en droit. Les deux parents ont une obligation financière envers l'enfant. Cette obligation tire sa source de la common law, de l'equity et de la loi; elle existe dès la naissance de l'enfant. Lorsque les parents se séparent, l'obligation demeure. Elle existe donc indépendamment de toute instance engagée par le parent gardien contre le parent non gardien pour la faire respecter : *Paras c. Paras* (1970), 2 R.F.L. 328 (C.A. Ont.); *Mannett c. Mannett* (1992), 111 N.S.R. (2d) 327, 303 A.P.R. 327 (1re inst.).

161 La loi dit clairement que les parents séparés ont l'obligation de subvenir aux besoins de l'enfant selon leur capacité de le faire. Seul le parent débiteur peut connaître l'existence d'une modification de son revenu justifiant le rajustement de la pension. C'est donc à lui qu'il incombe principalement de faire en sorte que l'enfant en bénéficie dès que cela est raisonnablement possible. Il n'est ni pratique ni réaliste de faire dépendre le respect du droit de l'enfant du moment et de la fréquence auxquels le parent créancier s'informe de la situation financière du parent débiteur.

162 Contrairement au juge Bastarache, je ne ferais donc pas rétroagir l'ordonnance seulement à la date à laquelle le parent créancier a communiqué son intention de faire respecter l'obligation envers l'enfant. Comme l'objet du droit aux aliments varie en fonction du revenu, l'existence de ce droit ne peut dépendre de la présentation d'une demande au nom de l'enfant ou de la communication de l'intention d'en présenter une.

163 Dans la mesure où le changement survenu justifie le rajustement de la somme versée, le moment où l'enfant est présumé acquérir le droit à la nouvelle pension est celui du changement, et non celui de la communication ou de la découverte du changement.

164 Laisser entendre que la possibilité de demandes ultérieures d'ordonnance alimentaire porte atteinte

child support being made in the future, is to suggest that the rights of children to the support to which they are entitled, should defer to the rights of payor parents not to have to worry that the amount they are paying may be found to be inadequate. Child support is inherently variable because parental incomes are.

165 I do not mean to devalue the importance of the ability of parents, after separation, to restructure their financial lives with some certainty. But the need for certainty and a child's entitlement to support in accordance with parental ability to pay are not inconsistent propositions. Parents responsible for child support know that whether or not they choose to disclose a material change in their income, the fact of that change is enough to trigger a change in the amount they are responsible for paying.

166 They know what their obligations are, when they arise, and when they may be varied. If their ability to pay has increased, they know that the law presumes that at that moment, the child's entitlement increases. The operative certainty in the area of child support is the presumption that the obligation to pay child support will always depend on the payor parent's income at any given time. For payor parents, certainty and predictability are protected by the legal certainty that whenever their income changes materially, that is the moment their obligation changes automatically, even if *enforcement* of that increased obligation is not automatic.

167 Fairness is the Holy Grail in family law. Certainty and predictability of child support amounts do not justify a retreat from the primacy of a child's rights to a fair amount of support. To the extent that certainty is engaged, it should be the children's certainty that the support they are entitled to will not be wrongly withheld.

168 Prudence dictates full disclosure, as does good financial management, but if the payor parent decides not to let dependent children know that their entitlements have changed, he or she cannot be heard credibly to say that the subsequent

au principe de la certitude c'est donc insinuer que le droit de l'enfant à la somme qui lui est due devrait céder le pas au droit du parent débiteur de ne pas s'inquiéter que la somme qu'il verse puisse être jugée inadéquate. Le montant de la pension alimentaire versée pour l'enfant est en soi variable parce que le revenu parental l'est.

Loin de moi l'idée de minimiser le droit des parents, après leur séparation, de jouir d'une certaine assurance dans l'établissement de nouveaux budgets. Or, le besoin de certitude et le droit de l'enfant à une pension alimentaire qui soit en adéquation avec la capacité de payer de ses parents ne sont pas inconciliables. Le parent débiteur sait que la modification appréciable de son revenu, qu'il décide de la signaler ou non, emporte le rajustement du montant qu'il est tenu de verser pour l'enfant.

Il connaît la teneur de son obligation et sait à quel moment elle naît et à quel moment elle peut changer. Il sait que lorsque sa capacité de payer s'accroît, la loi présume que le montant auquel a droit l'enfant s'accroît également. En ce qui concerne l'obligation alimentaire envers l'enfant, la certitude réside dans la présomption que la somme exigible sera toujours fonction du revenu du parent débiteur à un moment donné. Pour ce dernier, la certitude et la prévisibilité sont assurées légalement par le fait que toute modification appréciable de son revenu emporte automatiquement le rajustement de son obligation alimentaire, même si l'obligation accrue n'est pas automatiquement *exécutoire*.

L'équité est le saint Graal du droit de la famille. La certitude et la prévisibilité du montant de la pension alimentaire ne justifient pas l'abandon de la primauté du droit de l'enfant au juste montant. S'il doit y avoir une certitude c'est que l'enfant ne sera pas indûment privé des aliments auxquels il a droit.

La prudence, tout comme la saine gestion financière, commande une information complète. Le parent débiteur qui décide de ne pas signaler la modification de la somme à laquelle a droit son enfant à charge ne saurait prétendre que l'exécution

enforcement of a support obligation as of the date of the changed circumstances, impaired his or her expectation of certainty.

Similarly, I see no role for "blameworthy conduct" in determining the date at which children can recover the support to which they are entitled. The right to support belongs to the child regardless of how his or her parents behave. Whether a payor refuses to pay or disclose wilfully, or falsifies the information, or provides false information mistakenly, are not germane. The existence of the increased obligation depends on the existence of the increased income, and fluctuates with parental income, not with parental misconduct.

In the same way, the recipient parent need not demonstrate that the failure to pay child support has resulted in hardship for the child. The children were deprived of support to which they were entitled. The fact that the recipient parent has or has not been able to attenuate the deprivation through other means has no impact on the fact that a debt was owing.

A presumptive date of entitlement to child support does not, however, eliminate the role of judicial discretion. It will be up to the court in each case to determine whether the presumptive date has been rebutted, what the appropriate quantum is, and how it should be repaid. This includes, most notably, determining whether undue hardship, as defined by s. 10 of the *Guidelines*, has been demonstrated. If, for example, a recipient parent, having received *full financial disclosure*, has delayed seeking enforcement for an inordinate and unjustified period of time, this delay may affect the child support awarded.

But if delay results from not being informed about a change that gives rise to a change in a child's entitlement, it will not usually affect the child support award. I agree, in particular, with Paperny J.A. in *D.B.S. v. S.R.G.* (2005), 361 A.R. 60, 2005 ABCA 2, at paras. 120-22, that caution should be exercised before penalizing a child for

subséquente de son obligation alimentaire, rétroactivement à la date du changement, est allée à l'encontre de ses attentes légitimes.

169 De même, le « comportement répréhensible » ne joue selon moi aucun rôle dans la détermination du moment auquel rétroagit l'ordonnance par laquelle l'enfant recouvre son dû. Le droit aux aliments appartient à l'enfant quel que soit le comportement de ses parents. Le fait que le parent débiteur refuse de payer une somme ou de communiquer des renseignements, qu'il falsifie les données ou qu'il fournit par mégarde une information inexacte importe peu. L'obligation accrue découle de l'accroissement du revenu; elle est fonction du revenu des parents, et non de leur comportement fautif.

170 De même, le parent créancier n'a pas à prouver que l'omission du parent débiteur de s'acquitter de son obligation a été source de difficultés pour l'enfant. Ce dernier a été privé de ce à quoi il avait droit. Le fait que le parent créancier a été en mesure ou non d'atténuer le préjudice par d'autres moyens ne change rien au fait qu'une somme était en souffrance.

171 La présomption que l'enfant acquiert le droit aux aliments à un moment précis n'écarte toutefois pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Dans chaque cas, il appartient au tribunal de décider si la présomption a été écartée et de déterminer le montant approprié et son mode de paiement. Il doit plus particulièrement se demander si l'existence de difficultés excessives au sens de l'art. 10 des *Lignes directrices* a été établie. À titre d'exemple, le retard déraisonnable et injustifié du parent créancier à faire respecter l'obligation envers l'enfant, après la *communication de renseignements financiers complets*, peut influer sur l'ordonnance alimentaire.

172 Cependant, le retard imputable au fait que le parent créancier n'est pas informé d'un changement qui modifie la somme due pour l'enfant n'aura généralement pas d'incidence sur l'ordonnance alimentaire. Plus particulièrement, je suis d'accord avec la juge Paperny qui, dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.* (2005), 361 A.R. 60, 2005 ABCA 2, par. 120-122,

a recipient parent's delay in attempting to recover support to which a child was entitled. There may be practical financial and psychological realities inhibiting a recipient parent's ability to respond to learning of a change in circumstances. As Rowles J.A. stated in *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393, at para. 58:

> As the right belongs to the child it cannot be waived or bargained away by the custodial parent or lost due to that parent's neglect, delay, or lack of diligence in enforcing the right. [Emphasis added.]

173 While undue hardship could militate against a retroactive order being made as of the date of the change of circumstances, I do not believe that it necessarily flows from this that an automatic time limit should be imposed in every case. In particular, I see no reason to deprive children of the support to which they are entitled by imposing an arbitrary three-year judicial limitation period on the amount of child support recoverable as suggested by Bastarache J.

174 It is an approach which resembles the "one-year rule against hoarding", which courts used to apply to avoid enforcing long standing arrears unless special circumstances were established. In *Haisman v. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), leave to appeal dismissed, [1995] 3 S.C.R. vi, the Alberta Court of Appeal rejected the "one-year" rule as being inapplicable to child support. In *D.B.S.*, Paperny J.A. referred to the rule as "an antiquated notion that had no place in the law on child support" (para. 27). In *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130, the Ontario Court of Appeal recognized that delay and the inability to claim spousal support was not a consideration to deny interim *child* support.

met en garde contre le fait de pénaliser l'enfant à la légère pour le retard du parent créancier à prendre quelque mesure de recouvrement de la somme à laquelle a droit l'enfant. Des réalités financières et psychologiques peuvent, dans les faits, empêcher le parent créancier de donner suite au changement dont il apprend l'existence. D'ailleurs, la juge Rowles a dit ce qui suit dans l'arrêt *S. (L.) c. P. (E.)*, (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393, par. 58 :

> [TRADUCTION] Comme le droit appartient à l'enfant, le parent gardien ne peut y renoncer ou en être déchu à cause de sa négligence, de son retard à agir ou de son manque de diligence pour le faire respecter. [Je souligne.]

Les difficultés excessives peuvent militer contre une ordonnance rétroagissant à la date du changement, mais il ne s'ensuit pas nécessairement que la période de rétroactivité doive être limitée dans tous les cas. Plus particulièrement, je ne vois aucune raison de priver l'enfant des aliments auxquels il a droit en limitant arbitrairement aux trois années précédentes, comme le préconise le juge Bastarache, la période pour laquelle peut être obtenu le rajustement de la pension alimentaire.

Il s'agit d'une limitation qui s'apparente à celle d'un an que les tribunaux avaient coutume d'appliquer pour contrer la « mise en réserve » et ne pas avoir à ordonner le paiement de sommes demeurées longtemps en souffrance, sauf circonstances spéciales. Dans l'arrêt *Haisman c. Haisman* (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1995] 3 R.C.S. vi, la Cour d'appel de l'Alberta a écarté la « limite d'un an », la jugeant inapplicable à la pension alimentaire versée pour l'enfant. Dans l'arrêt *D.B.S.*, la juge Paperny a vu dans la règle [TRADUCTION] « une notion dépassée qui n'avait plus sa place dans le droit régissant l'obligation alimentaire envers l'enfant » (par. 27). Dans l'arrêt *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que l'incapacité d'un époux à demander une pension alimentaire pour lui-même et son retard à le faire ne justifiaient pas le refus d'une ordonnance alimentaire provisoire pour l'*enfant*.

Like the one-year rule, the suggestion of a three-year limitation period is, with respect, an unnecessary fettering of judicial discretion. Such a clear restriction of a child's entitlement requires, in my view, an express statutory direction to that effect.

175 Avec égards, la limitation de trois ans préconisée par mon collègue, à l'instar de celle d'un an, entrave inutilement l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Une restriction aussi manifeste du droit de l'enfant exige selon moi une indication expresse du législateur en ce sens.

Bastarache J. concludes that s. 25(1)(*a*) of the *Guidelines* — which limits a recipient parent's request for historical income information to a three-year period — provides support for the contention that it will usually be inappropriate to make a support award retroactive to a date more than three years before formal notice was given to the payor parent.

176 Le juge Bastarache conclut que l'al. 25(1)*a*) des *Lignes directrices* — qui prévoit le droit du parent créancier de demander des renseignements sur le revenu pour les trois années précédentes — étaye la thèse qu'il est habituellement inopportun de faire rétroagir l'ordonnance alimentaire à plus de trois ans avant l'avis formel au parent débiteur.

Section 25 allows a parent to go back three years when asking for disclosure not to limit retroactive orders, but because three years of financial information can be looked to in determining the income amount to be used to calculate the *prospective* support obligation under the *Guidelines*. Significantly this three-year limit for disclosure of financial information is found only under the federal scheme; no equivalent provision is found in the *Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, c. P-1.

177 L'article 25 permet à un parent de demander la communication de renseignements sur les trois dernières années, non pas pour limiter l'effet rétroactif d'une ordonnance, mais parce que l'information financière correspondant à cette période peut être considérée pour établir le revenu à partir duquel sera calculé le montant de la pension alimentaire exigible *pour l'avenir* selon les *Lignes directrices*. Il importe de signaler que la limite de trois ans établie pour la communication de renseignements financiers n'est prévue que par le régime fédéral; la *Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, ch. P-1, ne renferme aucune disposition à l'effet équivalent.

Under s. 16 of the *Guidelines*, prospective support orders (original or variation) are based on the sources of income set out in the most recent T1 General form of the payor, unless a court is of the opinion that this is not the fairest determination of income. If the court is of the opinion that the most current T1 would not be the fairest determination, it is permitted under s. 17 of the *Guidelines* to consider the three most recent T1s of the payor to determine income in light of any pattern of income, fluctuation or receipt of a non-recurring amount. The "three-year limit" in s. 25(1)(*a*) is clearly tied to s. 17 of the *Guidelines*. After receiving financial information pursuant to a notice to disclose, the payee may or may not take any action for prospective support. I see no endorsement in this provision for imposing a three-year limit on support owed to children.

178 Suivant l'article 16 de celles-ci, l'ordonnance (initiale ou modificative) rendue pour l'avenir se fonde sur les sources de revenu figurant dans la formule T1 Générale la plus récente du parent débiteur, sauf lorsque le tribunal est d'avis que cela ne permet pas d'arriver à la détermination la plus équitable, auquel cas l'art. 17 autorise le tribunal à s'appuyer sur les trois formules T1 les plus récentes pour déterminer le revenu à la lumière de toute tendance ou fluctuation du revenu, ainsi que de toute rentrée exceptionnelle. La « limite de trois ans » fixée à l'al. 25(1)*a*) est clairement liée à l'art. 17 des *Lignes directrices*. Après qu'il a obtenu les renseignements financiers demandés, le parent créancier peut solliciter ou non une ordonnance pour l'avenir. Je ne vois dans cette disposition aucun appui à l'imposition d'une limite de trois ans pour le recouvrement de la pension alimentaire exigible pour l'enfant.

179 Notwithstanding the differences in my approach to the factors relevant to the calculation of retroactive child support orders, Bastarache J.'s disposition of all four appeals is tenable on the facts of each case. I agree with his analyses in *Hiemstra* and *Henry*. In *D.B.S.*, while I have some concerns about whether the result would have been different given the principles enunciated in these reasons, there was no "clear evidence" as to what was owed and from what date. And in *T.A.R. v. L.J.W.*, given the chambers judge's conclusion about the payor parent's "meagre gross income" and the expenses he incurred in exercising access ([2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569, at paras. 11 and 14), one can infer that the delay in bringing an application to vary caused undue hardship.

180 I would therefore dispose of the four appeals as recommended by Bastarache J.

## APPENDIX

*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (am. S.C. 1997, c. 1)

**15.1** (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to pay for the support of any or all children of the marriage.

(2) Where an application is made under subsection (1), the court may, on application by either or both spouses, make an interim order requiring a spouse to pay for the support of any or all children of the marriage, pending the determination of the application under subsection (1).

(3) A court making an order under subsection (1) or an interim order under subsection (2) shall do so in accordance with the applicable guidelines.

(4) The court may make an order under subsection (1) or an interim order under subsection (2) for a definite or indefinite period or until a specified event occurs, and may impose terms, conditions or restrictions in connection with the order or interim order as it thinks fit and just.

(5) Notwithstanding subsection (3), a court may award an amount that is different from the amount that

Malgré les points de désaccord quant aux éléments à considérer dans l'établissement de l'ordonnance alimentaire rétroactive pour l'enfant, la manière dont le juge Bastarache statue dans les quatre affaires se défend au regard des faits de chacune d'elles. Je suis d'accord avec son analyse dans les dossiers *Hiemstra* et *Henry*. Dans *D.B.S.*, je me demande si l'application des principes énoncés dans les présents motifs aurait changé le résultat, mais la « preuve n'était pas claire » quant aux sommes dues et à la date à laquelle elles étaient devenues exigibles. Dans *T.A.R. c. L.J.W.*, étant donné la conclusion du juge en chambre concernant le « maigre revenu brut » du parent débiteur et les dépenses qu'il avait engagées dans l'exercice de ses droits de visite ([2003] A.J. No. 1243 (QL), 2003 ABQB 569, par. 11 et 14), on peut déduire que le retard à demander une ordonnance modificative a causé des difficultés excessives.

Je statuerais donc sur les pourvois comme le propose le juge Bastarache.

## ANNEXE

*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2$^{e}$ suppl.) (mod. L.C. 1997, ch. 1)

**15.1** (1) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de verser une prestation pour les aliments des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(2) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal peut rendre une ordonnance provisoire enjoignant à un époux de verser, dans l'attente d'une décision sur la demande visée au paragraphe (1), une prestation pour les aliments des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(3) Le tribunal qui rend une ordonnance ou une ordonnance provisoire la rend conformément aux lignes directrices applicables.

(4) La durée de validité de l'ordonnance ou de l'ordonnance provisoire rendue par le tribunal au titre du présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; elle peut être assujettie aux modalités ou aux restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

(5) Par dérogation au paragraphe (3), le tribunal peut fixer un montant différent de celui qui serait

would be determined in accordance with the applicable guidelines if the court is satisfied

(*a*) that special provisions in an order, a judgment or a written agreement respecting the financial obligations of the spouses, or the division or transfer of their property, directly or indirectly benefit a child, or that special provisions have otherwise been made for the benefit of a child; and

(*b*) that the application of the applicable guidelines would result in an amount of child support that is inequitable given those special provisions.

(6) Where the court awards, pursuant to subsection (5), an amount that is different from the amount that would be determined in accordance with the applicable guidelines, the court shall record its reasons for having done so.

(7) Notwithstanding subsection (3), a court may award an amount that is different from the amount that would be determined in accordance with the applicable guidelines on the consent of both spouses if it is satisfied that reasonable arrangements have been made for the support of the child to whom the order relates.

(8) For the purposes of subsection (7), in determining whether reasonable arrangements have been made for the support of a child, the court shall have regard to the applicable guidelines. However, the court shall not consider the arrangements to be unreasonable solely because the amount of support agreed to is not the same as the amount that would otherwise have been determined in accordance with the applicable guidelines.

**17.** (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

(*a*) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses; or

(*b*) a custody order or any provision thereof on application by either or both former spouses or by any other person.

. . .

(4) Before the court makes a variation order in respect of a child support order, the court shall satisfy itself that a change of circumstances as provided for in the applicable guidelines has occurred since the

déterminé conformément aux lignes directrices applicables s'il est convaincu, à la fois :

*a*) que des dispositions spéciales d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une entente écrite relatif aux obligations financières des époux ou au partage ou au transfert de leurs biens accordent directement ou indirectement un avantage à un enfant pour qui les aliments sont demandés, ou que des dispositions spéciales ont été prises pour lui accorder autrement un avantage;

*b*) que le montant déterminé conformément aux lignes directrices applicables serait inéquitable eu égard à ces dispositions.

(6) S'il fixe, au titre du paragraphe (5), un montant qui est différent de celui qui serait déterminé conformément aux lignes directrices applicables, le tribunal enregistre les motifs de sa décision.

(7) Par dérogation au paragraphe (3), le tribunal peut, avec le consentement des époux, fixer un montant qui est différent de celui qui serait déterminé conformément aux lignes directrices applicables s'il est convaincu que des arrangements raisonnables ont été conclus pour les aliments de l'enfant visé par l'ordonnance.

(8) Pour l'application du paragraphe (7), le tribunal tient compte des lignes directrices applicables pour déterminer si les arrangements sont raisonnables. Toutefois, les arrangements ne sont pas déraisonnables du seul fait que le montant sur lequel les conjoints s'entendent est différent de celui qui serait déterminé conformément aux lignes directrices applicables.

**17.** (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir:

*a*) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

*b*) une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne.

. . .

(4) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement de situation, selon les lignes directrices applicables, depuis que

making of the child support order or the last variation order made in respect of that order.

. . .

(6.1) A court making a variation order in respect of a child support order shall do so in accordance with the applicable guidelines.

. . .

**25.1** (1) With the approval of the Governor in Council, the Minister of Justice may, on behalf of the Government of Canada, enter into an agreement with a province authorizing a provincial child support service designated in the agreement to

(*a*) assist courts in the province in the determination of the amount of child support; and

(*b*) recalculate, at regular intervals, in accordance with the applicable guidelines, the amount of child support orders on the basis of updated income information.

(2) Subject to subsection (5), the amount of a child support order as recalculated pursuant to this section shall for all purposes be deemed to be the amount payable under the child support order.

(3) The former spouse against whom a child support order was made becomes liable to pay the amount as recalculated pursuant to this section thirty-one days after both former spouses to whom the order relates are notified of the recalculation in the manner provided for in the agreement authorizing the recalculation.

(4) Where either or both former spouses to whom a child support order relates do not agree with the amount of the order as recalculated pursuant to this section, either former spouse may, within thirty days after both former spouses are notified of the recalculation in the manner provided for in the agreement authorizing the recalculation, apply to a court of competent jurisdiction for an order under subsection 17(1).

(5) Where an application is made under subsection (4), the operation of subsection (3) is suspended pending the determination of the application, and the child support order continues in effect.

(6) Where an application made under subsection (4) is withdrawn before the determination of the application,

cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue.

. . .

(6.1) Le tribunal qui rend une ordonnance modificative d'une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant la rend conformément aux lignes directrices applicables.

. . .

**25.1** (1) Le ministre de la Justice peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, conclure au nom du gouvernement fédéral un accord avec une province autorisant le service provincial des aliments pour enfants désigné dans celui-ci :

*a*) à aider le tribunal à fixer le montant des aliments pour un enfant;

*b*) à fixer, à intervalles réguliers, un nouveau montant pour les ordonnances alimentaires au profit d'un enfant en conformité avec les lignes directrices applicables et à la lumière des renseignements à jour sur le revenu.

(2) Sous réserve du paragraphe (5), le nouveau montant de l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant fixé sous le régime du présent article est réputé, à toutes fins utiles, être le montant payable au titre de l'ordonnance.

(3) Le nouveau montant fixé sous le régime du présent article est payable par l'ex-époux visé par l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant trente et un jours après celui où les ex-époux en ont été avisés selon les modalités prévues dans l'accord autorisant la fixation du nouveau montant.

(4) Dans les trente jours suivant celui où ils ont été avisés du nouveau montant, selon les modalités prévues dans l'accord en autorisant la fixation, les ex-époux, ou l'un d'eux, peuvent demander au tribunal compétent de rendre une ordonnance au titre du paragraphe 17(1).

(5) Dans le cas où une demande est présentée au titre du paragraphe (4), l'application du paragraphe (3) est suspendue dans l'attente d'une décision du tribunal compétent sur la demande, et l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant continue d'avoir effet.

(6) Dans le cas où la demande présentée au titre du paragraphe (4) est retirée avant qu'une décision soit

the former spouse against whom the order was made becomes liable to pay the amount as recalculated pursuant to this section on the day on which the former spouse would have become liable had the application not been made.

**26.1** . . .

(2) The guidelines shall be based on the principle that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation.

. . .

*Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 (am. SOR/97-563; am. SOR/2000-337)

**1.** The objectives of these Guidelines are

(*a*) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;

(*b*) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;

(*c*) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and

(*d*) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

**2.** . . .

(3) Where, for the purposes of these Guidelines, any amount is determined on the basis of specified information, the most current information must be used.

. . .

**3.** (1) Unless otherwise provided under these Guidelines, the amount of a child support order for children under the age of majority is

(*a*) the amount set out in the applicable table, according to the number of children under the age of majority to whom the order relates and the income of the spouse against whom the order is sought; and

rendue à son égard, le montant payable par l'ex-époux visé par l'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant est le nouveau montant fixé sous le régime du présent article et ce à compter du jour où ce montant aurait été payable si la demande n'avait pas été présentée.

**26.1** . . .

(2) Les lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation.

. . .

*Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (mod. DORS/97-563; mod. DORS/2000-337)

**1.** Les présentes lignes directrices visent à :

*a*) établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation;

*b*) réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif;

*c*) améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires;

*d*) assurer un traitement uniforme des époux et enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

**2.** . . .

(3) La détermination de tout montant aux fins des présentes lignes directrices se fait selon les renseignements les plus à jour.

. . .

**3.** (1) Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'enfants mineurs est égal à la somme des montants suivants :

*a*) le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance et le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande;

(*b*) the amount, if any, determined under section 7.

(2) Unless otherwise provided under these Guidelines, where a child to whom a child support order relates is the age of majority or over, the amount of the child support order is

(*a*) the amount determined by applying these Guidelines as if the child were under the age of majority; or

(*b*) if the court considers that approach to be inappropriate, the amount that it considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the child and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the child.

(3) The applicable table is

(*a*) if the spouse against whom an order is sought resides in Canada,

(i) the table for the province in which that spouse ordinarily resides at the time the application for the child support order, or for a variation order in respect of a child support order, is made or the amount is to be recalculated under section 25.1 of the Act,

(ii) where the court is satisfied that the province in which that spouse ordinarily resides has changed since the time described in subparagraph (i), the table for the province in which the spouse ordinarily resides at the time of determining the amount of support, or

(iii) where the court is satisfied that, in the near future after determination of the amount of support, that spouse will ordinarily reside in a given province other than the province in which the spouse ordinarily resides at the time of that determination, the table for the given province; and

(*b*) if the spouse against whom an order is sought resides outside of Canada, or if the residence of that spouse is unknown, the table for the province where the other spouse ordinarily resides at the time the application for the child support order or for a variation order in respect of a child support order is made or the amount is to be recalculated under section 25.1 of the Act.

**4.** Where the income of the spouse against whom a child support order is sought is over $150,000, the amount of a child support order is

*b*) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

(2) Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'un enfant majeur visé par l'ordonnance est :

*a*) le montant déterminé en application des présentes lignes directrices comme si l'enfant était mineur;

*b*) si le tribunal est d'avis que cette approche n'est pas indiquée, tout montant qu'il juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de l'enfant, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer au soutien alimentaire de l'enfant.

(3) La table applicable est :

*a*) si l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire réside au Canada :

(i) la table de la province où il réside habituellement à la date à laquelle la demande d'ordonnance ou la demande de modification de celle-ci est présentée ou à la date à laquelle le nouveau montant de l'ordonnance doit être fixé sous le régime de l'article 25.1 de la Loi,

(ii) lorsque le tribunal est convaincu que la province de résidence habituelle de l'époux a changé depuis cette date, la table de la province où il réside habituellement au moment de la détermination du montant de l'ordonnance,

(iii) lorsque le tribunal est convaincu que, dans un proche avenir après la détermination du montant de l'ordonnance, l'époux résidera habituellement dans une province donnée autre que celle où il réside habituellement au moment de cette détermination, la table de cette province donnée;

*b*) s'il réside à l'extérieur du Canada ou si le lieu de sa résidence est inconnu, la table de la province où réside habituellement l'autre époux à la date à laquelle la demande d'ordonnance alimentaire ou la demande de modification de celle-ci est présentée ou à la date à laquelle le nouveau montant de l'ordonnance doit être fixé sous le régime de l'article 25.1 de la Loi.

**4.** Lorsque le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire est supérieur à 150 000 $, le montant de l'ordonnance est le suivant :

(*a*) the amount determined under section 3; or

(*b*) if the court considers that amount to be inappropriate,

(i) in respect of the first $150,000 of the spouse's income, the amount set out in the applicable table for the number of children under the age of majority to whom the order relates;

(ii) in respect of the balance of the spouse's income, the amount that the court considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children who are entitled to support and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the children; and

(iii) the amount, if any, determined under section 7.

**9.** Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account

(*a*) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;

(*b*) the increased costs of shared custody arrangements; and

(*c*) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.

**10.** (1) On either spouse's application, a court may award an amount of child support that is different from the amount determined under any of sections 3 to 5, 8 or 9 if the court finds that the spouse making the request, or a child in respect of whom the request is made, would otherwise suffer undue hardship.

(2) Circumstances that may cause a spouse or child to suffer undue hardship include the following:

(*a*) the spouse has responsibility for an unusually high level of debts reasonably incurred to support the spouses and their children prior to the separation or to earn a living;

(*b*) the spouse has unusually high expenses in relation to exercising access to a child;

*a*) le montant déterminé en application de l'article 3;

*b*) si le tribunal est d'avis que ce montant n'est pas indiqué:

(i) pour les premiers 150 000 $, le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance,

(ii) pour l'excédent, tout montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants en cause, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer à leur soutien alimentaire,

(iii) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

**9.** Si un époux exerce son droit d'accès auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année, le montant de l'ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :

*a*) des montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux;

*b*) des coûts plus élevés associés à la garde partagée;

*c*) des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

**10.** (1) Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, fixer comme montant de l'ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9, s'il conclut que, sans cette mesure, l'époux qui fait cette demande ou tout enfant visé par celle-ci éprouverait des difficultés excessives.

(2) Des difficultés excessives peuvent résulter, notamment :

*a*) des dettes anormalement élevées qui sont raisonnablement contractées par un époux pour soutenir les époux et les enfants avant la séparation ou pour gagner un revenu;

*b*) des frais anormalement élevés liés à l'exercice par un époux du droit d'accès auprès des enfants;

(*c*) the spouse has a legal duty under a judgment, order or written separation agreement to support any person;

(*d*) the spouse has a legal duty to support a child, other than a child of the marriage, who is

(i) under the age of majority, or

(ii) the age of majority or over but is unable, by reason of illness, disability or other cause, to obtain the necessaries of life; and

(*e*) the spouse has a legal duty to support any person who is unable to obtain the necessaries of life due to an illness or disability.

(3) Despite a determination of undue hardship under subsection (1), an application under that subsection must be denied by the court if it is of the opinion that the household of the spouse who claims undue hardship would, after determining the amount of child support under any of sections 3 to 5, 8 or 9, have a higher standard of living than the household of the other spouse.

(4) In comparing standards of living for the purpose of subsection (3), the court may use the comparison of household standards of living test set out in Schedule II.

(5) Where the court awards a different amount of child support under subsection (1), it may specify, in the child support order, a reasonable time for the satisfaction of any obligation arising from circumstances that cause undue hardship and the amount payable at the end of that time.

(6) Where the court makes a child support order in a different amount under this section, it must record its reasons for doing so.

**14.** For the purposes of subsection 17(4) of the Act, any one of the following constitutes a change of circumstances that gives rise to the making of a variation order in respect of a child support order:

(*a*) in the case where the amount of child support includes a determination made in accordance with the applicable table, any change in circumstances that would result in a different child support order or any provision thereof;

(*b*) in the case where the amount of child support does not include a determination made in accordance with a table, any change in the condition, means,

*c*) des obligations légales d'un époux découlant d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une entente de séparation écrite pour le soutien alimentaire de toute personne;

*d*) des obligations légales d'un époux pour le soutien alimentaire d'un enfant, autre qu'un enfant à charge, qui :

(i) n'est pas majeur,

(ii) est majeur, sans pouvoir, pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, subvenir à ses propres besoins;

*e*) des obligations légales d'un époux pour le soutien alimentaire de toute personne qui ne peut subvenir à ses propres besoins pour cause de maladie ou d'invalidité.

(3) Même s'il conclut à l'existence de difficultés excessives, le tribunal doit rejeter la demande faite en application du paragraphe (1) s'il est d'avis que le ménage de l'époux qui les invoque aurait, par suite de la détermination du montant de l'ordonnance alimentaire en application des articles 3 à 5, 8 et 9, un niveau de vie plus élevé que celui du ménage de l'autre époux.

(4) Afin de comparer les niveaux de vie des ménages visés au paragraphe (3), le tribunal peut utiliser la méthode prévue à l'annexe II.

(5) S'il rajuste le montant de l'ordonnance alimentaire en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut, dans l'ordonnance, prévoir une période raisonnable pour permettre à l'époux de satisfaire les obligations qui causent des difficultés excessives et fixer le montant de celle-ci à l'expiration de cette période.

(6) Le tribunal doit enregistrer les motifs de sa décision de rajuster le montant de l'ordonnance alimentaire en vertu du présent article.

**14.** Pour l'application du paragraphe 17(4) de la Loi, l'un ou l'autre des changements ci-après constitue un changement de situation au titre duquel une ordonnance alimentaire modificative peut être rendue :

*a*) dans le cas d'une ordonnance alimentaire dont tout ou partie du montant a été déterminé selon la table applicable, tout changement qui amènerait une modification de l'ordonnance ou de telle de ses dispositions;

*b*) dans le cas d'une ordonnance alimentaire dont le montant n'a pas été déterminé selon une table, tout changement dans les ressources, les besoins ou,

needs or other circumstances of either spouse or of any child who is entitled to support; and

(*c*) in the case of an order made before May 1, 1997, the coming into force of section 15.1 of the Act, enacted by section 2 of chapter 1 of the Statutes of Canada, (1997).

**25.** (1) Every spouse against whom a child support order has been made must, on the written request of the other spouse or the order assignee, not more than once a year after the making of the order and as long as the child is a child within the meaning of these Guidelines, provide that other spouse or the order assignee with

(*a*) the documents referred to in subsection 21(1) for any of the three most recent taxation years for which the spouse has not previously provided the documents;

(*b*) as applicable, any current information, in writing, about the status of any expenses included in the order pursuant to subsection 7(1); and

(*c*) as applicable, any current information, in writing, about the circumstances relied on by the court in a determination of undue hardship.

*Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, c. P-1 (am. S.A. 2003, c. I-0.5, s. 58(6); rep. S.A. 2003, c. F-4.5, s. 129)

**7(1)** Subject to subsection (5), an application may be made to the Court for an order

(a) declaring that the respondent is a parent for the purposes of this Act, and

(b) directing the payment of any or all of the expenses referred to in section 16(2).

. . .

**15(1)** If the Court is satisfied that the respondent is a parent, the Court may make an order declaring the respondent to be a parent for the purposes of this Act.

**(2)** If 2 or more persons are named as respondents in an application and the Court

(a) is satisfied that any one of the respondents might be a parent, and

d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des époux ou de tout enfant ayant droit à une pension alimentaire;

*c*) dans le cas d'une ordonnance rendue avant le 1er mai 1997, l'entrée en vigueur de l'article 15.1 de la Loi, édicté par l'article 2 du chapitre 1 des Lois du Canada (1997).

**25.** (1) Le débiteur alimentaire doit, sur demande écrite de l'autre époux ou du cessionnaire de la créance alimentaire, au plus une fois par année après le prononcé de l'ordonnance et tant que l'enfant est un enfant au sens des présentes lignes directrices, lui fournir :

*a*) les documents visés au paragraphe 21(1) pour les trois dernières années d'imposition, sauf celles pour lesquelles ils ont déjà été fournis;

*b*) le cas échéant, par écrit, des renseignements à jour sur l'état des dépenses qui sont prévues dans l'ordonnance en vertu du paragraphe 7(1);

*c*) le cas échéant, par écrit, des renseignements à jour sur les circonstances sur lesquelles s'est fondé le tribunal pour établir l'existence de difficultés excessives.

*Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, ch. P-1 (mod. S.A. 2003, ch. I-0.5, par. 58(6); abr. S.A. 2003, ch. F-4.5, art. 129)

[TRADUCTION]

**7(1)** Sous réserve du paragraphe (5), la Cour peut être saisie d'une demande d'ordonnance

a) déclarant que la partie défenderesse est un parent de l'enfant pour l'application de la présente loi et

b) prévoyant le paiement des dépenses visées au paragraphe 16(2) ou de certaines d'entre elles.

. . .

**15(1)** Lorsqu'elle est convaincue que la partie défenderesse est un parent, la Cour peut rendre une ordonnance déclarant que la partie défenderesse est un parent pour l'application de la présente loi.

**(2)** Lorsque deux personnes ou plus sont constituées parties défenderesses à une demande et qu'elle

a) est convaincue que l'une ou l'autre de ces personnes pourrait être un parent, mais

(b) is unable to determine which respondent is a parent,

the Court may make an order declaring each of the respondents who, in the opinion of the Court, might be a parent to be a parent for the purposes of this Act.

**(3)** No order may be made under this section if, at the date of the application for the order, the child in respect of whom the application is made has reached the age of 18 years.

**16(1)** If an order is made under section 15, the Court may, subject to subsection (3), make a further order

(a) directing the respondent to pay any or all of the expenses referred to in subsection (2), or

(b) if the order is made under section 15(2), directing the respondents to pay any or all of the expenses referred to in subsection (2) in any proportion that the Court considers appropriate.

**(2)** A direction in an order under this section may refer to any or all of the following expenses:

(a) reasonable expenses for the maintenance of the mother

(i) during a period not exceeding 3 months preceding the birth of the child,

(ii) at the birth of the child, and

(iii) during a period after the birth of the child that, in the opinion of the Court, is necessary as a consequence of the birth of the child;

(b) reasonable expenses for the maintenance of the child before the date of the order;

(c) monthly or periodic payments for the maintenance of the child until the child reaches the age of 18 years;

(d) expenses of the burial of the child if the child dies before the date of the order;

(e) costs of any or all Court proceedings taken under this Act.

**(3)** No order may be made under this section

b) est incapable de déterminer laquelle,

la Cour peut rendre une ordonnance déclarant que chacune des parties défenderesses qui, à son avis, pourrait être un parent, est un parent pour l'application de la présente loi.

**(3)** Nulle ordonnance ne peut être rendue en vertu du présent article lorsque, à la date de la demande, l'enfant visé par celle-ci a 18 ans ou plus.

**16(1)** Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu de l'article 15, la Cour peut, sous réserve du paragraphe (3), rendre une autre ordonnance

a) enjoignant à la partie défenderesse de payer tout ou partie des dépenses énumérées au paragraphe (2) ou,

b) lorsque l'ordonnance est rendue en vertu du paragraphe 15(2), enjoignant aux parties défenderesses de payer tout ou partie des dépenses énumérées au paragraphe (2), suivant la proportion qu'elle estime appropriée.

**(2)** L'ordonnance peut porter sur ce qui suit :

a) les dépenses raisonnables engagées par la mère pour subvenir à ses besoins

(i) au plus 3 mois avant la naissance de l'enfant,

(ii) à la naissance de l'enfant,

(iii) ultérieurement, lorsque la Cour estime qu'elles ont été rendues nécessaires par la naissance de l'enfant;

b) les dépenses raisonnables engagées pour subvenir aux besoins de l'enfant avant l'ordonnance;

c) les sommes versées mensuellement ou périodiquement pour subvenir aux besoins de l'enfant avant qu'il n'ait 18 ans;

d) les frais d'inhumation de l'enfant qui décède avant le prononcé de l'ordonnance;

e) les frais de justice afférents à une instance engagée sous le régime de la présente loi.

**(3)** Une ordonnance ne peut être rendue en application du présent article

(a) in respect of an expense referred to in subsection (2)(b) or (c) unless the application for the order is commenced before the child in respect of whom the application is made reaches the age of 18 years, or

(b) in respect of an expense referred to in subsection (2)(a) or (d) unless the application for the order is commenced within 2 years after the expense was incurred.

**(4)** In making an order under this section, the Court shall fix an amount to be paid for the maintenance of a child that will enable the child to be maintained at a reasonable standard of living having regard to the financial resources of each of the child's parents.

**(5)** An order may provide that the liability of a parent for the expenses referred to in subsection (2), other than for the maintenance of a child under subsection (2)(c), shall be satisfied by the payment of an amount specified in the order.

**(6)** When an order is made under this section, the applicant shall provide certified copies of the order to any person declared to be a parent under section 15.

**18(1)** An application to vary or terminate an order or a filed agreement may be made to the Court by

(a) a person required by the order or filed agreement to make a payment,

(b) a parent of a child who is the subject of the order or filed agreement,

(c) a person who has the care and control of a child who is the subject of the order or filed agreement,

(d) a child who is the subject of the order or filed agreement, or

(e) the Director under the *Income and Employment Supports Act* on behalf of the Government, where the Director has a right under Part 5 of the *Income and Employment Supports Act*.

**(2)** The Court may vary or terminate an order or a filed agreement if it is satisfied that there has been a substantial change in

(a) the ability of a parent to pay the expenses specified in the order or filed agreement,

a) pour les dépenses visées aux alinéas (2)b) ou c) que si la demande est présentée avant que l'enfant en cause n'ait 18 ans ou,

b) pour les dépenses visées aux alinéas (2)a) ou d), que si la demande est présentée au plus tard 2 ans après qu'elles ont été engagées.

**(4)** En rendant son ordonnance, la Cour détermine le montant des aliments devant être versés pour assurer à l'enfant un niveau de vie raisonnable compte tenu des ressources financières de ses père et mère.

**(5)** Une ordonnance peut prévoir que l'obligation d'un parent à l'égard des dépenses énumérées au paragraphe (2), à l'exclusion de celles visées à l'alinéa (2)c), sera exécutée par le paiement de la somme qu'elle précise.

**(6)** Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu du présent article, la partie demanderesse en fournit une copie certifiée conforme à toute personne déclarée être un parent en application de l'article 15.

**18(1)** Une demande visant la modification d'une ordonnance ou d'un accord déposé ou son annulation peut être présentée par l'une ou l'autre des personnes suivantes :

a) une personne tenue à un paiement par l'ordonnance ou l'accord déposé;

b) le père ou la mère de l'enfant visé par l'ordonnance ou l'accord déposé;

c) une personne assurant le soin et la surveillance de l'enfant visé par l'ordonnance ou l'accord déposé;

d) l'enfant visé par l'ordonnance ou l'accord déposé;

e) le Directeur nommé en vertu de l'*Income and Employment Supports Act*, au nom du gouvernement, lorsque la partie 5 de cette loi lui en confère le droit.

**(2)** La Cour peut modifier ou annuler une ordonnance ou un accord déposé lorsqu'elle est convaincue qu'un changement important est survenu en ce qui concerne :

a) la capacité d'un parent de payer les dépenses prévues dans l'ordonnance ou l'accord déposé,

(b) the needs of the child, or

(c) the care and control of the child.

**(3)** An order under this section may not vary an amount specified under section 6(3) or 16(5).

*Appeals allowed with costs in D.B.S. v. S.R.G. and in T.A.R. v. L.J.W. Appeals dismissed with costs in Henry v. Henry and in Hiemstra v. Hiemstra.*

*Solicitors for the appellants: Smith Family Law Group, Toronto.*

*Solicitor for the respondents S.R.G. and L.J.W.: Carole Curtis, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Celeste Rosanne Henry: Thornborough Smeltz Gillis, Calgary.*

*Solicitors for the respondent Geraldine Hiemstra: Rand Kiss Turner, Edmonton.*

b) les besoins de l'enfant ou

c) le soin de l'enfant et sa surveillance.

**(3)** Le montant fixé en application des paragraphes 6(3) ou 16(5) ne peut être modifié par une ordonnance rendue en application du présent article.

*Pourvois accueillis avec dépens dans D.B.S. c. S.R.G. et dans T.A.R. c. L.J.W. Pourvois rejetés avec dépens dans Henry c. Henry et dans Hiemstra c. Hiemstra.*

*Procureurs pour les appelants : Smith Family Law Group, Toronto.*

*Procureure pour les intimées S.R.G. et L.J.W. : Carole Curtis, Toronto.*

*Procureurs pour l'intimée Celeste Rosanne Henry : Thornborough Smeltz Gillis, Calgary.*

*Procureurs pour l'intimée Geraldine Hiemstra : Rand Kiss Turner, Edmonton.*

**Ronald David Baier, George Ollenberger, Liam McNiff, Evelyn Alexandra Keith and Alberta Teachers' Association** *Applicants*

*v.*

**Her Majesty The Queen in Right of Alberta** *Respondent*

**INDEXED AS: BAIER *v.* ALBERTA**

**Neutral citation: 2006 SCC 38.**

File No.: 31526.

2006: July 7; 2006: July 10.

Reasons delivered: July 27, 2006.

Present: Rothstein J.

MOTION FOR A STAY

*Civil procedure — Appeals — Supreme Court of Canada — Stay — Court of Appeal's judgment declaring constitutional legislative amendments precluding school board employees from running for election as school trustees anywhere in province — Applicants and other school board employees accordingly disqualified from holding their positions as school trustees — Applicants appealing Court of Appeal's judgment and bringing motion to stay judgment pending leave to appeal — Motion granted — Stay order exempting from operation of relevant legislation school board employees who are presently sitting as school board trustees as result of valid election — Relevant legislation not suspended and remaining operative in all other circumstances.*

**Cases Cited**

**Applied:** *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(*b*), (*d*), 15(1).

*Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, c. L-21, s. 22(1)(b), (1.1) [ad. 2002, c. 23, s. 1].

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, Rule 62.

**Ronald David Baier, George Ollenberger, Liam McNiff, Evelyn Alexandra Keith et Alberta Teachers' Association** *Requérants*

*c.*

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : BAIER *c.* ALBERTA**

**Référence neutre : 2006 CSC 38.**

N° du greffe : 31526.

2006 : 7 juillet; 2006 : 10 juillet.

Motifs déposés : 27 juillet 2006.

Présent : Le juge Rothstein.

REQUÊTE EN SURSIS

*Procédure civile — Appels — Cour suprême du Canada — Sursis — Jugement de la Cour d'appel déclarant constitutionnelles les modifications législatives interdisant aux employés d'un conseil scolaire de briguer un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — Requérants et autres employés du conseil scolaire devenus inhabiles à occuper leur poste de conseiller à la suite de cette décision — Requérants portant en appel le jugement de la Cour d'appel et déposant une requête en sursis d'exécution de ce jugement jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande d'autorisation d'appel — Requête accordée — Ordonnance de sursis soustrayant à l'application de la mesure législative pertinente les employés d'un conseil scolaire qui occupent actuellement un poste de conseiller scolaire à la suite d'une élection valide — Mesure législative pertinente non suspendue et demeurant opérante dans tous les autres cas.*

**Jurisprudence**

**Arrêt appliqué :** *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2*b*), *d*), 15(1).

*Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, ch. L-21, art. 22(1)b), (1.1) [aj. 2002, ch. 23, art. 1].

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 65.1(1).

*School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23, s. 1.
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 65.1(1).

MOTION to stay a judgment of the Alberta Court of Appeal (Picard, Costigan and Ritter JJ.A.) (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 384 A.R. 237, 367 W.A.C. 237, [2006] 8 W.W.R. 33, [2006] A.J. No. 447 (QL), 2006 CarswellAlta 491, 2006 ABCA 137. Motion granted.

*Sandra M. Anderson*, for the applicants.

*Kurt J. W. Sandstrom*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

1 ROTHSTEIN J. — This is an application to stay the effect of a judgment of the Alberta Court of Appeal pending decision by this Court on the application for leave to appeal and if leave is granted pending decision by this Court on the applicants' appeal.

2 Prior to September 20, 2004, the Alberta *Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, c. L-21, precluded school board employees from running for election as school trustees only in the jurisdiction in which they were employed. However, such employees could run for election as school trustees in other jurisdictions (s. 22(1)(b)).

3 By amendments to the Act that were to come into force on September 20, 2004, persons who were employed by a school district or division, a charter school or a private school, were not eligible to be nominated as a candidate for election as a trustee of a school board anywhere in Alberta (s. 22(1.1) (added by s. 1 of the *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, c. 23)).

4 The applicants brought an application in the Alberta Court of Queen's Bench challenging the constitutionality of the September 20, 2004 amendments applicable to school board employees on the grounds that they infringed the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* rights of such employees, and in particular of teachers, under ss. 2(*b*), 2(*d*) and 15(1) of the *Charter* and that such

*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, art. 62.
*School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23, art. 1.

REQUÊTE en sursis d'exécution d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Picard, Costigan et Ritter) (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 384 A.R. 237, 367 W.A.C. 237, [2006] 8 W.W.R. 33, [2006] A.J. No. 447 (QL), 2006 CarswellAlta 491, 2006 ABCA 137. Requête accordée.

*Sandra M. Anderson*, pour les requérants.

*Kurt J. W. Sandstrom*, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN — La présente demande vise à obtenir un sursis à l'exécution d'un jugement de la Cour d'appel de l'Alberta jusqu'à ce que la Cour ait statué sur la demande d'autorisation d'appel et qu'elle se soit prononcée sur le pourvoi des requérants, si l'autorisation est accordée.

Avant le 20 septembre 2004, la loi albertaine intitulée *Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, ch. L-21, interdisait aux employés d'un conseil scolaire de briguer le poste de conseiller scolaire uniquement dans le territoire où ils occupaient leur emploi. Cependant, ils pouvaient se porter candidats à ce poste dans d'autres territoires (al. 22(1)b)).

Selon des modifications à la Loi qui devaient entrer en vigueur le 20 septembre 2004, les employés d'un district ou d'une division scolaire, d'une école à charte ou d'une école privée ne pourraient pas se porter candidats à un poste de conseiller scolaire où que ce soit en Alberta (par. 22(1.1) (ajouté par l'art. 1 de la *School Trustee Statutes Amendment Act, 2002*, S.A. 2002, ch. 23)).

Les requérants ont contesté devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta la constitutionnalité des modifications du 20 septembre 2004 applicables aux employés d'un conseil scolaire, en faisant valoir que ces modifications portaient atteinte aux droits garantis à ces employés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, et plus particulièrement aux droits garantis aux enseignants par

infringements could not be justified under s. 1 of the *Charter.*

In a judgment dated September 14, 2004, Sulyma J. declared that the September 20, 2004 amendments in respect of school board employees were contrary to s. 2(*b*) of the *Charter* and of no force and effect: (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 2004 ABQB 669.

An application to Sulyma J. by the government to stay her order pending appeal to the Alberta Court of Appeal was denied on September 17, 2004. As a result of her order, the relevant September 20, 2004 amendments did not come into force.

The applicants Baier, Ollenberger and McNiff successfully ran for the positions of school trustees in the October 2004 election.

By judgment of May 1, 2006, the Alberta Court of Appeal (Costigan J.A., Picard and Ritter JJ.A. concurring) allowed the government's appeal: (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137. The effect of the judgment of the Court of Appeal is that the relevant amendments precluding school board employees from running for election as school trustees anywhere in Alberta, is constitutionally valid and in force. As a result, school board employees including Baier, Ollenberger and McNiff became disqualified to hold their positions as school trustees.

The applicants applied to the Court of Appeal for a stay of its decision pending leave to appeal to the Supreme Court of Canada. By decision of June 13, 2006, Côté J.A., with Costigan J.A., denied the application for a stay: (2006), 26 C.P.C. (6th) 234, 2006 ABCA 187. However, Côté J.A. observed that there was "little doubt that the Supreme Court could fashion a remedy, and maybe one judge of the Supreme Court could" (para. 14).

les al. 2*b*) et 2*d*) et le par. 15(1) de la *Charte*, et que cette atteinte ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

5 Dans un jugement daté du 14 septembre 2004, la juge Sulyma a déclaré que les modifications du 20 septembre 2004 applicables aux employés d'un conseil scolaire contrevenaient à l'al. 2*b*) de la *Charte* et étaient inopérantes : (2004), 38 Alta. L.R. (4th) 303, 2004 ABQB 669.

6 La demande que le gouvernement a présentée à la juge Sulyma afin d'obtenir un sursis à l'exécution de son ordonnance jusqu'à ce que la Cour d'appel de l'Alberta ait rendu jugement a été rejetée le 17 septembre 2004. Par suite de l'ordonnance de la juge Sulyma, les modifications pertinentes du 20 septembre 2004 ne sont pas entrées en vigueur.

7 Les requérants Baier, Ollenberger et McNiff ont brigué avec succès des postes de conseiller scolaire lors de l'élection d'octobre 2004.

8 Dans un jugement rendu le 1er mai 2006, la Cour d'appel de l'Alberta (le juge Costigan avec l'appui des juges Picard et Ritter) a accueilli l'appel interjeté par le gouvernement : (2006), 57 Alta. L.R. (4th) 205, 2006 ABCA 137. Ce jugement de la Cour d'appel a eu pour effet de déclarer constitutionnelles et opérantes les modifications pertinentes qui interdisent aux employés d'un conseil scolaire de briguer un poste de conseiller scolaire où que ce soit en Alberta. Par conséquent, les employés d'un conseil scolaire, y compris MM. Baier, Ollenberger et McNiff, sont devenus inhabiles à occuper leur poste de conseiller scolaire.

9 Les requérants ont demandé à la Cour d'appel de surseoir à l'exécution de sa décision jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada ait statué sur leur demande d'autorisation d'appel. Dans une décision rendue le 13 juin 2006, les juges Côté et Costigan ont rejeté la demande de sursis : (2006), 26 C.P.C. (6th) 234, 2006 ABCA 187. Toutefois, le juge Côté a souligné qu'il y avait [TRADUCTION] « peu de doute que la Cour suprême, voire un seul juge de la Cour suprême, pourrait concevoir une réparation » (par. 14).

10 By application, filed June 28, 2006, the applicants applied for leave to appeal the May 1 decision of the Court of Appeal to this Court. At the same time, they applied to this Court for

an order that proceedings be stayed with respect to the judgment from which the leave to appeal is being sought, on the following terms, or such further or other order as the Judge may deem appropriate:

1. The Reasons for Judgment issued by the Court of Appeal of Alberta on May 1, 2006, and the Judgment Roll filed in the Court of Appeal of Alberta on June 2, 2006, are stayed until such time as the Applicants are advised by this Court of the outcome of their application for leave to appeal;

2. The individual Applicants may continue to sit as school trustees pending the determination of their application for leave to appeal;

. . .

11 The stay application was heard by me as Rota Judge by way of conference call on July 7, 2006. The application was granted with these reasons to follow.

Issues

(1) *Is there anything to stay?*

12 Section 65.1(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, pursuant to which the stay application is brought provides:

**65.1** (1) The Court, the court appealed from or a judge of either of those courts may, on the request of the party who has served and filed a notice of application for leave to appeal, order that proceedings be stayed with respect to the judgment from which leave to appeal is being sought, on the terms deemed appropriate.

At first blush, it would appear that there is nothing to stay. As succinctly explained by Côté J.A. in denying the applicants' stay application brought to the Court of Appeal:

But I do not think that there will be any execution or court proceeding here which could be stayed. Since

Dans une requête déposée le 28 juin 2006, les requérants ont demandé à la Cour l'autorisation d'interjeter appel contre la décision du 1er mai de la Cour d'appel. En même temps, ils ont demandé à la Cour

[TRADUCTION] d'ordonner l'arrêt des procédures concernant le jugement visé par la demande d'autorisation d'appel, aux conditions suivantes, ou de rendre toute autre ordonnance que le juge pourra estimer appropriée :

1. Les motifs du jugement exposés le 1er mai 2006 par la Cour d'appel de l'Alberta ainsi que le jugement déposé en Cour d'appel de l'Alberta le 2 juin 2006 sont suspendus jusqu'à ce que la Cour ait avisé les requérants de l'issue de leur demande d'autorisation d'appel;

2. Chacun des requérants peut continuer de siéger à titre de conseiller scolaire jusqu'à ce qu'il soit statué sur leur demande d'autorisation d'appel;

. . .

J'ai entendu, à titre de juge de service, la demande de sursis lors d'un appel conférence le 7 juillet 2006. Cette demande a été accueillie avec les motifs à suivre que voici.

Questions en litige

(1) *Y a-t-il matière à sursis?*

Le paragraphe 65.1(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, sur lequel est fondée la demande de sursis, se lit ainsi :

**65.1** (1) La Cour, la juridiction inférieure ou un de leurs juges peut, à la demande de la partie qui a signifié et déposé l'avis de la demande d'autorisation d'appel, ordonner, aux conditions jugées appropriées, le sursis d'exécution du jugement objet de la demande.

À première vue, il ne semble pas y avoir matière à sursis. Comme le juge Côté l'a expliqué succinctement en rejetant la demande de sursis que les requérants avaient présentée à la Cour d'appel :

[TRADUCTION] Mais j'estime qu'en l'espèce il n'y aura aucune exécution ou procédure judiciaire

the first abortive stay motion, the formal judgment of the Court of Appeal has been entered (and so it is too late to amend its substance). The operative part is four words: "The appeal is allowed." Of course that wipes out the Queen's Bench judgment of unconstitutionality. Alberta R. 528(2) provides that a formal judgment of the Court of Appeal is to be entered with Queen's Bench, and thereupon it is to be treated as if given by the judge appealed from.

susceptible d'être suspendue. Depuis la première requête en obtention de sursis infructueuse, le jugement formel de la Cour d'appel a été inscrit (de sorte qu'il est trop tard pour en modifier le fond). Le dispositif est constitué de quatre mots : « L'appel est accueilli. » Bien entendu, cette décision annule la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour du Banc de la Reine. Le par. 528(2) des *Alberta Rules of Court* prévoit qu'un jugement formel de la Cour d'appel doit être inscrit auprès de la Cour du Banc de la Reine et, par la suite, traité comme s'il avait été rendu par le juge dont la décision est portée en appel.

Therefore, the plaintiffs have sued, and the Alberta courts have refused to give them any relief, dismissing the suit. The Alberta courts have done nothing. Apart from costs, there is no judgment on which to levy execution or conduct further proceedings. There is nothing to stay. . . . [paras. 11-12]

Par conséquent, les requérants ont intenté une action et les tribunaux albertains ont refusé de leur accorder un redressement, rejetant l'action. Les tribunaux albertains n'ont rien fait. Outre les dépens, aucun jugement ne donne ouverture à exécution ou à d'autres procédures. Il n'y a pas matière à sursis. . . [par. 11-12]

Nonetheless, this Court has adopted an expansive interpretation of s. 65.1(1) of the *Supreme Court Act* and Rule 62 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. Rule 62 (formerly Rule 27) provides:

Néanmoins, la Cour a adopté une interprétation large du par. 65.1(1) de la *Loi sur la Cour suprême* et de l'art. 62 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156. L'article 62 (auparavant l'art. 27) se lit ainsi :

**62.** Any party against whom a judgment has been given, or an order made, by the Court or any other court, may make a motion to the Court for a stay of execution or other relief against such judgment or order, and the Court may give such relief on the terms that may be appropriate.

**62.** La partie contre laquelle la Cour ou un autre tribunal a rendu un jugement ou une ordonnance peut demander à la Cour un sursis à l'exécution de ce jugement ou de cette ordonnance ou un autre redressement, et la Cour peut accéder à cette demande aux conditions qu'elle estime indiquées.

In *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, Sopinka and Cory JJ. wrote, at p. 329:

Dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, les juges Sopinka et Cory ont écrit, à la p. 329 : 13

We are of the view that the Court is empowered, pursuant to both s. 65.1 and r. 27 [now r. 62], not only to grant a stay of execution and of proceedings in the traditional sense, but also to make any order that preserves matters between the parties in a state that will prevent prejudice as far as possible pending resolution by the Court of the controversy, so as to enable the Court to render a meaningful and effective judgment. The Court must be able to intervene not only against the direct dictates of the judgment but also against its effects. [Emphasis added.]

Nous sommes d'avis que la Cour est habilitée, tant en vertu de l'art. 65.1 que de l'art. 27 [désormais l'art. 62], non seulement à accorder un sursis d'exécution et une suspension d'instance dans le sens traditionnel, mais aussi à rendre toute ordonnance visant à maintenir les parties dans une situation qui, dans la mesure du possible, ne sera pas cause de préjudice en attendant le règlement du différend par la Cour, de façon que cette dernière puisse rendre une décision qui ne sera pas dénuée de sens et d'efficacité. Notre Cour doit être en mesure d'intervenir non seulement à l'égard des termes mêmes du jugement, mais aussi à l'égard de ses effets. [Je souligne.]

The effect of the judgment of the Court of Appeal is to disqualify those school board employees from carrying out their terms as sitting school trustees. 14

Le jugement de la Cour d'appel a pour effet de rendre les employés d'un conseil scolaire inhabiles à exercer leur mandat de conseiller scolaire.

On the basis of the interpretation of this Court's authority as established in *RJR — MacDonald*, I am satisfied that the effect of the judgment of the Court of Appeal may be stayed by this Court.

(2) *May a single judge of this Court grant the stay?*

15 At p. 329 of *RJR — MacDonald*, Sopinka and Cory JJ. wrote:

> Moreover, we cannot agree that the adoption of s. 65.1 in 1992 (S.C. 1990, c. 8, s. 40) was intended to limit the Court's powers under r. 27. The purpose of that amendment was to enable a single judge to exercise the jurisdiction to grant stays in circumstances in which, before the amendment, a stay could be granted by the Court. Section 65.1 should, therefore, be interpreted to confer the same broad powers that are included in r. 27.

I have no difficulty concluding that a single judge may grant the stay sought in this case.

(3) *Have the applicants satisfied the test for the granting of the stay?*

16 (a) I need not dwell on the question of serious issue. The Court of Appeal came to a conclusion opposite to that of the Court of Queen's Bench. Both wrote extensive reasons. It is apparent that there is a serious issue.

(b) As to irreparable harm, this is not a case in which damages constitute a remedy. If sitting school trustees are disqualified, they will lose their positions and not have the opportunity of completing their terms and serving those who elected them. In the unique circumstances of this case in which the government consents to the stay, I am satisfied to find irreparable harm to the applicants.

(c) As to the balance of the inconvenience, I am directed by *RJR — MacDonald* to "be sensitive to and cautious of making rulings which deprive legislation enacted by elected officials of its effect" (p. 333). I must also assume the

Compte tenu de l'interprétation qui est donnée de sa compétence dans l'arrêt *RJR — MacDonald*, je suis convaincu que notre Cour peut suspendre l'effet du jugement de la Cour d'appel.

(2) *Le sursis peut-il être accordé par un seul juge de notre Cour?*

À la page 329 de l'arrêt *RJR — MacDonald*, les juges Sopinka et Cory ont écrit :

> Par ailleurs, nous ne pouvons souscrire à l'opinion que l'adoption de l'art. 65.1 en 1992 (L.C. 1990, ch. 8, art. 40) visait à restreindre les pouvoirs de notre Cour en vertu de l'art. 27. La modification visait à permettre à un seul juge d'exercer la compétence d'accorder un sursis dans les cas où, avant la modification, c'était la Cour qui pouvait accorder un sursis. En conséquence, l'art. 65.1 doit être interprété de façon à conférer les mêmes pouvoirs généraux que ceux inclus dans l'art. 27.

Je conclus sans aucune difficulté qu'un seul juge peut accorder le sursis sollicité en l'espèce.

(3) *Les requérants ont-ils satisfait au critère applicable pour accorder le sursis?*

a) Je n'ai pas à m'attarder sur le sujet de la question sérieuse. La Cour d'appel a tiré une conclusion contraire à celle de la Cour du Banc de la Reine. Les deux cours ont rédigé des motifs détaillés. Il y a manifestement une question sérieuse à trancher.

b) En ce qui concerne le préjudice irréparable, il ne s'agit pas d'un cas où la réparation consiste à accorder des dommages-intérêts. Si des conseillers scolaires sont déclarés inhabiles à siéger, ils perdent leur poste et n'ont pas la possibilité de terminer leur mandat et de continuer à servir ceux qui les ont élus. Compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire où le gouvernement consent au sursis, je suis convaincu de l'existence d'un préjudice irréparable pour les requérants.

c) Quant à la prépondérance des inconvénients, l'arrêt *RJR — MacDonald* me commande d'« être pruden[t] et attenti[f] quand on [me] demande de prendre [une] décisio[n] qui priv[e] de son effet une loi adoptée par des représentants

effect of the Alberta legislation, which I am asked to stay, promotes the public interest (pp. 348-49). However, the normal reservation against granting a stay that would have such effect is outweighed because of two considerations. The first is that the government, itself, consents to the stay. Its reason is the preservation of the integrity of the electoral system. It says that there is a public interest in avoiding the disruption to that system from the disqualification of sitting trustees. The second is that sitting trustees were elected by a majority of electors in an election that was valid at the time. This Court must have regard to the effect upon the public interest of a decision that would disregard the will of the majority of electors in valid elections. Indeed, it is apparent that there is a public benefit from the granting of a stay.

élus » (p. 333). En outre, je dois tenir pour acquis que l'effet de la mesure législative albertaine, qu'on me demande de suspendre, est de promouvoir l'intérêt public (p. 348-349). Toutefois, deux considérations l'emportent sur la réticence habituelle à accorder un sursis qui aurait un tel effet. Premièrement, le gouvernement lui-même consent au sursis. Il y consent dans le but de préserver l'intégrité du système électoral. Il soutient qu'il est dans l'intérêt public de ne pas ébranler ce système en déclarant des conseillers inhabiles à siéger. Deuxièmement, ces conseillers ont été élus par la majorité des électeurs dans le cadre d'une élection qui était valide à l'époque. Notre Cour doit tenir compte de l'effet qu'aurait sur l'intérêt public une décision qui ferait fi de la volonté que la majorité des électeurs ont exprimée dans le cadre d'une élection valide. En fait, il appert qu'il est dans l'intérêt public d'accorder un sursis.

In my opinion, the caution I must exhibit in considering whether to deprive legislation of its effect and the public interest in recognizing the will of electors in democratic elections can both be accommodated by treating this as an exemption case and not as a suspension case. Counsel for the applicants was satisfied with this approach. Counsel for the government specifically asked that the stay be granted on an exemption and not a suspension basis.

17 À mon avis, considérer la présente affaire comme un cas d'exception plutôt que comme un cas de suspension permet de concilier la prudence dont je dois faire montre en examinant s'il y a lieu de dépouiller la loi de son effet et le fait qu'il est dans l'intérêt public de reconnaître la volonté des électeurs exprimée dans le cadre d'une élection démocratique. L'avocat des requérants était satisfait de cette approche. L'avocat du gouvernement a demandé expressément que le sursis soit accordé à titre exceptionnel plutôt qu'à titre suspensif.

In the circumstances, I am of the view that an appropriate stay order would be to exempt from the operation of the relevant legislation, school board employees who are presently sitting as school board trustees as a result of a valid election. I am told that would affect the applicants Baier, Ollenberger and McNiff, and possibly a few other trustees. The stay on an exemption basis should continue only until leave to appeal in this Court is denied or if leave is granted only to the earlier of the Court's decision on appeal or the expiry of the current terms of the affected school board employees. As a result, the relevant legislation will not be suspended and will remain operative in all other circumstances and specifically for the purposes of the election that

18 Dans les circonstances, je suis d'avis que l'ordonnance de sursis appropriée consisterait à soustraire à l'application de la mesure législative pertinente les employés d'un conseil scolaire qui occupent actuellement un poste de conseiller scolaire à la suite d'une élection valide. On me dit que cela toucherait les requérants Baier, Ollenberger et McNiff et possiblement quelques autres conseillers. Le sursis accordé à titre exceptionnel devrait s'appliquer uniquement jusqu'à ce que la demande d'autorisation d'appel devant notre Cour soit rejetée ou, si cette autorisation est accordée, uniquement jusqu'à ce que la Cour ait statué sur l'appel ou jusqu'à ce que les mandats actuels des employés d'un conseil scolaire touchés aient expiré, selon la première de

will take place in respect of the school trustee positions that are presently occupied by school board employees unless this Court, prior to those elections, should reverse the decision of the Court of Appeal.

19 The application for leave to appeal will be expedited, submissions from the applicants and the government, having now been filed with the Court.

20 By agreement there will be no order as to costs.

*Motion granted.*

*Solicitors for the applicants: Field, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

## ORDER*

ROTHSTEIN J. — Upon application by counsel for the applicants for a stay of the judgment of the Court of Appeal of Alberta dated May 1, 2006;

. . .

IT IS HEREBY ORDERED THAT:

1. The applicants, Ronald David Baier, George Ollenberger and Liam McNiff, and all other teachers and employees of a school district or division, charter school or private school who are presently serving as school board trustees are exempted from the operation of s. 22(1.1) of the *Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, c. L-21, pending the determination of the application for leave to appeal. In the event that the application for leave is denied, this order will cease to have effect. If leave to appeal is granted, the order will remain in effect until the earlier of the end of their respective terms of office or the date of the judgment on the appeal.

2. There shall be no order as to costs.

* Revised July 27, 2006.

ces éventualités. En conséquence, la mesure législative pertinente ne sera pas suspendue et restera opérante dans tous les autres cas et, plus précisément, pour les besoins de l'élection qui aura lieu à l'égard des postes de conseiller scolaire actuellement occupés par les employés d'un conseil scolaire, sauf si notre Cour infirme la décision de la Cour d'appel avant la tenue de cette élection.

La demande d'autorisation d'appel sera traitée promptement, l'argumentation des requérants et du gouvernement ayant déjà été déposée auprès de la Cour.

Comme il a été convenu, il n'y a aucune ordonnance quant aux dépens.

*Requête accordée.*

*Procureurs des requérants : Field, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

## ORDONNANCE*

LE JUGE ROTHSTEIN — À la suite d'une demande des avocats des demandeurs visant à obtenir un sursis à l'exécution du jugement rendu le 1er mai 2006 par la Cour d'appel de l'Alberta;

. . .

IL EST PAR LA PRÉSENTE ORDONNÉ CECI :

1. Les demandeurs, Ronald David Baier, George Ollenberger et Liam McNiff, ainsi que tous les autres enseignants et employés d'un district ou d'une division scolaire, d'une école à charte ou d'une école privée qui occupent actuellement un poste de conseiller scolaire sont soustraits à l'application du par. 22(1.1) de la *Local Authorities Election Act*, R.S.A. 2000, ch. L-1, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande d'autorisation d'appel. Si la demande d'autorisation est rejetée, la présente ordonnance cessera de s'appliquer. Si l'autorisation d'appel est accordée, l'ordonnance continuera de s'appliquer jusqu'à ce que leurs mandats respectifs aient expiré ou jusqu'à la date du jugement concernant l'appel, selon la première de ces éventualités.

2. Il n'y a aucune ordonnance quant aux dépens.

* Révisée le 27 juillet 2006.

**Minister of Justice** *Appellant*

*v.*

**Sheldon Blank** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, The Advocates' Society and Information Commissioner of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: BLANK *v.* CANADA (MINISTER OF JUSTICE)

**Neutral citation: 2006 SCC 39.**

File No.: 30553.

2005: December 13; 2006: September 8.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Access to information — Exemptions — Solicitor-client privilege — Distinction between solicitor-client privilege and litigation privilege — Claimant requesting documents relating to prosecutions of himself and a company for federal regulatory offences — Charges subsequently quashed or stayed — Request for access denied by government on various grounds including solicitor-client privilege exemption set out in s. 23 of Access to Information Act — Whether documents once subject to litigation privilege remain privileged when litigation ends — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 23.*

*Law of professions — Barristers and solicitors — Solicitor-client privilege — Litigation privilege — Distinction between solicitor-client privilege and litigation privilege — Nature, scope and duration of litigation privilege.*

In 1995, the Crown laid 13 charges against B and a company for regulatory offences; the charges were quashed, some of them in 1997 and the others in 2001.

**Ministre de la Justice** *Appelant*

*c.*

**Sheldon Blank** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario, The Advocates' Society et Commissaire à l'information du Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BLANK *c.* CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)

**Référence neutre : 2006 CSC 39.**

N° du greffe : 30553.

2005 : 13 décembre; 2006 : 8 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Accès à l'information — Exemptions — Secret professionnel de l'avocat — Distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige — Requérant demandant l'accès à des documents relatifs à des poursuites intentées contre lui et une société pour des infractions réglementaires fédérales — Annulation des accusations ou arrêt des procédures — Accès refusé par le gouvernement pour divers motifs dont l'exemption du secret professionnel de l'avocat prévue à l'art. 23 de la Loi sur l'accès à l'information — Les documents protégés par le privilège relatif au litige, continuent-ils à bénéficier de cette protection lorsque le litige prend fin? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 23.*

*Droit des professions — Avocats et procureurs — Secret professionnel de l'avocat — Privilège relatif au litige — Distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige — Nature, portée et durée du privilège relatif au litige.*

En 1995, le ministère public a porté 13 accusations contre B et une société pour des infractions réglementaires; certaines accusations ont été annulées en 1997, et

In 2002, the Crown laid new charges by way of indictment, but stayed them prior to trial. B and the company sued the federal government in damages for fraud, conspiracy, perjury and abuse of its prosecutorial powers. In 1997 and again in 1999, B requested all records pertaining to the prosecutions of himself and the company, but only some of the requested documents were furnished. His requests for information in the penal proceedings and under the *Access to Information Act* were denied by the government on various grounds, including the "solicitor-client privilege" exemption set out in s. 23 of the Act. Additional materials were released after B lodged a complaint with the Information Commissioner. The vast majority of the remaining documents were found to be properly exempted from disclosure under the solicitor-client privilege. On application for review under s. 41 of the Act, the motions judge held that documents excluded from disclosure pursuant to the litigation privilege should be released if the litigation to which the record relates has ended. On appeal, the majority of the Federal Court of Appeal on this issue found that the litigation privilege, unlike the legal advice privilege, expires with the end of the litigation that gave rise to the privilege, subject to the possibility of defining "litigation" broadly.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, and Abella JJ.: The Minister's claim of litigation privilege under s. 23 of the *Access to Information Act* fails. The privilege has expired because the files to which B seeks access relate to penal proceedings that have terminated. [9]

The litigation privilege and the solicitor-client privilege are driven by different policy considerations and generate different legal consequences. Litigation privilege is not directed at, still less, restricted to, communications between solicitor and client. It contemplates, as well, communications between a solicitor and third parties or, in the case of an unrepresented litigant, between the litigant and third parties. The purpose of the litigation privilege is to create a zone of privacy in relation to pending or apprehended litigation. The common law litigation privilege comes to an end, absent closely related proceedings, upon the termination of the litigation that gave rise to the privilege. Unlike the solicitor-client

les autres en 2001. En 2002, le ministère public a porté de nouvelles accusations par voie de mise en accusation, mais a ordonné l'arrêt des procédures avant le procès. B et la société ont intenté une action en dommages-intérêts contre le gouvernement fédéral pour fraude, complot, parjure et exercice abusif des pouvoirs de la poursuite. En 1997, et de nouveau en 1999, B a demandé tous les dossiers se rapportant aux poursuites engagées contre lui et contre la société, mais seuls certains de ces documents lui ont été communiqués. Le gouvernement a soulevé divers motifs, y compris l'exemption relative au « secret professionnel de l'avocat » établie à l'art. 23 de la *Loi sur l'accès à l'information*, pour rejeter les demandes de renseignements qui lui ont été présentées en vertu de cette loi et dans le cadre des procédures pénales. D'autres documents ont été communiqués à B après qu'il eut porté plainte auprès du Commissaire à l'information. Il a été décidé que la très grande majorité des documents restants avaient été exclus à bon droit de la communication parce qu'ils étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat. Saisi d'une demande de révision en application de l'art. 41 de la Loi, le juge des requêtes a conclu que les documents soustraits à la communication par application du privilège relatif au litige devaient être divulgués si le litige auquel ils se rapportaient avait pris fin. En appel, la Cour d'appel fédérale a conclu à la majorité, sur ce point, que le privilège relatif au litige, contrairement au privilège de la consultation juridique, s'éteint à l'issue du litige qui lui a donné lieu, sous réserve de la possibilité de définir le « litige » en termes larges.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish et Abella : La revendication, par le ministre, du privilège relatif au litige, fondée sur l'art. 23 de la *Loi sur l'accès à l'information*, ne saurait être accueillie. Le privilège a pris fin parce que les dossiers auxquels B tente d'avoir accès concernent des procédures pénales qui sont terminées. [9]

Le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat reposent sur des considérations de principe différentes et entraînent des conséquences juridiques différentes. Le privilège relatif au litige n'a pas pour cible, et encore moins pour cible unique, les communications entre un avocat et son client. Il touche aussi les communications entre un avocat et des tiers, ou dans le cas d'une partie non représentée, entre celle-ci et des tiers. L'objet du privilège relatif au litige est de créer une zone de confidentialité à l'occasion ou en prévision d'un litige. Le privilège relatif au litige reconnu en common law prend fin, en l'absence de procédures étroitement liées, lorsque le

privilege, it is neither absolute in scope nor permanent in duration. The privilege may retain its purpose and its effect where the litigation that gave rise to the privilege has ended, but related litigation remains pending or may reasonably be apprehended. This enlarged definition of litigation includes separate proceedings that involve the same or related parties and arise from the same or a related cause of action or juridical source. Proceedings that raise issues common to the initial action and share its essential purpose would qualify as well. [27] [33-39]

The litigation privilege would not in any event protect from disclosure evidence of the claimant party's abuse of process or similar blameworthy conduct. Even where the materials sought would otherwise be subject to litigation privilege, the party seeking their disclosure may be granted access to them upon a *prima facie* showing of actionable misconduct by the other party in relation to the proceedings with respect to which litigation privilege is claimed. Whether privilege is claimed in the originating or in related litigation, the court may review the materials to determine whether their disclosure should be ordered on this ground. [44-45]

Litigation privilege should attach to documents created for the dominant purpose of litigation. The dominant purpose test is more compatible with the contemporary trend favouring increased disclosure. Though it provides narrower protection than would a substantial purpose test, the dominant purpose standard is consistent with the notion that the litigation privilege should be viewed as a limited exception to the principle of full disclosure and not as an equal partner of the broadly interpreted solicitor-client privilege. [59-60]

*Per* Bastarache and Charron JJ.: Litigation privilege cannot be invoked at common law to refuse disclosure which is statutorily mandated. Either litigation privilege must be read into s. 23 of the *Access to Information Act* or it must be acknowledged that the Crown cannot invoke litigation privilege so as to resist disclosure under the Act. An exemption for litigation privilege should be read into s. 23 because litigation privilege has always been considered a branch of solicitor-client privilege. The two-branches approach to solicitor-client privilege should subsist, even accepting

litige qui lui a donné lieu est terminé. Contrairement au secret professionnel de l'avocat, il n'est ni absolu quant à sa portée, ni illimité quant à sa durée. Le privilège peut conserver son objet et son effet lorsque le litige qui lui a donné lieu a pris fin, mais qu'un litige connexe demeure en instance ou peut être raisonnablement appréhendé. Cette définition élargie du litige comprend les procédures distinctes qui opposent les mêmes parties, ou des parties liées, et qui découlent de la même cause d'action ou source juridique, ou d'une cause d'action connexe. Les procédures qui soulèvent des questions communes avec l'action initiale et qui partagent son objet fondamental seraient également visées. [27] [33-39]

Quoi qu'il en soit, le privilège relatif au litige ne saurait protéger contre la divulgation d'éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui le revendique. Même lorsque des documents seraient autrement protégés par le privilège relatif au litige, l'auteur d'une demande d'accès peut en obtenir la divulgation, s'il démontre *prima facie* que l'autre partie a eu une conduite donnant ouverture à action dans le cadre de la procédure à l'égard de laquelle elle revendique le privilège. Peu importe que le privilège soit revendiqué dans le cadre du litige initial ou d'un litige connexe, le tribunal peut examiner les documents afin de décider s'il y a lieu d'ordonner leur divulgation pour ce motif. [44-45]

Le privilège relatif au litige devrait s'attacher aux documents créés principalement en vue du litige. Le critère de l'objet principal est davantage compatible avec la tendance contemporaine qui favorise une divulgation accrue. Bien qu'il confère une protection plus limitée que ne le ferait le critère de l'objet important, le critère de l'objet principal est conforme à l'idée que le privilège relatif au litige devrait être considéré comme une exception limitée au principe de la communication complète et non comme un concept parallèle à égalité avec le secret professionnel de l'avocat interprété largement. [59-60]

*Les* juges Bastarache et Charron : On ne peut revendiquer le privilège relatif au litige en s'appuyant sur la common law pour refuser de communiquer un document que la loi nous oblige à divulguer. Soit l'art. 23 de la *Loi sur l'accès à l'information* doit être interprété comme visant implicitement le privilège relatif au litige, soit il faut reconnaître que le gouvernement ne peut invoquer ce privilège pour refuser de divulguer des documents sous le régime de cette loi. L'article 23 doit être tenu pour inclure implicitement une exemption concernant le privilège relatif au litige, parce que ce

that solicitor-client privilege and litigation privilege have distinct rationales. [67] [69-71] [73]

Once the privilege is determined to exist, s. 23 grants the institution a discretion as to whether or not to disclose. Although litigation privilege is understood as existing only *vis-à-vis* the adversary in the litigation, the effect of s. 23 is to permit the government institution to refuse disclosure to any requester so long as the privilege is found to exist. In this case, the Minister's claim of litigation privilege fails because the privilege has expired. [72] [74]

**Cases Cited**

By Fish J.

**Referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *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; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *Liquor Control Board of Ontario v. Lifford Wine Agencies Ltd.* (2005), 76 O.R. (3d) 401; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167; *College of Physicians & Surgeons (British Columbia) v. British Columbia (Information & Privacy Commissioner)* (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1, 2002 BCCA 665; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 196 D.L.R. (4th) 716, 2001 MBCA 11; *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. v. Jones Power Co.* (2000), 188 N.S.R. (2d) 173, 2000 NSCA 96; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; *In re L. (A Minor)*, [1997] A.C. 16; *Three Rivers District Council v. Governor and Company of the Bank of England (No. 6)*, [2004] Q.B. 916, [2004] EWCA Civ 218; *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326, 1999 ABQB 407; *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84; *Wujda v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476; *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71; *Canada Southern Petroleum Ltd. v. Amoco Canada Petroleum Co.* (1995), 176 A.R. 134; *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Waugh v. British Railways Board*, [1979] 2 All E.R. 1169; *Davies v. Harrington* (1980), 115 D.L.R. (3d) 347;

privilège a toujours été considéré comme une composante du secret professionnel de l'avocat. Il faut continuer à considérer le secret professionnel de l'avocat comme comportant deux composantes, même si l'on admet que le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige reposent sur des fondements différents. [67] [69-71] [73]

Une fois établie l'existence du privilège, l'art. 23 confère à l'institution le pouvoir discrétionnaire de divulguer ou non les renseignements. Alors que le privilège relatif au litige est considéré comme n'ayant d'effet que contre l'autre partie au litige, l'art. 23 permet à une institution fédérale de refuser la communication à quiconque la demande, à condition que l'existence du privilège soit établie. La revendication par le ministre du privilège relatif au litige ne saurait être accueillie en l'espèce, parce que ce privilège a pris fin. [72] [74]

**Jurisprudence**

Citée par le juge Fish

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *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; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *Liquor Control Board of Ontario c. Lifford Wine Agencies Ltd.* (2005), 76 O.R. (3d) 401; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167; *College of Physicians & Surgeons (British Columbia) c. British Columbia (Information & Privacy Commissioner)* (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1, 2002 BCCA 665; *Gower c. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 196 D.L.R. (4th) 716, 2001 MBCA 11; *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. c. Jones Power Co.* (2000), 188 N.S.R. (2d) 173, 2000 NSCA 96; *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321; *In re L. (A Minor)*, [1997] A.C. 16; *Three Rivers District Council c. Governor and Company of the Bank of England (No. 6)*, [2004] Q.B. 916, [2004] EWCA Civ 218; *Hickman c. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947); *Alberta (Treasury Branches) c. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326, 1999 ABQB 407; *Boulianne c. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84; *Wujda c. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476; *Meaney c. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71; *Canada Southern Petroleum Ltd. c. Amoco Canada Petroleum Co.* (1995), 176 A.R. 134; *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323; *Waugh c. British Railways Board*, [1979] 2 All E.R. 1169; *Davies c. Harrington* (1980),

*Voth Bros. Construction (1974) Ltd. v. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees* (1981), 29 B.C.L.R. 114; *McCaig v. Trentowsky* (1983), 148 D.L.R. (3d) 724; *Nova, an Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1984), 5 D.L.R. (4th) 755; *Lyell v. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1.

By Bastarache J.

**Referred to:** *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Interprovincial Pipe Line Inc. v. M.N.R.*, [1996] 1 F.C. 367; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

**Statutes and Regulations Cited**

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 16(1)(*b*), (*c*), 17, 23, 41.
*Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14.
*Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269.

**Authors Cited**

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
Sharpe, Robert J. "Claiming Privilege in the Discovery Process", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo Publishers, 1984, 163.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
Watson, Garry D., and Frank Au. "Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 315.
Wilson, J. Douglas. "Privilege in Experts' Working Papers" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 346.
Wilson, J. Douglas. "Privilege: Watson & Au (1998) 77 Can. Bar Rev. 346: REJOINDER: 'It's Elementary My Dear Watson'" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 549.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Létourneau and Pelletier JJ.A.), [2005] 1 F.C.R. 403, 244 D.L.R. (4th) 80, 325 N.R. 315, 21 Admin. L.R. (4th) 225, 34 C.P.R. (4th) 385, [2004] F.C.J. No. 1455 (QL), 2004 FCA 287, affirming in part an order of Campbell J., 2003 CarswellNat 5040, 2003 FCT 462. Appeal dismissed.

115 D.L.R. (3d) 347; *Voth Bros. Construction (1974) Ltd. c. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees* (1981), 29 B.C.L.R. 114; *McCaig c. Trentowsky* (1983), 148 D.L.R. (3d) 724; *Nova, an Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1984), 5 D.L.R. (4th) 755; *Lyell c. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1.

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts mentionnés :** *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Interprovincial Pipe Line Inc. c. M.R.N.*, [1996] 1 C.F. 367; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

**Lois et règlements cités**

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 16(1)*b*), *c*), 17, 23, 41.
*Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14.
*Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269.

**Doctrine citée**

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.
Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
Sharpe, Robert J. « Claiming Privilege in the Discovery Process », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*. Don Mills, Ont. : Richard De Boo Publishers, 1984, 163.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
Watson, Garry D., and Frank Au. « Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation » (1998), 77 *R. du B. can.* 315.
Wilson, J. Douglas. « Privilege in Experts' Working Papers » (1997), 76 *R. du B. can.* 346.
Wilson, J. Douglas. « Privilege : Watson & Au (1998) 77 Can. Bar Rev. 346 : REJOINDER : "It's Elementary My Dear Watson" » (1998), 77 *R. du B. can.* 549.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Létourneau et Pelletier), [2005] 1 R.C.F. 403, 244 D.L.R. (4th) 80, 325 N.R. 315, 21 Admin. L.R. (4th) 225, 34 C.P.R. (4th) 385, [2004] A.C.F. nº 1455 (QL), 2004 CAF 287, qui a confirmé en partie un jugement du juge Campbell, 2003 CarswellNat 5040, 2003 CFPI 462. Pourvoi rejeté.

*Graham Garton*, *Q.C.*, and *Christopher M. Rupar*, for the appellant.

*Sheldon Blank*, on his own behalf.

*Luba Kowal*, *Malliha Wilson* and *Christopher P. Thompson*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Wendy Matheson* and *David Outerbridge*, for the intervener The Advocates' Society.

*Raynold Langlois*, *Q.C.*, and *Daniel Brunet*, for the intervener the Information Commissioner of Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish and Abella JJ. was delivered by

FISH J. —

I

1 This appeal requires the Court, for the first time, to distinguish between two related but conceptually distinct exemptions from compelled disclosure: the *solicitor-client privilege* and the *litigation privilege*. They often co-exist and one is sometimes mistakenly called by the other's name, but they are not coterminous in space, time or meaning.

2 More particularly, we are concerned in this case with the litigation privilege, with how it is born and when it must be laid to rest. And we need to consider that issue in the narrow context of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 ("*Access Act*"), but with prudent regard for its broader implications on the conduct of legal proceedings generally.

3 This case has proceeded throughout on the basis that "solicitor-client privilege" was intended, in s. 23 of the *Access Act*, to include the litigation privilege which is not elsewhere mentioned in the Act.

*Graham Garton*, *c.r.*, et *Christopher M. Rupar*, pour l'appelant.

*Sheldon Blank*, en personne.

*Luba Kowal*, *Malliha Wilson* et *Christopher P. Thompson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Wendy Matheson* et *David Outerbridge*, pour l'intervenante The Advocates' Society.

*Raynold Langlois*, *c.r.*, et *Daniel Brunet*, pour l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LE JUGE FISH —

I

Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à établir pour la première fois une distinction entre deux exceptions à la communication forcée qui sont connexes, mais distinctes sur le plan conceptuel : le *privilège du secret professionnel de l'avocat* (*solicitor-client privilege*) et le *privilège relatif au litige* (*litigation privilege*). Ces privilèges coexistent souvent et on utilise parfois à tort le nom de l'un pour désigner l'autre, mais leur portée, leur durée et leur signification ne coïncident pas.

En l'espèce, nous nous intéressons plus particulièrement au privilège relatif au litige, à la façon dont il prend naissance et au moment où il s'éteint. Il nous faut en outre examiner cette question dans le contexte restreint de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« *Loi sur l'accès* »), mais avec circonspection quant à ses répercussions plus larges sur le déroulement des instances judiciaires en général.

À tous les paliers, la présente affaire a été examinée à partir de la prémisse selon laquelle, pour l'application de l'art. 23 de la *Loi sur l'accès*, le « secret professionnel qui lie un avocat à son

Both parties and the judges below have all assumed that it does.

As a matter of statutory interpretation, I would proceed on the same basis. The Act was adopted nearly a quarter-century ago. It was not uncommon at the time to treat "solicitor-client privilege" as a compendious phrase that included both the legal advice privilege and litigation privilege. This best explains why the litigation privilege is not separately mentioned anywhere in the Act. And it explains as well why, despite the Act's silence in this regard, I agree with the parties and the courts below that the *Access Act* has not deprived the government of the protection previously afforded to it by the legal advice privilege *and* the litigation privilege: In interpreting and applying the Act, the phrase "solicitor-client privilege" in s. 23 should be taken as a reference to both privileges.

In short, we are not asked in this case to decide whether the government can invoke litigation privilege. Quite properly, the parties agree that it can. Our task, rather, is to examine the defining characteristics of that privilege and, more particularly, to determine its lifespan.

The Minister contends that the solicitor-client privilege has two "branches", one concerned with confidential communications between lawyers and their clients, the other relating to information and materials gathered or created in the litigation context. The first of these branches, as already indicated, is generally characterized as the "legal advice privilege"; the second, as the "litigation privilege".

Bearing in mind their different scope, purpose and rationale, it would be preferable, in my view,

client » est censé englober le privilège relatif au litige, qui n'est mentionné dans aucune autre disposition de la Loi. Les deux parties et les juges des juridictions inférieures ont tous tenu cette proposition pour avérée.

Pour ce qui est de l'interprétation de la Loi, je m'appuierais sur la même prémisse. La Loi a été édictée il y a près d'un quart de siècle. À l'époque, il n'était pas inhabituel de percevoir les termes « secret professionnel de l'avocat » comme une expression concise utilisée pour désigner à la fois le privilège de la consultation juridique et le privilège relatif au litige. C'est ce qui explique le mieux pourquoi le privilège relatif au litige n'est mentionné isolément dans aucune disposition de la Loi. Cela explique aussi très bien pourquoi, malgré le silence de la Loi à cet égard, je partage l'opinion des parties et des juridictions inférieures selon laquelle la *Loi sur l'accès* n'a pas privé le gouvernement de la protection que le privilège de la consultation juridique *et* le privilège relatif au litige lui offraient auparavant. Lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer la Loi, il faut considérer l'expression « secret professionnel de l'avocat », utilisée à l'art. 23, comme renvoyant aux deux privilèges. 4

En somme, nous ne sommes pas appelés en l'espèce à décider si le gouvernement peut invoquer le privilège relatif au litige. Les parties conviennent à juste titre qu'il le peut. Notre tâche consiste plutôt à examiner les caractéristiques fondamentales de ce privilège et, plus particulièrement, à en déterminer la durée. 5

Le ministre soutient que le secret professionnel de l'avocat comporte deux « composantes » : l'une touchant les communications confidentielles échangées entre les avocats et leurs clients, l'autre, les renseignements et documents recueillis ou créés dans le contexte du litige. Comme je l'ai déjà indiqué, la première de ces composantes est généralement désignée comme le « privilège de la consultation juridique » et, la seconde, comme le « privilège relatif au litige ». 6

Compte tenu de leur portée, de leur objet et de leur fondement différents, j'estime qu'il serait 7

to recognize that we are dealing here with distinct conceptual animals and not with two branches of the same tree. Accordingly, I shall refer in these reasons to the solicitor-client privilege as if it includes only the legal advice privilege, and shall indeed use the two phrases — solicitor-client privilege and legal advice privilege — synonymously and interchangeably, except where otherwise indicated.

préférable de reconnaître qu'il s'agit en l'occurrence de concepts distincts, et non de deux composantes d'un même concept. Par conséquent, dans les présents motifs, j'utiliserai l'expression « secret professionnel de l'avocat » comme s'entendant exclusivement du privilège de la consultation juridique et, à moins d'indication contraire, j'emploierai les deux expressions — secret professionnel de l'avocat et privilège de la consultation juridique — comme des synonymes interchangeables.

8 As a matter of substance and not mere terminology, the distinction between litigation privilege and the solicitor-client privilege is decisive in this case. The former, unlike the latter, is of temporary duration. It expires with the litigation of which it was born. Characterizing litigation privilege as a "branch" of the solicitor-client privilege, as the Minister would, does not envelop it in a shared cloak of permanency.

S'agissant d'une question de fond, et non de simple terminologie, la différence entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat est déterminante en l'espèce. Le premier, contrairement au second, est temporaire. Il prend fin en même temps que le litige qui lui a donné lieu. Qualifier le privilège relatif au litige de « composante » du secret professionnel de l'avocat, comme le voudrait le ministre, n'a pas pour effet de lui conférer le même caractère permanent.

9 The Minister's claim of litigation privilege fails in this case because the privilege claimed, by whatever name, has expired: The files to which the respondent seeks access relate to penal proceedings that have long terminated. By seeking civil redress for the manner in which those proceedings were conducted, the respondent has given them neither fresh life nor a posthumous and parallel existence.

La revendication, par le ministre, du privilège relatif au litige ne saurait être accueillie en l'espèce parce que, peu importe le nom choisi pour le désigner, ce privilège a pris fin : Les dossiers auxquels l'intimé tente d'avoir accès concernent des procédures pénales qui sont terminées depuis longtemps. En sollicitant une réparation civile pour la façon dont se sont déroulées ces procédures, l'intimé ne leur a insufflé ni une nouvelle vie ni une existence posthume et parallèle.

10 I would therefore dismiss the appeal.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II

II

11 The respondent is a self-represented litigant who, though not trained in the law, is no stranger to the courts. He has accumulated more than ten years of legal experience first-hand, initially as a defendant and then as a petitioner and plaintiff. In his resourceful and persistent quest for information and redress, he has personally instituted and conducted a plethora of related proceedings, at first instance and on appeal, in federal and provincial courts alike.

L'intimé assure lui-même sa défense et, bien qu'il n'ait pas de formation en droit, il connaît bien les tribunaux. Il a accumulé plus de dix années d'expérience en droit au contact des tribunaux, d'abord en qualité de défendeur puis de requérant et de demandeur. Dans la quête de renseignements et de redressements qu'il a menée avec beaucoup de détermination et de débrouillardise, il a personnellement intenté et dirigé une pléthore de procédures connexes, en première instance et en appel, devant les tribunaux tant fédéraux que provinciaux.

This saga began in July 1995, when the Crown laid 13 charges against the respondent and Gateway Industries Ltd. ("Gateway") for regulatory offences under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, and the *Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269. The respondent was a director of Gateway. Five of the charges alleged pollution of the Red River and another eight alleged breaches of reporting requirements.

La présente saga a commencé en juillet 1995, lorsque le ministère public a porté 13 accusations contre l'intimé et Gateway Industries Ltd. (« Gateway ») pour des infractions réglementaires prévues par la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, et le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269. L'intimé était l'un des administrateurs de Gateway. Dans le cas de cinq des accusations, l'infraction reprochée consistait à avoir pollué la rivière Rouge, et dans le cas des huit autres, à avoir contrevenu à des exigences en matière de rapport. 12

The counts relating to reporting requirements were quashed in 1997 and the pollution charges were quashed in 2001. In 2002, the Crown laid new charges by way of indictment — and stayed them prior to trial. The respondent and Gateway then sued the federal government in damages for fraud, conspiracy, perjury and abuse of its prosecutorial powers.

Les chefs d'accusation relatifs aux exigences en matière de rapport ont été annulés en 1997 et ceux concernant la pollution l'ont été en 2001. En 2002, le ministère public a porté de nouvelles accusations par voie de mise en accusation — et a ordonné l'arrêt des procédures avant le procès. L'intimé et Gateway ont alors intenté une action en dommages-intérêts contre le gouvernement fédéral pour fraude, complot, parjure et exercice abusif des pouvoirs de la poursuite. 13

This appeal concerns the respondent's repeated attempts to obtain documents from the government. He succeeded only in part. His requests for information in the penal proceedings and under the *Access Act* were denied by the government on various grounds, including "solicitor-client privilege". The issue before us now relates solely to the *Access Act* proceedings. We have not been asked to decide whether the Crown properly fulfilled, in the criminal proceedings, its disclosure obligations under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. And in the record before us, we would in any event be unable to do so.

Le présent pourvoi concerne les tentatives répétées faites par l'intimé pour obtenir certains documents du gouvernement, sans y réussir complètement. Le gouvernement a soulevé divers motifs, y compris le « secret professionnel de l'avocat », pour rejeter les demandes de renseignements qui lui ont été présentées dans le cadre des procédures pénales et en vertu de la *Loi sur l'accès*. La question dont nous sommes saisis touche uniquement les procédures engagées sous le régime de la *Loi sur l'accès*. La Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question de savoir si, dans le cadre des procédures pénales, le ministère public s'est correctement acquitté des obligations de divulgation qui lui incombaient selon l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. De toute façon, nous serions incapables de la trancher au vu du dossier qui nous a été soumis. 14

In October 1997, and again in May 1999, the respondent requested from the Access to Information and Privacy Office of the Department of Justice all records pertaining to his prosecution and the prosecution of Gateway.

En octobre 1997, et de nouveau en mai 1999, l'intimé a demandé au Bureau de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels du ministère de la Justice tous les dossiers se rapportant aux poursuites engagées contre lui 15

Only some of the requested documents were furnished.

16 Additional materials were released after the respondent lodged a complaint with the Information Commissioner. The Director of Investigation found that the vast majority of the remaining documents were properly exempted from disclosure under the solicitor-client privilege.

17 The respondent pursued the matter further by way of an application for review pursuant to s. 41 of the *Access Act*. Although the appellant relied on various exemptions from disclosure in the *Access Act*, proceedings before the motions judge focussed on the appellant's claims of solicitor-client privilege in reliance on s. 23 of the *Access Act*.

18 On the respondent's application, Campbell J. held that documents excluded from disclosure pursuant to litigation privilege should be released if the litigation to which the record relates has ended (2003 CarswellNat 5040, 2003 FCT 462).

19 On appeal, the Federal Court of Appeal divided on the duration of the privilege. Pelletier J.A., for the majority on this point, found that litigation privilege, unlike legal advice privilege, expires with the end of the litigation that gave rise to the privilege, "subject to the possibility of defining . . . litigation . . . broadly" ([2005] 1 F.C.R. 403, 2004 FCA 287, at para. 89). He therefore held that s. 23 of the *Access Act* did not apply to the documents for which a claim of litigation privilege is made in this case because the criminal prosecution had ended.

20 Létourneau J.A., dissenting on this point, found that the privilege did not necessarily end with the termination of the litigation that gave rise to it. He would have upheld the privilege in this case.

III

21 Section 23 of the *Access Act* provides:

et contre Gateway. Seuls certains de ces documents lui ont été communiqués.

D'autres documents lui ont été communiqués après qu'il eut porté plainte auprès du Commissaire à l'information. Le directeur des enquêtes a conclu que la très grande majorité des documents restants avaient été exclus à bon droit de la communication parce qu'ils étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat.

L'intimé a persévéré en présentant une demande de révision en application de l'art. 41 de la *Loi sur l'accès*. Bien que l'appelant ait invoqué diverses exemptions de communication prévues à la *Loi sur l'accès*, l'instance présidée par le juge des requêtes a porté principalement sur la revendication par l'appelant du secret professionnel de l'avocat en vertu de l'art. 23 de la *Loi sur l'accès*.

Le juge Campbell, qui a examiné cette demande de l'intimé, a conclu que les documents soustraits à la communication par application du privilège relatif au litige devaient être divulgués si le litige auquel ils se rapportaient avait pris fin (2003 CarswellNat 5040, 2003 CFPI 462).

En appel, la Cour d'appel fédérale était divisée quant à la durée du privilège. Le juge Pelletier, s'exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, a conclu que le privilège relatif au litige, contrairement au privilège de la consultation juridique, s'éteint à l'issue du litige qui lui a donné lieu, « sous réserve de la possibilité de définir le litige en termes [. . .] larges » ([2005] 1 R.C.F. 403, 2004 CAF 287, par. 89). Il a donc conclu que l'art. 23 de la *Loi sur l'accès* ne s'appliquait pas, en l'espèce, aux documents visés par la revendication du privilège relatif au litige puisque les poursuites pénales avaient pris fin.

Le juge Létourneau, dissident sur ce point, a conclu que le privilège ne s'éteignait pas nécessairement avec la fin du litige qui lui avait donné lieu. Il aurait confirmé l'existence du privilège dans la présente affaire.

III

L'article 23 de la *Loi sur l'accès* prévoit :

**23.** The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information that is subject to solicitor-client privilege.

The narrow issue before us is whether documents once subject to the litigation privilege remain privileged when the litigation ends.

According to the appellant, this Court has determined that litigation privilege is a branch of the solicitor-client privilege and benefits from the same near-absolute protection, including permanency. But none of the cases relied on by the Crown support this assertion. The Court has addressed the solicitor-client privilege on numerous occasions and repeatedly underlined its paramount significance, but never yet considered the nature, scope or duration of the litigation privilege.

Thus, the Court explained in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, and has since then reiterated, that the solicitor-client privilege has over the years evolved from a rule of evidence to a rule of substantive law. And the Court has consistently emphasized the breadth and primacy of the solicitor-client privilege: see, for example, *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *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; and *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31. In an oft-quoted passage, Major J., speaking for the Court, stated in *McClure* that "solicitor-client privilege must be as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance" (para. 35).

It is evident from the text and the context of these decisions, however, that they relate only to the legal advice privilege, or solicitor-client privilege properly so called, and not to the litigation privilege as well.

Much has been said in these cases, and others, regarding the origin and rationale of the

**23.** Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel qui lie un avocat à son client.

22 La question précise dont nous sommes saisis est celle de savoir si, une fois protégés par le privilège relatif au litige, les documents continuent à bénéficier de cette protection lorsque le litige prend fin.

23 Selon l'appelant, la Cour aurait statué que le privilège relatif au litige est une composante du secret professionnel de l'avocat et bénéficie de la même protection quasi absolue, notamment de son caractère permanent. Aucune des décisions qu'il invoque n'étaye toutefois cette affirmation. La Cour a maintes fois traité du secret professionnel de l'avocat et souligné son importance primordiale, mais elle n'a encore jamais examiné la nature, la portée ou la durée du privilège relatif au litige.

24 Ainsi, la Cour a expliqué dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, et a réitéré depuis, que le secret professionnel de l'avocat a d'abord été une règle de preuve qui s'est transformée au fil des ans en une règle de fond. En outre, la Cour n'a pas cessé d'insister sur l'étendue et la primauté du secret professionnel de l'avocat. Voir par exemple : *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *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; et *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31. Dans un extrait souvent cité de l'arrêt *McClure*, le juge Major, s'exprimant au nom de la Cour, a dit que « le secret professionnel de l'avocat doit être aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (par. 35).

25 Toutefois, il ressort clairement du texte et du contexte de ces décisions qu'elles ne portent que sur le privilège de la consultation juridique, ou sur le secret professionnel de l'avocat proprement dit, et non sur le privilège relatif au litige.

26 Ces décisions, parmi d'autres, traitent abondamment de l'origine et du fondement du secret

solicitor-client privilege. The solicitor-client privilege has been firmly entrenched for centuries. It recognizes that the justice system depends for its vitality on full, free and frank communication between those who need legal advice and those who are best able to provide it. Society has entrusted to lawyers the task of advancing their clients' cases with the skill and expertise available only to those who are trained in the law. They alone can discharge these duties effectively, but only if those who depend on them for counsel may consult with them in confidence. The resulting confidential relationship between solicitor and client is a necessary and essential condition of the effective administration of justice.

27 Litigation privilege, on the other hand, is not directed at, still less, restricted to, communications between solicitor and client. It contemplates, as well, communications between a solicitor and third parties or, in the case of an unrepresented litigant, between the litigant and third parties. Its object is to ensure the efficacy of the adversarial process and not to promote the solicitor-client relationship. And to achieve this purpose, parties to litigation, represented or not, must be left to prepare their contending positions in private, without adversarial interference and without fear of premature disclosure.

28 R. J. Sharpe (now Sharpe J.A.) has explained particularly well the differences between litigation privilege and solicitor-client privilege:

> It is crucially important to distinguish litigation privilege from solicitor-client privilege. There are, I suggest, at least three important differences between the two. First, solicitor-client privilege applies only to confidential communications between the client and his solicitor. Litigation privilege, on the other hand, applies to communications of a non-confidential nature between the solicitor and third parties and even includes material of a non-communicative nature. Secondly, solicitor-client privilege exists any time a client seeks legal advice from his solicitor whether or not litigation is involved. Litigation privilege, on the other hand, applies only in the context of litigation itself. Thirdly, and most important, the rationale for solicitor-client privilege is

professionnel de l'avocat, fermement établi depuis des siècles. Il reconnaît que la force du système de justice dépend d'une communication complète, libre et franche entre ceux qui ont besoin de conseils juridiques et ceux qui sont les plus aptes à les fournir. La société a confié aux avocats la tâche de défendre les intérêts de leurs clients avec la compétence et l'expertise propres à ceux qui ont une formation en droit. Ils sont les seuls à pouvoir s'acquitter efficacement de cette tâche, mais seulement dans la mesure où ceux qui comptent sur leurs conseils ont la possibilité de les consulter en toute confiance. Le rapport de confiance qui s'établit alors entre l'avocat et son client est une condition nécessaire et essentielle à l'administration efficace de la justice.

Par ailleurs, le privilège relatif au litige n'a pas pour cible, et encore moins pour cible unique, les communications entre un avocat et son client. Il touche aussi les communications entre un avocat et des tiers, ou dans le cas d'une partie non représentée, entre celle-ci et des tiers. Il a pour objet d'assurer l'efficacité du processus contradictoire et non de favoriser la relation entre l'avocat et son client. Or, pour atteindre cet objectif, les parties au litige, représentées ou non, doivent avoir la possibilité de préparer leurs arguments en privé, sans ingérence de la partie adverse et sans crainte d'une communication prématurée.

R. J. Sharpe (maintenant juge de la Cour d'appel) a particulièrement bien expliqué les différences entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat :

> [TRADUCTION] Il est crucial de faire la distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat. Au moins trois différences importantes, à mon sens, existent entre les deux. Premièrement, le secret professionnel de l'avocat ne s'applique qu'aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Le privilège relatif au litige, en revanche, s'applique aux communications à caractère non confidentiel entre l'avocat et des tiers et englobe même des documents qui ne sont pas de la nature d'une communication. Deuxièmement, le secret professionnel de l'avocat existe chaque fois qu'un client consulte son avocat, que ce soit à propos d'un litige ou non. Le privilège relatif au litige, en revanche, ne s'applique que dans le

very different from that which underlies litigation privilege. This difference merits close attention. The interest which underlies the protection accorded communications between a client and a solicitor from disclosure is the interest of all citizens to have full and ready access to legal advice. If an individual cannot confide in a solicitor knowing that what is said will not be revealed, it will be difficult, if not impossible, for that individual to obtain proper candid legal advice.

Litigation privilege, on the other hand, is geared directly to the process of litigation. Its purpose is not explained adequately by the protection afforded lawyer-client communications deemed necessary to allow clients to obtain legal advice, the interest protected by solicitor-client privilege. Its purpose is more particularly related to the needs of the adversarial trial process. Litigation privilege is based upon the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate. In other words, litigation privilege aims to facilitate a process (namely, the adversary process), while solicitor-client privilege aims to protect a relationship (namely, the confidential relationship between a lawyer and a client).

("Claiming Privilege in the Discovery Process", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, at pp. 164-65)

With the exception of *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129, a decision of the British Columbia Court of Appeal, the decisions of appellate courts in this country have consistently found that litigation privilege is based on a different rationale than solicitor-client privilege: *Liquor Control Board of Ontario v. Lifford Wine Agencies Ltd.* (2005), 76 O.R. (3d) 401; *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167 ("*Big Canoe*"); *College of Physicians & Surgeons (British Columbia) v. British Columbia (Information & Privacy Commissioner)* (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1, 2002 BCCA 665; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 196 D.L.R. (4th) 716, 2001 MBCA 11; *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. v. Jones Power Co.* (2000), 188 N.S.R. (2d) 173, 2000 NSCA 96; *General*

contexte du litige lui-même. Troisièmement, et c'est ce qui importe le plus, le fondement du secret professionnel de l'avocat est très différent de celui du privilège relatif au litige. Cette différence mérite qu'on s'y arrête. L'intérêt qui sous-tend la protection contre la divulgation accordée aux communications entre un client et son avocat est l'intérêt de tous les citoyens dans la possibilité de consulter sans réserve et facilement un avocat. Si une personne ne peut pas faire de confidences à un avocat en sachant que ce qu'elle lui confie ne sera pas révélé, il lui sera difficile, voire impossible, d'obtenir en toute franchise des conseils juridiques judicieux.

Le privilège relatif au litige, en revanche, est adapté directement au processus du litige. Son but ne s'explique pas valablement par la nécessité de protéger les communications entre un avocat et son client pour permettre au client d'obtenir des conseils juridiques, soit l'intérêt que protège le secret professionnel de l'avocat. Son objet se rattache plus particulièrement aux besoins du processus du procès contradictoire. Le privilège relatif au litige est basé sur le besoin d'une zone protégée destinée à faciliter, pour l'avocat, l'enquête et la préparation du dossier en vue de l'instruction contradictoire. Autrement dit, le privilège relatif au litige vise à faciliter un processus (le processus contradictoire), tandis que le secret professionnel de l'avocat vise à protéger une relation (la relation de confiance entre un avocat et son client).

(« Claiming Privilege in the Discovery Process », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada* (1984), 163, p. 164-165)

29 À l'exception de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129, les juridictions d'appel du pays ont conclu de façon constante que le privilège relatif au litige repose sur un fondement différent de celui sur lequel repose le secret professionnel de l'avocat : *Liquor Control Board of Ontario c. Lifford Wine Agencies Ltd.* (2005), 76 O.R. (3d) 401; *Ontario (Attorney General) c. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer)* (2002), 62 O.R. (3d) 167 (« *Big Canoe* »); *College of Physicians & Surgeons (British Columbia) c. British Columbia (Information & Privacy Commissioner)* (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1, 2002 BCCA 665; *Gower c. Tolko Manitoba Inc.* (2001), 196 D.L.R. (4th) 716, 2001 MBCA 11; *Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. c. Jones Power Co.* (2000), 188 N.S.R. (2d) 173, 2000 NSCA 96;

*Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

30 American and English authorities are to the same effect: see *In re L. (A Minor)*, [1997] A.C. 16 (H.L.); *Three Rivers District Council v. Governor and Company of the Bank of England (No. 6)*, [2004] Q.B. 916, [2004] EWCA Civ 218, and *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947). In the United States communications with third parties and other materials prepared in anticipation of litigation are covered by the similar "attorney work product" doctrine. This "distinct rationale" theory is also supported by the majority of academics: Sharpe; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 745-46; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3rd ed. 2002), at pp. 197-98; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at pp. 868-71; G. D. Watson and F. Au, "Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 315. For the opposing view, see J. D. Wilson, "Privilege in Experts' Working Papers" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 346, and "Privilege: Watson & Au (1998) 77 Can. Bar Rev. 346: REJOINDER: 'It's Elementary My Dear Watson'" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 549.

31 Though conceptually distinct, litigation privilege and legal advice privilege serve a common cause: The secure and effective administration of justice according to law. And they are complementary and not competing in their operation. But treating litigation privilege and legal advice privilege as two branches of the same tree tends to obscure the true nature of both.

32 Unlike the solicitor-client privilege, the litigation privilege arises and operates *even in the absence of a solicitor-client relationship*, and it applies indiscriminately to all litigants, whether or not they are represented by counsel: see *Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326, 1999 ABQB 407. A self-represented litigant is no less in need of, and therefore entitled to, a "zone" or

*General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321.

Les jurisprudences américaine et anglaise vont dans le même sens : voir *In re L. (A Minor)*, [1997] A.C. 16 (H.L.); *Three Rivers District Council c. Governor and Company of the Bank of England (No. 6)*, [2004] Q.B. 916, [2004] EWCA Civ 218, et *Hickman c. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947). Aux États-Unis, les communications avec les tiers et les autres documents préparés en vue d'une instance sont protégés par une doctrine semblable relative « aux préparatifs de l'avocat » (« *attorney work product* »). La majorité des auteurs adhèrent aussi à cette théorie du « fondement différent » : Sharpe; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), p. 745-746; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3e éd. 2002), p. 197-198; J.-C. Royer, *La preuve civile* (3e éd. 2003), p. 868-871; G. D. Watson et F. Au, « Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation » (1998), 77 *R. du B. can.* 315. Pour l'opinion contraire, voir J. D. Wilson, « Privilege in Experts' Working Papers » (1997), 76 *R. du B. can.* 346 et « Privilege : Watson & Au (1998) 77 Can. Bar Rev. 346 : REJOINDER : "It's Elementary My Dear Watson" » (1998), 77 *R. du B. can.* 549.

Bien que distincts d'un point de vue conceptuel, le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique servent une cause commune : l'administration sûre et efficace de la justice conformément au droit. En outre, ils sont complémentaires et n'entrent pas en concurrence l'un avec l'autre. Cependant, le fait de considérer le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique comme deux composantes d'un même concept tend à en occulter la vraie nature.

Contrairement au secret professionnel de l'avocat, le privilège relatif au litige prend naissance et produit ses effets *même en l'absence d'une relation avocat-client* et il s'applique sans distinction à toutes les parties, qu'elles soient ou non représentées par un avocat : voir *Alberta (Treasury Branches) c. Ghermezian* (1999), 242 A.R. 326, 1999 ABQB 407. La partie qui se défend seule a autant besoin

"chamber" of privacy. Another important distinction leads to the same conclusion. Confidentiality, the *sine qua non* of the solicitor-client privilege, is not an essential component of the litigation privilege. In preparing for trial, lawyers as a matter of course obtain information from third parties who have no need nor any expectation of confidentiality; yet the litigation privilege attaches nonetheless.

d'une « zone » de confidentialité; elle devrait donc y avoir droit. Une autre distinction importante mène à la même conclusion. La confidentialité, condition *sine qua non* du secret professionnel de l'avocat, ne constitue pas un élément essentiel du privilège relatif au litige. Lorsqu'ils se préparent en vue de l'instruction, les avocats obtiennent ordinairement des renseignements auprès de tiers qui n'ont nul besoin ni attente quant à leur confidentialité, et pourtant ces renseignements sont protégés par le privilège relatif au litige.

In short, the litigation privilege and the solicitor-client privilege are driven by different policy considerations and generate different legal consequences.

33 Bref, le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat reposent sur des considérations de principe différentes et entraînent des conséquences juridiques différentes.

The purpose of the litigation privilege, I repeat, is to create a "zone of privacy" in relation to pending or apprehended litigation. Once the litigation has ended, the privilege to which it gave rise has lost its specific and concrete purpose — and therefore its justification. But to borrow a phrase, the litigation is not over until it is over: It cannot be said to have "terminated", in any meaningful sense of that term, where litigants or related parties remain locked in what is essentially the same legal combat.

34 L'objet du privilège relatif au litige est, je le répète, de créer une « zone de confidentialité » à l'occasion ou en prévision d'un litige. Aussitôt que le litige prend fin, le privilège auquel il a donné lieu perd son objet précis et concret — et, par conséquent, sa raison d'être. Mais, comme certains le diraient, le litige n'est pas terminé tant qu'il n'est pas terminé : On ne peut pas dire qu'il est « terminé », au vrai sens du terme, lorsque les parties au litige ou des parties liées demeurent engagées dans ce qui constitue essentiellement le même combat juridique.

Except where such related litigation persists, there is no need and no reason to protect from discovery anything that would have been subject to compellable disclosure but for the pending or apprehended proceedings which provided its shield. Where the litigation has indeed ended, there is little room for concern lest opposing counsel or their clients argue their case "on wits borrowed from the adversary", to use the language of the U.S. Supreme Court in *Hickman*, at p. 516.

35 Sauf lorsqu'un tel litige connexe persiste, il n'est ni nécessaire ni justifié de protéger contre la communication quelque élément que ce soit qui aurait pu faire l'objet d'une divulgation forcée, n'eût été la procédure en cours ou prévue en raison de laquelle il est protégé. Lorsque le litige est effectivement terminé, il n'y a pas vraiment lieu de craindre que l'avocat de la partie adverse ou ses clients plaident leur cause en [TRADUCTION] « se servant des capacités intellectuelles de l'adversaire », pour reprendre les termes utilisés par la Cour suprême des États-Unis dans *Hickman*, p. 516.

I therefore agree with the majority in the Federal Court of Appeal and others who share their view that the common law litigation privilege comes to an end, absent closely related proceedings, upon the termination of the litigation that gave rise to the

36 Je suis donc d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale et ceux qui partagent leur avis pour dire que, en l'absence de procédures étroitement liées, le privilège relatif au litige reconnu en common law prend fin lorsque

privilege: *Lifford*; *Chrusz*; *Big Canoe*; *Boulianne v. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *Wujda v. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (Man. Q.B.); *Meaney v. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71 (H.C.J.); *Canada Southern Petroleum Ltd. v. Amoco Canada Petroleum Co.* (1995), 176 A.R. 134 (Q.B.). See also Sopinka, Lederman and Bryant; Paciocco and Stuesser.

37 Thus, the principle "once privileged, always privileged", so vital to the solicitor-client privilege, is foreign to the litigation privilege. The litigation privilege, unlike the solicitor-client privilege, is neither absolute in scope nor permanent in duration.

38 As mentioned earlier, however, the privilege may retain its purpose — and, therefore, its effect — where the litigation that gave rise to the privilege has ended, but related litigation remains pending or may reasonably be apprehended. In this regard, I agree with Pelletier J.A. regarding "the possibility of defining . . . litigation more broadly than the particular proceeding which gave rise to the claim" (para. 89); see *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.).

39 At a minimum, it seems to me, this enlarged definition of "litigation" includes separate proceedings that involve the same or related parties and arise from the same or a related cause of action (or "juridical source"). Proceedings that raise issues common to the initial action and share its essential purpose would in my view qualify as well.

40 As a matter of principle, the boundaries of this extended meaning of "litigation" are limited by the purpose for which litigation privilege is granted, namely, as mentioned, "the need for a protected area to facilitate investigation and preparation of a case for trial by the adversarial advocate" (Sharpe, at p. 165). This purpose, in the context of s. 23 of the *Access Act* must take into account the nature of much government litigation. In the 1980s, for example, the federal government

le litige qui lui a donné lieu est terminé : *Lifford*; *Chrusz*; *Big Canoe*; *Boulianne c. Flynn*, [1970] 3 O.R. 84 (H.C.J.); *Wujda c. Smith* (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 (B.R. Man.); *Meaney c. Busby* (1977), 15 O.R. (2d) 71 (H.C.J.); *Canada Southern Petroleum Ltd. c. Amoco Canada Petroleum Co.* (1995), 176 A.R. 134 (B.R.). Voir aussi : Sopinka, Lederman et Bryant; Paciocco et Stuesser.

Ainsi, le principe de la « pérennité des privilèges », si essentiel en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat, ne joue pas dans le cas du privilège relatif au litige. Ce dernier, contrairement au secret professionnel de l'avocat, n'est ni absolu quant à sa portée, ni illimité quant à sa durée.

Or, comme je l'ai déjà mentionné, le privilège peut conserver son objet — et, par conséquent, son effet — lorsque le litige qui lui a donné lieu a pris fin, mais qu'un litige connexe demeure en instance ou peut être raisonnablement appréhendé. À cet égard, je partage l'opinion du juge Pelletier au sujet de « la possibilité de définir le litige en termes plus larges que la seule procédure qui a donné lieu au privilège » (par. 89); voir *Ed Miller Sales & Rentals Ltd. c. Caterpillar Tractor Co.* (1988), 90 A.R. 323 (C.A.).

Il me semble que cette définition élargie du terme « litige » comprend, à tout le moins, les procédures distinctes qui opposent les mêmes parties ou des parties liées et qui découlent de la même cause d'action (ou « source juridique ») ou d'une cause d'action connexe. À mon avis, les procédures qui soulèvent des questions communes avec l'action initiale et qui partagent son objet fondamental seraient également visées.

En principe, les limites de cette acception élargie du terme « litige » sont circonscrites par l'objet de la reconnaissance du privilège relatif au litige, soit, comme je l'ai déjà mentionné, [TRADUCTION] « le besoin d'une zone protégée destinée à faciliter, pour l'avocat, l'enquête et la préparation du dossier en vue de l'instruction contradictoire » (Sharpe, p. 165). Dans le contexte de l'art. 23 de la *Loi sur l'accès*, cet objet doit tenir compte de la nature de beaucoup de litiges auxquels le gouvernement est partie.

confronted litigation across Canada arising out of its urea formaldehyde insulation program. The parties were different and the specifics of each claim were different but the underlying liability issues were common across the country.

In such a situation, the advocate's "protected area" would extend to work related to those underlying liability issues even after some but not all of the individual claims had been disposed of. There were common issues and the causes of action, in terms of the advocate's work product, were closely related. When the claims belonging to that particular group of causes of action had all been dealt with, however, litigation privilege would have been exhausted, even if subsequent disclosure of the files would reveal aspects of government operations or general litigation strategies that the government would prefer to keep from its former adversaries or other requesters under the *Access Act*. Similar issues may arise in the private sector, for example in the case of a manufacturer dealing with related product liability claims. In each case, the duration and extent of the litigation privilege are circumscribed by its underlying purpose, namely the protection essential to the proper operation of the adversarial process.

## IV

In this case, the respondent claims damages from the federal government for fraud, conspiracy, perjury and abuse of prosecutorial powers. Pursuant to the *Access Act*, he demands the disclosure to him of all documents relating to the Crown's conduct of its proceedings against him. The source of those proceedings is the alleged pollution and breach of reporting requirements by the respondent and his company.

À titre d'exemple, dans les années 80, le gouvernement fédéral a fait face, partout au Canada, à des litiges découlant du programme d'isolation à la mousse d'urée-formaldéhyde. Les parties n'étaient pas les mêmes et les détails de chaque réclamation étaient différents, mais les questions sous-jacentes de responsabilité étaient les mêmes partout au pays.

41 Dans une telle situation, la « zone protégée » de l'avocat s'étendrait au travail lié à ces questions sous-jacentes de responsabilité, même après le règlement d'une partie des demandes individuelles, si toutes n'ont pas été tranchées. Les poursuites soulevaient des questions communes et les causes d'action, du point de vue des préparatifs du plaideur, étaient étroitement liées. En revanche, une fois tranchées la totalité des demandes appartenant à ce groupe particulier de causes d'action, le privilège relatif au litige aurait expiré, même si la divulgation subséquente des documents aurait révélé certains aspects des opérations du gouvernement ou les stratégies générales d'instance que le gouvernement aurait préféré ne pas dévoiler à ses anciens adversaires ou à d'autres auteurs de demandes formulées en vertu de la *Loi sur l'accès*. Des questions similaires pourraient se poser dans le secteur privé. Ce serait le cas, par exemple, d'une entreprise manufacturière qui ferait face à des demandes connexes, fondées sur la responsabilité du fabricant. Dans chaque cas, la durée et la portée du privilège relatif au litige sont circonscrites par son objet sous-jacent, soit la protection essentielle au bon fonctionnement du processus contradictoire.

## IV

42 En l'espèce, l'intimé poursuit le gouvernement fédéral en dommages-intérêts pour fraude, complot, parjure et exercice abusif des pouvoirs de la poursuite. Il exige qu'on lui communique, en application de la *Loi sur l'accès*, tous les documents relatifs à la façon dont le ministère public a mené les poursuites intentées contre lui. La source de ces poursuites était la prétendue pollution et la violation alléguée des exigences en matière de rapport reprochées à l'intimé et à sa société.

43 The Minister's claim of privilege thus concerns documents that were prepared for the dominant purpose of a criminal prosecution relating to environmental matters and reporting requirements. The respondent's action, on the other hand, seeks civil redress for the manner in which the government conducted that prosecution. It springs from a different juridical source and is in that sense unrelated to the litigation of which the privilege claimed was born.

44 The litigation privilege would not in any event protect from disclosure evidence of the claimant party's abuse of process or similar blameworthy conduct. It is not a black hole from which evidence of one's own misconduct can never be exposed to the light of day.

45 Even where the materials sought would otherwise be subject to litigation privilege, the party seeking their disclosure may be granted access to them upon a *prima facie* showing of actionable misconduct by the other party in relation to the proceedings with respect to which litigation privilege is claimed. Whether privilege is claimed in the originating or in related litigation, the court may review the materials to determine whether their disclosure should be ordered on this ground.

46 Finally, in the Court of Appeal, Létourneau J.A., dissenting on the cross-appeal, found that the government's status as a "recurring litigant" could justify a litigation privilege that outlives its common law equivalent. In his view, the "[a]utomatic and uncontrolled access to the government lawyer's brief, once the first litigation is over, may impede the possibility of effectively adopting and implementing [general policies and strategies]" (para. 42).

47 I hesitate to characterize as "[a]utomatic and uncontrolled" access to the government lawyer's brief once the subject proceedings have ended. In my respectful view, access will in fact be neither automatic nor uncontrolled.

Le privilège revendiqué par le ministre concerne donc des documents qui avaient pour objet principal des poursuites pénales relatives à la protection de l'environnement et à des exigences en matière de rapport. Quant à elle, l'action de l'intimé vise essentiellement l'obtention d'une réparation civile pour la manière dont le gouvernement a mené ces poursuites. Elle procède d'une source juridique différente et, dans ce sens, elle n'est pas liée au litige qui a donné lieu au privilège revendiqué.

Quoi qu'il en soit, le privilège relatif au litige ne saurait protéger contre la divulgation d'éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui le revendique. Il ne s'agit pas d'un puits sans fond duquel la preuve que l'on s'est mal conduit ne pourra jamais être extraite pour être exposée au grand jour.

Même lorsque des documents seraient autrement protégés par le privilège relatif au litige, l'auteur d'une demande d'accès peut en obtenir la divulgation, s'il démontre *prima facie* que l'autre partie a eu une conduite donnant ouverture à action dans le cadre de la procédure à l'égard de laquelle elle revendique le privilège. Peu importe que le privilège soit revendiqué dans le cadre du litige initial ou d'un litige connexe, le tribunal peut examiner les documents afin de décider s'il y a lieu d'ordonner leur divulgation pour ce motif.

Enfin, en Cour d'appel, le juge Létourneau, dissident quant à l'appel incident, a conclu que le fait que le gouvernement puisse faire l'objet de poursuites répétées pouvait justifier la reconnaissance d'un privilège relatif au litige qui survivrait à son équivalent en common law. À son avis, « [l]'accès libre et automatique au [dossier] de l'avocat du gouvernement, une fois le litige terminé, pourrait entraver l'adoption et la mise en œuvre efficace [de politiques et stratégies générales] » (par. 42).

J'hésite à qualifier de « libre et automatique » l'accès au dossier de l'avocat du gouvernement une fois la procédure en cause terminée. Avec égards, j'estime que cet accès ne sera, dans les faits, ni libre ni automatique.

First, as mentioned earlier, it will not be automatic because all subsequent litigation will remain subject to a claim of privilege if it involves the same or related parties and the same or related source. It will fall within the protective orbit of the *same litigation defined broadly.*

Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, cet accès ne sera pas automatique parce que tous les litiges subséquents pourront donner lieu à une revendication du privilège s'ils mettent en cause les mêmes parties ou des parties liées et s'ils sont issus de la même source ou d'une source connexe. Ils feront partie de la sphère de protection du *même litige défini en termes larges.* 48

Second, access will not be uncontrolled because many of the documents in the lawyer's brief will, in any event, remain exempt from disclosure by virtue of the legal advice privilege. In practice, a lawyer's brief normally includes materials covered by the solicitor-client privilege because of their evident connection to legal advice sought or given in the course of, or in relation to, the originating proceedings. The distinction between the solicitor-client privilege and the litigation privilege does not preclude their potential overlap in a litigation context.

Deuxièmement, l'accès ne sera pas libre parce que de nombreux documents contenus dans le dossier de l'avocat continueront, quoi qu'il en soit, d'échapper à la communication par application du privilège de la consultation juridique. En pratique, le dossier d'un avocat comprend habituellement des documents visés par le secret professionnel de l'avocat, à cause de leur lien évident avec l'avis juridique sollicité ou donné dans le cadre de la procédure initiale ou relativement à celle-ci. La distinction établie entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige n'exclut pas la possibilité qu'ils se chevauchent dans le contexte d'un litige. 49

Commensurate with its importance, the solicitor-client privilege has over the years been broadly interpreted by this Court. In that light, anything in a litigation file that falls within the solicitor-client privilege will remain clearly and forever privileged.

Au fil des ans, la Cour a attribué au secret professionnel de l'avocat une interprétation libérale à la mesure de son importance. Dans ce contexte, tout ce qui, dans un dossier, bénéficie de la protection du secret professionnel de l'avocat demeurera manifestement protégé à jamais. 50

I hasten to add that the *Access Act* is a statutory scheme aimed at promoting the disclosure of information in the government's possession. Nothing in the Act suggests that Parliament intended by its adoption to extend the lifespan of the litigation privilege when a member of the public seeks access to government documents.

Je m'empresse d'ajouter que la *Loi sur l'accès* établit un régime législatif destiné à favoriser la communication des renseignements détenus par le gouvernement. Rien dans la Loi ne laisse croire que le législateur voulait, en l'édictant, étendre la durée de vie du privilège relatif au litige dans le cas où un membre du public cherche à avoir accès à des documents gouvernementaux. 51

The language of s. 23 is, moreover, permissive. It provides that the Minister *may* invoke the privilege. This permissive language promotes disclosure by encouraging the Minister to refrain from invoking the privilege unless it is thought necessary to do so in the public interest. And it thus supports an interpretation that favours *more* government disclosure, not *less.*

Le libellé de l'art. 23 crée en outre une faculté. Il prévoit que le ministre *peut* invoquer le privilège. Ce libellé favorise la communication en encourageant le ministre à s'abstenir d'invoquer le privilège, sauf s'il estime nécessaire de le faire dans l'intérêt public. Il étaye aussi une interprétation qui favorise une communication *accrue*, et non une communication *plus restreinte*, des documents gouvernementaux. 52

53 The extended definition of litigation, as I indicated earlier, applies no less to the government than to private litigants. As a result of the *Access Act*, however, its protection may prove less effective in practice. The reason is this. Like private parties, the government may invoke the litigation privilege only when the original or extended proceedings are pending or apprehended. Unlike private parties, however, the government may be required under the terms of the *Access Act* to disclose information once the original proceedings have ended and related proceedings are neither pending nor apprehended. A mere hypothetical possibility that related proceedings may in the future be instituted does not suffice. Should that possibility materialize — should related proceedings in fact later be instituted — the government may well have been required in the interim, in virtue of the *Access Act*, to disclose information that would have otherwise been privileged under the extended definition of litigation. This is a matter of legislative choice and not judicial policy. It flows inexorably from Parliament's decision to adopt the *Access Act*. Other provisions of the *Access Act* suggest, moreover, that Parliament has in fact recognized this consequence of the Act on the government as litigator, potential litigant and guardian of personal safety and public security.

54 For example, pursuant to s. 16(1)(*b*) and (*c*), the government may refuse to disclose any record that contains information relating to investigative techniques or plans for specific lawful investigations or information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to law enforcement or the conduct of lawful investigations. And, pursuant to s. 17, the government may refuse to disclose any information the disclosure of which could reasonably be expected to threaten the safety of individuals. The special status of the government as a "recurring litigant" is more properly addressed by these provisions and other legislated solutions. In addition, as mentioned earlier, the nature of government litigation

Comme je l'ai indiqué précédemment, la définition élargie du terme « litige » s'applique autant au gouvernement qu'aux parties privées à un litige. Cependant, il se pourrait qu'en vertu de la *Loi sur l'accès*, la protection dont le gouvernement bénéficie soit moins efficace en pratique. Voici pourquoi. Tout comme les parties privées, le gouvernement ne peut invoquer le privilège relatif au litige qu'au cours ou en prévision de la procédure initiale ou de procédures connexes. En revanche, contrairement aux parties privées, le gouvernement peut être tenu, en vertu de la *Loi sur l'accès*, de divulguer de l'information une fois la procédure initiale terminée, lorsque aucune procédure connexe n'est en cours ni prévue. La simple possibilité qu'une procédure connexe puisse être engagée ultérieurement ne suffit pas. Si cette possibilité se matérialise — si une procédure connexe est effectivement engagée ultérieurement — il est fort possible qu'en vertu de la *Loi sur l'accès*, le gouvernement ait été tenu dans l'intervalle de divulguer de l'information qui, autrement, aurait été privilégiée selon la définition élargie du terme « litige ». Ce résultat relève non pas de la politique judiciaire, mais d'un choix du législateur. Elle découle inexorablement de la décision du Parlement d'édicter la *Loi sur l'accès*. De plus, d'autres dispositions de cette loi portent à croire que le législateur a effectivement reconnu qu'elle aurait cette conséquence pour le gouvernement en sa qualité de partie réelle ou éventuelle à un litige ou de gardien de la sécurité individuelle ou publique.

À titre d'exemple, les al. 16(1)*b*) et *c*) permettent au gouvernement de refuser la communication de documents contenant des renseignements relatifs à des techniques d'enquêtes ou à des projets d'enquêtes licites déterminées ou contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois ou au déroulement d'enquêtes licites. En outre, en vertu de l'art. 17, le gouvernement peut refuser la communication des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à la sécurité des individus. Ces dispositions et d'autres mesures législatives répondent mieux au statut particulier du gouvernement à titre de partie pouvant faire l'objet de poursuites répétées. De plus,

may be relevant when determining the boundaries of related litigation where multiple proceedings involving the government relate to common issues with closely related causes of action. But a wholesale expansion of the litigation privilege is neither necessary nor desirable.

comme je l'ai mentionné précédemment, la nature des litiges auxquels le gouvernement est partie peut être pertinente pour circonscrire les limites des litiges connexes lorsque de multiples procédures auxquelles participe le gouvernement portent sur des questions communes et ont des causes d'action très voisines. Néanmoins, il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'étendre tous azimuts le privilège relatif au litige.

Finally, we should not disregard the origins of this dispute between the respondent and the Minister. It arose in the context of a criminal prosecution by the Crown against the respondent. In criminal proceedings, the accused's right to discovery is constitutionally guaranteed. The prosecution is obliged under *Stinchcombe* to make available to the accused all relevant information if there is a "reasonable possibility that the withholding of information will impair the right of the accused to make full answer and defence" (p. 340). This added burden of disclosure is placed on the Crown in light of its overwhelming advantage in resources and the corresponding risk that the accused might otherwise be unfairly disadvantaged.

55 Enfin, nous ne devons pas faire abstraction de la genèse du litige opposant l'intimé et le ministre. Ce litige est survenu dans le contexte de poursuites pénales intentées par le ministère public contre l'intimé. En matière pénale, le droit de l'accusé à la communication préalable est garanti par la Constitution. Conformément à l'arrêt *Stinchcombe*, la poursuite est tenue de permettre à l'accusé d'avoir accès à tous les renseignements pertinents s'il existe une « possibilité raisonnable que la non-divulgation porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière » (p. 340). Cette obligation de divulgation additionnelle est imposée au ministère public en raison de l'énorme avantage dont il jouit sur le plan des ressources et du risque corrélatif que l'accusé soit injustement désavantagé.

I am not unmindful of the fact that *Stinchcombe* does not require the prosecution to disclose everything in its file, privileged or not. Materials that might in civil proceedings be covered by one privilege or another will nonetheless be subject, in the criminal context, to the "innocence at stake" exception — at the very least: see *McClure*. In criminal proceedings, as the Court noted in *Stinchcombe*:

56 Je me rends bien compte que l'arrêt *Stinchcombe* n'oblige pas la poursuite à divulguer tout le contenu de son dossier, qu'il soit protégé ou non. Des documents qui pourraient être protégés par un privilège ou un autre dans une procédure civile seront néanmoins assujettis, dans le contexte pénal, à l'exception relative à la « démonstration de l'innocence » — à tout le moins : voir l'arrêt *McClure*. Dans une procédure pénale, ainsi que la Cour l'a signalé dans *Stinchcombe* :

> The trial judge might also, in certain circumstances, conclude that the recognition of an existing privilege does not constitute a reasonable limit on the constitutional right to make full answer and defence and thus require disclosure in spite of the law of privilege. [p. 340]

> Le juge du procès pourrait également, dans certaines circonstances, conclure que la reconnaissance de l'existence d'un droit au secret ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière, et ainsi exiger la divulgation malgré le droit au secret. [p. 340]

On any view of the matter, I would think it incongruous if the litigation privilege were found in civil proceedings to insulate the Crown from

57 Quel que soit l'angle sous lequel on envisage l'affaire, je pense qu'il serait incongru de conclure que le privilège relatif au litige permet au ministère

the disclosure it was bound but failed to provide in criminal proceedings that have ended.

V

58 The result in this case is dictated by a finding that the litigation privilege expires when the litigation ends. I wish nonetheless to add a few words regarding its birth.

59 The question has arisen whether the litigation privilege should attach to documents created for the substantial purpose of litigation, the dominant purpose of litigation or the sole purpose of litigation. The dominant purpose test was chosen from this spectrum by the House of Lords in *Waugh v. British Railways Board*, [1979] 2 All E.R. 1169. It has been adopted in this country as well: *Davies v. Harrington* (1980), 115 D.L.R. (3d) 347 (N.S.C.A.); *Voth Bros. Construction (1974) Ltd. v. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees* (1981), 29 B.C.L.R. 114 (C.A.); *McCaig v. Trentowsky* (1983), 148 D.L.R. (3d) 724 (N.B.C.A.); *Nova, an Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1984), 5 D.L.R. (4th) 755 (Alta. C.A.); *Ed Miller Sales & Rentals*; *Chrusz*; *Lifford*; *Mitsui*; *College of Physicians*; *Gower*.

60 I see no reason to depart from the dominant purpose test. Though it provides narrower protection than would a substantial purpose test, the dominant purpose standard appears to me consistent with the notion that the litigation privilege should be viewed as a limited exception to the principle of full disclosure and not as an equal partner of the broadly interpreted solicitor-client privilege. The dominant purpose test is more compatible with the contemporary trend favouring increased disclosure. As Royer has noted, it is hardly surprising that modern legislation and case law

[TRANSLATION] which increasingly attenuate the purely accusatory and adversarial nature of the civil trial, tend

public de refuser de communiquer des documents en matière civile, alors qu'il était tenu de les divulguer, mais ne l'a pas fait, dans le cadre des procédures pénales qui ont pris fin.

V

L'issue du présent pourvoi est dictée par la conclusion selon laquelle le privilège relatif au litige expire au moment où le litige prend fin. J'aimerais néanmoins ajouter quelques mots à propos des circonstances dans lesquelles il prend naissance.

La question s'est posée de savoir si le privilège relatif au litige devrait s'attacher aux documents dont un objet important, l'objet principal ou le seul objet est la préparation du litige. Parmi ces possibilités, la Chambre des lords a opté pour le critère de l'objet principal dans *Waugh c. British Railways Board*, [1979] 2 All E.R. 1169. Ce critère a également été retenu dans notre pays : *Davies c. Harrington* (1980), 115 D.L.R. (3d) 347 (C.A.N.-É.); *Voth Bros. Construction (1974) Ltd. c. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees* (1981), 29 B.C.L.R. 114 (C.A.); *McCaig c. Trentowsky* (1983), 148 D.L.R. (3d) 724 (C.A.N.-B.); *Nova, an Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1984), 5 D.L.R. (4th) 755 (C.A. Alb.); *Ed Miller Sales & Rentals*; *Chrusz*; *Lifford*; *Mitsui*; *College of Physicians*; *Gower*.

Je ne vois aucune raison de déroger au critère de l'objet principal. Bien qu'il confère une protection plus limitée que ne le ferait le critère de l'objet important, il me semble conforme à l'idée que le privilège relatif au litige devrait être considéré comme une exception limitée au principe de la communication complète et non comme un concept parallèle à égalité avec le secret professionnel de l'avocat interprété largement. Le critère de l'objet principal est davantage compatible avec la tendance contemporaine qui favorise une divulgation accrue. Comme l'a souligné Royer, il n'est guère surprenant que la législation et la jurisprudence modernes

portent de plus en plus atteinte au caractère purement accusatoire et contradictoire du procès civil, tendent à

to limit the scope of this privilege [that is, the litigation privilege]. [p. 869]

Or, as Carthy J.A. stated in *Chrusz*:

The modern trend is in the direction of complete discovery and there is no apparent reason to inhibit that trend so long as counsel is left with sufficient flexibility to adequately serve the litigation client. [p. 331]

While the solicitor-client privilege has been strengthened, reaffirmed and elevated in recent years, the litigation privilege has had, on the contrary, to weather the trend toward mutual and reciprocal disclosure which is the hallmark of the judicial process. In this context, it would be incongruous to reverse that trend and revert to a substantial purpose test.

A related issue is whether the litigation privilege attaches to documents gathered or copied — but not *created* — for the purpose of litigation. This issue arose in *Hodgkinson*, where a majority of the British Columbia Court of Appeal, relying on *Lyell v. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1 (C.A.), concluded that copies of public documents gathered by a solicitor were privileged. McEachern C.J.B.C. stated:

It is my conclusion that the law has always been, and, in my view, should continue to be, that in circumstances such as these, where a lawyer exercising legal knowledge, skill, judgment and industry has assembled a collection of relevant copy documents for his brief for the purpose of advising on or conducting anticipated or pending litigation he is entitled, indeed required, unless the client consents, to claim privilege for such collection and to refuse production. [p. 142]

This approach was rejected by the majority of the Ontario Court of Appeal in *Chrusz*.

The conflict of appellate opinion on this issue should be left to be resolved in a case where it is explicitly raised and fully argued. Extending the privilege to the gathering of documents resulting

limiter la portée de ce privilège [soit le privilège relatif au litige]. [p. 869]

Ou, pour reprendre les termes utilisés par le juge Carthy dans *Chrusz* :

[TRADUCTION] La tendance moderne favorise une divulgation complète et il n'existe aucune raison apparente de freiner cette tendance dans la mesure où l'avocat continue à jouir d'une souplesse suffisante pour servir adéquatement son client qui est partie à un litige. [p. 331]

61 Tandis que le secret professionnel de l'avocat a été renforcé, réaffirmé et relevé au cours des dernières années, le privilège relatif au litige a dû être adapté à la tendance favorable à la divulgation mutuelle et réciproque qui caractérise le processus judiciaire. Dans ce contexte, il serait incongru de renverser cette tendance et de revenir au critère de l'objet important.

62 Se pose également la question connexe de savoir si le privilège relatif au litige s'attache aux documents recueillis ou copiés — mais non *créés* — en vue du litige. Cette question a été soulevée dans *Hodgkinson*, où les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, s'appuyant sur *Lyell c. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1 (C.A.), ont conclu que les copies de documents publics recueillies par un avocat étaient protégées. Le juge en chef McEachern a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] Je conclus que le droit veut depuis toujours — et cette règle devrait selon moi être maintenue — qu'en pareilles circonstances, l'avocat qui réussit à colliger, grâce à ses connaissances, ses habiletés, son jugement et ses efforts soutenus, une pile de copies de documents pertinents pour ses dossiers en vue de conseiller ou de représenter son client à l'occasion ou en prévision d'un litige, ait le droit, et soit en fait tenu, sauf avec le consentement de son client, de revendiquer le privilège à l'égard de tous ces documents et de refuser de les produire. [p. 142]

63 Cette approche a été rejetée par les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Chrusz*.

64 La divergence d'opinions des juridictions d'appel à ce sujet devra être tranchée lorsque cette question sera expressément soulevée et pleinement débattue. Il semblerait davantage compatible avec

from research or the exercise of skill and knowledge does appear to be more consistent with the rationale and purpose of the litigation privilege. That being said, I take care to mention that assigning such a broad scope to the litigation privilege is not intended to automatically exempt from disclosure anything that would have been subject to discovery if it had not been remitted to counsel or placed in one's own litigation files. Nor should it have that effect.

le fondement et l'objet du privilège relatif au litige de l'étendre aux documents recueillis au moyen de recherches ou à l'aide de connaissances et d'habiletés. Cela dit, je tiens à mentionner que le fait d'attribuer une portée aussi étendue au privilège relatif au litige n'a pas pour objectif, et ne devrait pas avoir pour effet, de soustraire automatiquement à la communication tout document ou renseignement qui aurait dû être communiqué au préalable, s'il n'avait pas été transmis à l'avocat ou versé aux dossiers constitués par une partie relativement au litige.

## VI

## VI

65 For all of these reasons, I would dismiss the appeal. The respondent shall be awarded his disbursements in this Court.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. L'intimé recevra le remboursement de ses débours devant la Cour.

The reasons of Bastarache and Charron JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Bastarache et Charron rendus par

66 BASTARACHE J. — I have read the reasons of Fish J. and concur in the result. I think it is necessary to provide a more definitive and comprehensive interpretation of s. 23 of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 ("*Access Act*"), however, so as not to leave open the possibility of a parallel application of the common law rule regarding litigation privilege in cases where the *Access Act* is invoked. I therefore propose to determine the scope of s. 23 and rule out the application of the common law in this case.

LE JUGE BASTARACHE — J'ai lu les motifs du juge Fish et j'y souscris quant au résultat. Je crois toutefois qu'il est nécessaire de donner une interprétation plus définitive et plus complète de l'art. 23 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« *Loi sur l'accès* »), afin d'écarter la possibilité d'une application parallèle de la règle de common law concernant le privilège relatif au litige dans les cas où la *Loi sur l'accès* est invoquée. Je propose donc de circonscrire la portée de l'art. 23 et d'exclure l'application de la common law en l'espèce.

67 Here, the government institution has attempted to refuse disclosure by claiming litigation privilege pursuant to s. 23 of the *Access Act*. The question of whether these documents are covered by litigation privilege only arises once it is decided that s. 23 includes litigation privilege within its scope. The question is whether Parliament intended that the expression "solicitor-client privilege" in s. 23 also be taken to include litigation privilege. Whether s. 23 is interpreted so as to include litigation privilege or not does not constitute a departure from litigation privilege *per se*. Either way, the privilege is left unaffected by the

En l'occurrence, l'institution fédérale a tenté de refuser de communiquer des documents en revendiquant le privilège relatif au litige en application de l'art. 23 de la *Loi sur l'accès*. La question de savoir si ces documents sont protégés par le privilège relatif au litige ne se pose que s'il est statué que la portée de l'art. 23 s'étend au privilège relatif au litige. Il faut donc déterminer si le législateur a voulu que l'expression « secret professionnel qui lie un avocat à son client » utilisée à l'art. 23 soit considérée comme englobant également le privilège relatif au litige. Que l'art. 23 soit interprété comme incluant ou comme excluant le privilège

legislation. In my view, litigation privilege cannot be invoked at common law to refuse disclosure which is statutorily mandated. Either Parliament intended to include litigation privilege within the phrase "solicitor-client privilege" or litigation privilege cannot be invoked.

It is unclear, from a legal standpoint, why the government would be able to refuse a statutory duty to disclose information by claiming litigation privilege as a matter of common law. In *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875, this Court held that legislation may infringe solicitor-client privilege (let alone litigation privilege), though such legislation would be interpreted restrictively. The *Access Act* is such legislation and it is not unique in mandating disclosure of certain information. Corporations' legislation, legislation governing certain professions, securities legislation, to name but a few examples, include statutory provisions that require certain persons to disclose information/documentation to directors, tribunals or governing bodies. It has not been open to those persons to resist disclosure on the basis of solicitor-client or litigation privilege. However, where related litigation arises, those persons will often argue that the compulsory disclosure to an auditor (for example) does not amount to a waiver of the privilege (see *Interprovincial Pipe Line Inc. v. M.N.R.*, [1996] 1 F.C. 367 (T.D.)). In that case, the appellants had disclosed legal advice to their auditors pursuant to s. 170 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44. Before the Federal Court, they argued that this did not constitute a waiver of the privilege. The judge cited the following passage from this Court's decision in *Descôteaux*, at p. 875:

relatif au litige, il ne constitue pas une dérogation au privilège relatif au litige en soi. Peu importe l'interprétation retenue, la loi ne modifie en rien ce privilège. À mon avis, on ne peut revendiquer le privilège relatif au litige en s'appuyant sur la common law pour refuser de communiquer un document que la loi nous oblige à divulguer. Ou bien le législateur a voulu que le « secret professionnel de l'avocat » englobe le privilège relatif au litige, ou bien ce privilège ne peut être invoqué.

68 Il est difficile de comprendre pourquoi, d'un point de vue juridique, le gouvernement pourrait se soustraire à son obligation légale de communiquer des renseignements en s'appuyant sur la common law pour revendiquer le privilège relatif au litige. Dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875, la Cour a statué qu'un texte législatif peut porter atteinte au secret professionnel de l'avocat (et à plus forte raison au privilège relatif au litige), bien qu'un tel texte doive être interprété restrictivement. La *Loi sur l'accès* en est un exemple et n'est pas le seul texte législatif à commander la divulgation de certains renseignements. Ainsi, les textes législatifs régissant les sociétés par actions, certaines professions ou les valeurs mobilières, pour n'en nommer que quelques-uns, comportent des dispositions qui obligent certaines personnes à communiquer des renseignements ou des documents à des administrateurs, à des tribunaux administratifs ou à des organes directeurs. Ces personnes ne conservent pas la faculté de s'opposer à la communication en s'appuyant sur le secret professionnel de l'avocat ou sur le privilège relatif au litige. Toutefois, lorsqu'un litige connexe survient, elles plaident souvent que la divulgation forcée à un vérificateur (par exemple) n'emporte pas renonciation au privilège (voir *Interprovincial Pipe Line Inc. c. M.R.N.*, [1996] 1 C.F. 367 (1re inst.)). Dans cette affaire, les appelants avaient divulgué des avis juridiques à leurs vérificateurs en application de l'art. 170 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44. Devant la Cour fédérale, ils ont fait valoir qu'ils n'avaient pas renoncé de ce fait au privilège. Le juge a cité l'extrait suivant de la p. 875 de l'arrêt *Descôteaux* rendu par notre Cour :

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.

2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.

4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively. [Emphasis added; p. 377.]

69 It is my view, however, that as a matter of statutory interpretation an exemption for litigation privilege should be read into s. 23. In 1983, litigation privilege was merely viewed as a branch of solicitor-client privilege. This means that Parliament most likely intended to include litigation privilege within the ambit of "solicitor-client privilege". *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418 (*per* Estey J., dissenting), and R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 358-60, suggest that the incorporation of the common law concept of solicitor-client privilege into the *Access Act* does not freeze the development of the common law for the purposes of s. 23 at its 1983 state.

70 Nonetheless, my view is that the two-branches approach to solicitor-client privilege should subsist, even accepting that solicitor-client privilege and litigation privilege have distinct rationales. The Advocates' Society, intervener, suggests at para. 2 of its factum that:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client.

2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité.

3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante.

4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement. [Je souligne; p. 377.]

J'estime néanmoins que, selon les principes d'interprétation législative, l'art. 23 doit être tenu pour inclure implicitement une exemption concernant le privilège relatif au litige. En 1983, le privilège relatif au litige était considéré simplement comme une composante du secret professionnel de l'avocat. Cela signifie que le législateur avait fort probablement l'intention d'inclure le privilège relatif au litige dans la portée du « secret professionnel qui lie un avocat à son client ». *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418 (le juge Estey, dissident), et R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 358-360, indiquent que l'incorporation, à la *Loi sur l'accès*, du concept du secret professionnel de l'avocat en common law ne stoppe pas l'évolution de la common law pour la maintenir telle qu'elle était en 1983 pour l'application de l'art. 23.

Je suis cependant d'avis qu'il faut continuer à considérer le secret professionnel de l'avocat comme comportant deux composantes, même si l'on admet que le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige reposent sur des fondements différents. L'intervenante The Advocates' Society avance, au par. 2 de son mémoire :

At an overarching level, litigation privilege and legal advice privilege share a common purpose: they both serve the goal of the effective administration of justice. Litigation privilege does so by ensuring privacy to litigants against their opponents in preparing their cases for trial, while legal advice privilege does so by ensuring that individuals have the professional assistance required to interact effectively with the legal system.

[TRADUCTION] Dans l'ensemble, le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique poursuivent un but commun : ils servent tous les deux l'objectif de l'administration efficace de la justice. Le privilège relatif au litige favorise cet objectif en offrant aux plaideurs qui préparent leur dossier pour l'instruction une garantie de confidentialité opposable à la partie opposée, tandis que le privilège de la consultation juridique le favorise en garantissant à chacun l'accès à l'aide professionnelle requise pour traiter efficacement avec le système de justice.

Reading litigation privilege into s. 23 of the *Access Act* is the better approach because, in fact, litigation privilege has always been considered a branch of solicitor-client privilege. As the reasons of my colleague acknowledge, at para. 31, "[t]hough conceptually distinct, litigation privilege and legal advice privilege serve a common cause: The secure and effective administration of justice according to law. And they are complementary and not competing in their operation." 71

Interpréter l'art. 23 de la *Loi sur l'accès* comme incluant implicitement le privilège relatif au litige est la solution la plus appropriée parce que, de fait, ce privilège a toujours été considéré comme une composante du secret professionnel de l'avocat. Comme mon collègue le reconnaît dans ses motifs, au par. 31, « [b]ien que distincts d'un point de vue conceptuel, le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique servent une cause commune : l'administration sûre et efficace de la justice conformément au droit. En outre, ils sont complémentaires et n'entrent pas en concurrence l'un avec l'autre. »

Second, in *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321 (C.A.), at p. 336, Carthy J.A. commented that "[w]hile solicitor-client privilege stands against the world, litigation privilege is a protection only against the adversary, and only until termination of the litigation." Thus, even if litigation privilege is read into s. 23 of the *Access Act*, it is not clear that the Crown could properly invoke it as against a third party, such as the media. This is also a question to be dealt with as a matter of statutory interpretation. In my view, once the privilege is determined to exist, s. 23 grants the institution a discretion as to whether or not to disclose. Although litigation privilege is understood as existing only *vis-à-vis* the adversary in the litigation (*Chrusz*), the effect of s. 23 is to permit the government institution to refuse disclosure to any requester so long as the privilege is found to exist. 72

Deuxièmement, dans l'arrêt *General Accident Assurance Co. c. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321 (C.A.), p. 336, le juge Carthy a fait la remarque suivante : [TRADUCTION] « [A]lors que le secret professionnel de l'avocat offre une protection universelle, le privilège relatif au litige ne protège que contre l'adversaire, et uniquement jusqu'à la fin du litige. » Ainsi, même si l'on interprète l'art. 23 de la *Loi sur l'accès* comme incluant implicitement le privilège relatif au litige, il n'est pas certain que le ministère public puisse l'opposer à juste titre aux tiers, par exemple aux médias. Cette question relève elle aussi de l'application des principes d'interprétation législative. Selon moi, une fois établie l'existence du privilège, l'art. 23 confère à l'institution le pouvoir discrétionnaire de divulguer ou non les renseignements. Alors que le privilège relatif au litige est considéré comme n'ayant d'effet que contre l'autre partie au litige (*Chrusz*), l'art. 23 permet à une institution fédérale de refuser la communication à quiconque la demande, à condition que l'existence du privilège soit établie.

73 I would also disagree with the reasons of Fish J., at para. 5, that "we are not asked in this case to decide whether the government can invoke litigation privilege." This appeal turns on the proper interpretation of s. 23 of the *Access Act*. Either litigation privilege must be read into s. 23 or it must be acknowledged that the Crown cannot invoke litigation privilege so as to resist disclosure under the *Access Act*. The consequences of this latter option would have to be considered in the context of the other exemptions provided for by the Act — including those contained in ss. 16 and 17 and outlined at para. 54 of the reasons of my colleague:

> For example, pursuant to s. 16(1)(*b*) and (*c*), the government may refuse to disclose any record that contains information relating to investigative techniques or plans for specific lawful investigations or information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to law enforcement or the conduct of lawful investigations. And, pursuant to s. 17, the government may refuse to disclose any information the disclosure of which could reasonably be expected to threaten the safety of individuals.

74 For the reasons expressed by Fish J., I agree that the Minister's claim of litigation privilege fails in this case because the privilege has expired.

75 I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener The Advocates' Society: Torys, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Information Commissioner of Canada: Information Commissioner of Canada, Ottawa.*

Je ne souscris pas non plus aux motifs que le juge Fish exprime au par. 5, lorsqu'il dit que « nous ne sommes pas appelés en l'espèce à décider si le gouvernement peut invoquer le privilège relatif au litige. » Le présent pourvoi porte sur l'interprétation correcte de l'art. 23 de la *Loi sur l'accès*. Soit cette disposition doit être interprétée comme visant implicitement le privilège relatif au litige, soit il faut reconnaître que le gouvernement ne peut invoquer ce privilège pour refuser de divulguer des documents sous le régime de la *Loi sur l'accès*. Les conséquences de cette dernière option devraient être examinées dans le contexte des autres exemptions prévues par la Loi — dont celles énoncées aux art. 16 et 17 et décrites sommairement au par. 54 des motifs de mon collègue :

> À titre d'exemple, les al. 16(1)*b*) et *c*) permettent au gouvernement de refuser la communication de documents contenant des renseignements relatifs à des techniques d'enquêtes ou à des projets d'enquêtes licites déterminées ou contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois ou au déroulement d'enquêtes licites. En outre, en vertu de l'art. 17, le gouvernement peut refuser la communication des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à la sécurité des individus.

Pour les motifs exprimés par le juge Fish, j'estime moi aussi que la revendication par le ministre du privilège relatif au litige ne saurait être accueillie en l'espèce, parce que ce privilège a pris fin.

Je suis d'avis de rejeter l'appel.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante The Advocates' Society : Torys, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Commissaire à l'information du Canada : Commissaire à l'information du Canada, Ottawa.*

**Vuthy Kong** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* KONG

**Neutral citation: 2006 SCC 40.**

File No.: 31238.

2006: June 22; 2006: September 8.

Present: Bastarache, Binnie, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Defences — Self-defence — Victim stabbed during altercation between two groups — Accused testified that he feared for his safety and waved knife in self-defence — Trial judge found defence did not have air of reality and refused to charge jury with defence of self-defence under s. 34(1) of Criminal Code — Accused convicted of manslaughter — Court of Appeal erred in upholding trial judge's decision to not put defence of self-defence before jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34(1).*

*Held*: The appeal should be allowed and a new trial ordered on the charge of manslaughter.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34(1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Russell and Wittmann JJ.A.) (2005), 53 Alta. L.R. (4th) 25, 371 A.R. 90, 354 W.A.C. 90, 200 C.C.C. (3d) 19, [2006] 5 W.W.R. 405, [2005] A.J. No. 981 (QL), 2005 ABCA 255, upholding the accused's conviction for manslaughter. Appeal allowed.

*Balfour Q.H. Der, Q.C.*, and *Lisa M. Burgis*, for the appellant.

**Vuthy Kong** *Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* KONG

**Référence neutre : 2006 CSC 40.**

N° du greffe : 31238.

2006 : 22 juin; 2006 : 8 septembre.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, Fish, Abella et Charron.

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

*Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Victime poignardée au cours d'une altercation entre deux groupes — Témoignage de l'accusé portant qu'il avait agi en état de légitime défense en brandissant un couteau parce qu'il craignait pour sa sécurité — Juge du procès ne jugeant pas ce moyen de défense vraisemblable et refusant de donner des directives au jury sur la légitime défense prévue à l'art. 34(1) du Code criminel — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Décision du juge du procès de ne pas soumettre la question de la légitime défense au jury confirmée à tort par la Cour d'appel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34(1).*

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Russell et Wittmann) (2005), 53 Alta. L.R. (4th) 25, 371 A.R. 90, 354 W.A.C. 90, 200 C.C.C. (3d) 19, [2006] 5 W.W.R. 405, [2005] A.J. No. 981 (QL), 2005 ABCA 255, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour homicide involontaire coupable. Pourvoi accueilli.

*Balfour Q.H. Der, c.r.*, et *Lisa M. Burgis*, pour l'appelant.

*Eric J. Tolppanen*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 BASTARACHE J. — This appeal comes to us as of right on the question of whether the defence of self-defence under s. 34(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ought to have been put to the jury for its consideration. We agree with the conclusion reached by Wittmann J.A. in his dissenting opinion on this point ((2005), 53 Alta. L.R. (4th) 25, 2005 ABCA 255). Accordingly, the appeal is allowed and a new trial is ordered on the charge of manslaughter.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Batting, Der, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Eric J. Tolppanen*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Dans le présent appel de plein droit, la Cour doit décider si la question de la légitime défense prévue au par. 34(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, aurait dû être soumise à l'appréciation du jury. Nous souscrivons à la conclusion que le juge Wittmann a tirée à cet égard dans ses motifs dissidents ((2005), 53 Alta. L.R. (4th) 25, 2005 ABCA 255). Par conséquent, l'appel est accueilli et un nouveau procès est ordonné relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant : Batting, Der, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

**Stephen Simms and Marla Simms** *Appellants*

*v.*

**William Isen** *Respondent*

**INDEXED AS: ISEN *v.* SIMMS**

**Neutral citation: 2006 SCC 41.**

File No.: 31026.

2006: June 21; 2006: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Maritime law — Scope — Pleasure craft — Limitation of liability — Boat being prepared for transport on highway — Boat owner using bungee cord to secure engine cover — Plaintiff suffering personal injury when metal hook at end of bungee cord struck him in eye — Plaintiff bringing action in damages against boat owner — Whether limitation of liability provision contained in federal shipping legislation applicable — Whether plaintiff's claim falling within ambit of federal maritime law — Canada Shipping Act, R.S.C. 1985, c. S-9, s. 577.*

*Constitutional law — Division of powers — Navigation and shipping — Scope — Pleasure craft — Boat being prepared for transport on highway — Boat owner using bungee cord to secure engine cover — Plaintiff suffering personal injury when metal hook at end of bungee cord struck him in eye — Plaintiff bringing action in damages against boat owner — Boat owner claiming benefit of limitation of liability provision contained in federal shipping legislation — Whether matter governed by federal power over navigation and shipping or provincial power over property and civil rights — Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92(13).*

**Stephen Simms et Marla Simms** *Appelants*

*c.*

**William Isen** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : ISEN *c.* SIMMS**

**Référence neutre : 2006 CSC 41.**

N° du greffe : 31026.

2006 : 21 juin; 2006 : 5 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit maritime — Champ d'application — Embarcation de plaisance — Limitation de responsabilité — Préparation d'un bateau en vue de son transport par route — Utilisation par le propriétaire du bateau d'un câble élastique pour fixer le couvercle du moteur — Blessures subies par le demandeur lorsqu'il a reçu dans l'œil un crochet en métal se trouvant à l'extrémité du câble élastique — Action en dommages-intérêts intentée par le demandeur contre le propriétaire du bateau — La disposition de limitation de la responsabilité figurant dans une loi fédérale concernant la marine marchande est-elle applicable? — La créance du demandeur relève-t-elle du champ d'application du droit maritime fédéral? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. 1985, ch. S-9, art. 577.*

*Droit constitutionnel — Partage des compétences — Navigation et bâtiments ou navires — Champ d'application — Embarcation de plaisance — Préparation d'un bateau en vue de son transport par route — Utilisation par le propriétaire du bateau d'un câble élastique pour fixer le couvercle du moteur — Blessures subies par le demandeur lorsqu'il a reçu dans l'œil un crochet en métal se trouvant à l'extrémité du câble élastique — Bénéfice de la disposition de limitation de la responsabilité figurant dans une loi fédérale concernant les bâtiments et navires invoqué par le propriétaire du bateau — La question relève-t-elle du pouvoir de légiférer du fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires ou du pouvoir de la province de légiférer sur la propriété et les droits civils? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92(13).*

After a day of recreational boating on a lake, S and I removed the boat from the water on a trailer and prepared it for transport on the highway in a parking lot near the water. I, the owner of the boat, was stretching a bungee cord over the engine cover to secure it when the cord slipped from his grasp and hit S who suffered an eye injury. S and his wife brought a personal injury action for damages totalling $2.2 million in the Ontario Superior Court of Justice. I denied liability and also applied to the Federal Court for a declaration that, in the event he was found liable, his liability would not exceed $1 million pursuant to s. 577 of the *Canada Shipping Act*. The Federal Court and the majority of the Federal Court of Appeal both held that the claim was a maritime law claim and was subject to the limitation of liability set out in s. 577.

*Held*: The appeal should be allowed.

The allegedly negligent acts giving rise to S's injuries are not governed by federal maritime law, but rather, are governed by provincial law. Accordingly, the *Canada Shipping Act* is not constitutionally applicable in this case and I cannot claim the benefit of the limitation of liability provided in that Act. While Parliament's jurisdiction over navigation and shipping pursuant to s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* includes the tortious liability of owners of pleasure craft for negligent launching into, navigation on and removal from Canadian waterways, the mere involvement of a pleasure craft in an incident is not sufficient to ground federal jurisdiction. Rather, the factual context must be examined to determine whether the allegedly negligent act is integrally connected with the act of navigating the pleasure craft on Canadian waterways such that it is a practical necessity for Parliament to have jurisdiction over the matter. Here, the securing of the engine cover for transport by highway had nothing to do with navigation of the boat on water and everything to do with preparing the boat to be transported on Ontario's highways. Once the boat was being secured for road transport, it was no different than any other type of cargo that is transported on the highway, and the provincial legislature has jurisdiction. Therefore, the law concerning the standard of care and I's liability should be that applied to other users of Ontario roads who make preparations to transport some form of cargo. [5] [22-27]

Après une journée de navigation de plaisance sur le lac, S et I ont sorti le bateau de l'eau, l'ont placé sur la remorque et ont entrepris, dans un stationnement situé près du lac, de le préparer en vue de son transport sur la route. I, le propriétaire du bateau, était à assujettir le couvercle du moteur au moyen d'un câble élastique quand celui-ci a glissé de ses doigts et frappé S, le blessant à l'œil. S et son épouse ont intenté une action en dommages-intérêts pour blessures corporelles de 2,2 millions de dollars en Cour supérieure de justice de l'Ontario. I a nié toute responsabilité et a demandé à la Cour fédérale un jugement déclarant que, s'il était jugé responsable, sa responsabilité se limiterait à un million de dollars conformément à l'art. 577 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale, à la majorité, ont toutes deux conclu que l'action en justice relevait du droit maritime et était assujettie à la limitation de responsabilité prévue à l'art. 577.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

Les actes prétendument négligents à l'origine des lésions de S ne sont pas régis par le droit maritime fédéral mais, au contraire, par le droit provincial. Par conséquent, la *Loi sur la marine marchande du Canada* n'est pas constitutionnellement applicable en l'espèce et I ne peut invoquer la clause de limitation de responsabilité prévue par cette loi. Bien que le pouvoir de légiférer que possède le Parlement à l'égard de la navigation et des bâtiments ou navires en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* lui confère compétence en matière de responsabilité délictuelle découlant de la négligence dont se rendent coupables sur les voies navigables du Canada les propriétaires d'embarcation de plaisance dans la mise à l'eau, la navigation et la sortie de l'eau de telles embarcations, la seule implication d'un bateau de plaisance dans un incident ne saurait fonder la compétence du fédéral sur celui-ci. Le tribunal doit plutôt examiner le contexte factuel des actes prétendument négligents reprochés et déterminer s'ils faisaient partie intégrante de la conduite du bateau de plaisance sur les voies navigables canadiennes de telle sorte qu'il est nécessaire en pratique que le Parlement ait compétence en la matière. En l'espèce, l'assujettissement du couvercle du moteur en vue du transport du bateau sur la route n'avait rien à voir avec la navigation de celui-ci sur l'eau, et tout à voir avec la préparation du bateau en vue de son transport sur les routes de l'Ontario. Une fois le bateau préparé pour son transport sur route, il ne différait en rien de tout autre objet transporté sur la route et c'est la législature provinciale qui a compétence. Le droit relatif à la norme de diligence et à la responsabilité de I dans la présente affaire devrait donc être le droit applicable aux autres usagers de la route en Ontario qui font des préparatifs en vue du transport de quelque objet. [5] [22-27]

**Cases Cited**

**Applied:** *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; **referred to:** *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752.

**Statutes and Regulations Cited**

*Act to Amend the Canada Shipping Act (Maritime Liability)*, S.C. 1998, c. 6, s. 2.
*Canada Shipping Act*, R.S.C. 1985, c. S-9 [am. 1998, c. 6], ss. 2, 576(3), 577, 581.
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(10), 92(13).
*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3.
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2, 22.
*Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, s. 28(1)(*a*).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Nadon and Sexton JJ.A.), [2005] 4 F.C.R. 563, 254 D.L.R. (4th) 273, 334 N.R. 233, [2005] F.C.J. No. 756 (QL), 2005 FCA 161, affirming a decision of Snider J. (2004), 247 F.T.R. 233, 236 D.L.R. (4th) 376, [2004] F.C.J. No. 278 (QL), 2004 FC 227. Appeal allowed.

*David R. Tenszen*, for the appellants.

*Geoffrey D. E. Adair, Q.C.*, and *Robert M. Ben*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

The appellant, Dr. Stephen Simms, suffered personal injuries when the metal hook at the end of a bungee cord struck him in the eye. The incident occurred while the respondent was using the bungee cord to secure a part of his boat prior to towing it on the highway. The appellants, Dr. Simms and his wife, have commenced an action for damages against the respondent.

The dispute in this appeal is whether the respondent can claim the benefit of a limitation of liability

**Jurisprudence**

**Arrêts appliqués :** *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; **arrêt mentionné :** *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752.

**Lois et règlements cités**

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(10), 92(13).
*Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada (responsabilité en matière maritime)*, L.C. 1998, ch. 6, art. 2.
*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. 1985, ch. S-9 [mod. 1998, ch. 6], art. 2, 576(3), 577, 581.
*Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, art. 28(1)*a*).
*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3.
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 2, 22.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Nadon et Sexton), [2005] 4 R.C.F. 563, 254 D.L.R. (4th) 273, 334 N.R. 233, [2005] F.C.J. No. 756 (QL), 2005 CAF 161, qui a confirmé une décision de la juge Snider (2004), 247 F.T.R. 233, 236 D.L.R. (4th) 376, [2004] F.C.J. No. 278 (QL), 2004 CF 227. Pourvoi accueilli.

*David R. Tenszen*, pour les appelants.

*Geoffrey D. E. Adair, c.r.*, et *Robert M. Ben*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

L'appelant, le D[r] Stephen Simms, a subi des blessures lorsqu'il a reçu dans l'œil un crochet en métal se trouvant à l'extrémité d'un câble élastique. Ce fait s'est produit pendant que l'intimé fixait, au moyen du câble en question, le couvercle du moteur de son bateau avant de transporter celui-ci par la route. Les appelants, le D[r] Simms et son épouse, ont introduit une action en dommages-intérêts contre l'intimé. 1

Le présent pourvoi vise à déterminer si l'intimé peut se prévaloir d'une disposition législative 2

provision contained in federal legislation, namely s. 577(1)(*a*) of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1985, c. S-9 (as amended by S.C. 1998, c. 6) (now s. 28(1)(*a*) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6), such that his liability to pay damages to the appellants, if any, will not exceed $1,000,000. This dispute raises two issues.

3 The first issue, as put to this Court by the appellants, is whether the Federal Court has jurisdiction over the matter. The Federal Court has jurisdiction over matters of maritime law, a federal body of law comprised of both statutory rules and non-statutory principles. The real question is whether the allegedly negligent acts giving rise to Dr. Simms' injuries are governed by federal maritime law, or rather, by provincial law.

4 If the allegedly negligent acts giving rise to Dr. Simms' injuries fall within the ambit of maritime law, the second issue is whether the claims of the appellants are subject to the limitation of liability in the *Canada Shipping Act*. The question is whether the claims of the appellants occurred "in direct connexion with the operation of the ship".

5 I am of the opinion that the allegedly negligent acts giving rise to Dr. Simms' injuries are not governed by federal maritime law, but rather, are governed by provincial law. The *Canada Shipping Act* is not constitutionally applicable to the appellants' action for damages against the respondent. Thus, the respondent cannot claim the benefit of the limitation of liability provided in that Act. Given that the appeal is allowed on this basis, the second issue does not arise.

## II. Facts

6 The respondent owned a 17-foot pleasure craft with a gross tonnage of less than 300 tons (the "boat"). In the interior of the boat, there was an

fédérale de limitation de la responsabilité, à savoir l'al. 577(1)*a*) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. 1985, ch. S-9 (modifiée par L.C. 1998, ch. 6) (maintenant l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6), de façon à limiter à un million de dollars son éventuelle responsabilité quant au versement de dommages-intérêts aux appelants. Le litige soulève deux questions.

La première, telle qu'elle a été formulée par les appelants devant notre Cour, est de savoir si la Cour fédérale a compétence pour entendre l'affaire. La Cour fédérale est compétente à l'égard des litiges en matière de droit maritime, régime de droit fédéral constitué à la fois de règles législatives et de principes d'origine non législative. La véritable question consiste à déterminer si les actes prétendument négligents à l'origine des lésions du D^r^ Simms sont régis par le droit maritime fédéral ou, au contraire, par le droit provincial.

Si les actes prétendument négligents reprochés relèvent du droit maritime, il faut alors décider si les créances des appelants sont assujetties à la limitation de responsabilité prévue par la *Loi sur la marine marchande du Canada*. La seconde question consiste à déterminer si les créances des appelants sont « en relation directe avec l'exploitation du navire ».

À mon avis, les actes prétendument négligents à l'origine des lésions du D^r^ Simms ne sont pas régis par le droit maritime fédéral, mais plutôt par le droit provincial. La *Loi sur la marine marchande du Canada* n'est pas constitutionnellement applicable à l'action en dommages-intérêts intentée par les appelants contre l'intimé. En conséquence, ce dernier ne peut invoquer la clause de limitation de responsabilité prévue par cette loi. Comme le pourvoi est accueilli pour ce motif, la deuxième question ne se pose pas.

## II. Les faits

L'intimé était propriétaire d'une embarcation de plaisance de 17 pieds dont la jauge brute était de moins de 300 tonneaux (le « bateau »). Une

opening that permitted access to the engine. This opening was covered by a vinyl padded piece of wood, which served as a seat when access to the engine was not required (the "engine cover").

When the boat needed to be transported across land, it was placed on a trailer that was towed by a vehicle. When the boat was transported on the highway, the engine cover would blow upwards and flap in the wind. Therefore, prior to transporting the boat on the highway, the respondent would secure the engine cover with a bungee cord. Securing the engine cover during highway transport was the only use of the bungee cord. When the bungee cord was not in use, it was stored on the boat.

The boat was ordinarily moored to a dock on a lake adjacent to a cottage property owned by the respondent in the Orillia-Coldwater area of Ontario. On August 1, 1999, Dr. Simms and the respondent set out from the respondent's cottage to embark on a boating trip on Lake Muskoka, Ontario. The boat was transported via the highway on a trailer towed by the respondent's vehicle. Upon arriving at Lake Muskoka, the boat was launched into the water using a public boat ramp. At the end of the day of navigation on the lake, Dr. Simms and the respondent returned to the boat ramp in order to remove the boat from the water and transport it back to its ordinary mooring at the respondent's cottage. The vehicle and trailer were backed onto the ramp and the boat was placed on the trailer. The respondent then moved the vehicle, trailer and boat to level ground in a parking lot near the water.

To ready the boat for highway transport, the respondent began to secure the engine cover with the bungee cord. The hook at one end of the cord was attached to the boat and the cord was stretched across the width of the boat when it slipped from the respondent's grasp. The cord flew toward Dr. Simms who was standing near the boat. The metal hook at the end of the cord struck him in the eye.

The appellants commenced an action against the respondent in the Ontario Superior Court of

ouverture à l'intérieur du bateau permettait d'accéder au moteur. Cette ouverture était fermée par une plaque de bois recouverte de vinyle matelassé, qui servait de siège lorsque l'accès au moteur n'était pas requis (le « couvercle du moteur »).

7 Pour le transport sur la terre ferme, le bateau était placé sur une remorque tirée par un véhicule. Lorsque le bateau était ainsi transporté sur la route, le vent avait pour effet de soulever le couvercle du moteur et de le faire claquer au vent. L'intimé se servait donc d'un câble élastique pour assujettir le couvercle avant le départ. Ce câble n'était utilisé que pour assujettir le couvercle du moteur lorsque le bateau était remorqué sur la route. Le reste du temps, il était rangé sur le bateau.

8 Le bateau était habituellement amarré à un quai, sur un lac adjacent à un chalet appartenant à l'intimé dans la région d'Orillia-Coldwater, en Ontario. Le 1er août 1999, le Dr Simms et l'intimé ont quitté le chalet de ce dernier pour aller faire une excursion en bateau sur le lac Muskoka en Ontario. Le bateau a été transporté sur la route à l'aide d'une remorque attachée au véhicule de l'intimé. Au lac Muskoka, il a été mis à l'eau au moyen d'une rampe publique. Après leur journée de navigation sur le lac, le Dr Simms et l'intimé sont revenus à la rampe pour sortir le bateau de l'eau et le ramener à son lieu habituel d'amarrage au chalet de l'intimé. Le véhicule et sa remorque ont été conduits en marche arrière sur la rampe, puis le bateau a été placé sur la remorque. L'intimé a ensuite déplacé le véhicule, la remorque et le bateau vers un terrain plat dans un terrain de stationnement près du lac.

9 Pour préparer le bateau en vue du transport sur la route, l'intimé a entrepris d'assujettir le couvercle du moteur au moyen du câble élastique. Le crochet situé à une extrémité du câble élastique avait été fixé au bateau et le câble était étiré sur toute la largeur du bateau lorsque l'autre extrémité a glissé des doigts de l'intimé. Le câble a été projeté vers le Dr Simms, qui était debout près du bateau. Le Dr Simms a reçu le crochet en métal dans l'œil.

10 Les appelants ont intenté une action contre l'intimé devant la Cour supérieure de justice de

Justice. Dr. Simms claimed damages in the amount of $2,000,000, plus pre-judgment interest. His wife claimed damages in the amount of $200,000 pursuant to the terms of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, plus pre-judgment interest.

11 The respondent denied liability in the Ontario Superior Court of Justice. He also sought a declaration from the Federal Court that in the event he is found liable in the proceedings before the Ontario Superior Court of Justice, his liability to pay damages to the appellants will not exceed $1,000,000 pursuant to s. 577 of the *Canada Shipping Act*.

III. Statutory Provisions

12 The *Canada Shipping Act* regulates various matters related to shipping and navigation. The respondent falls within the definition of a "shipowner" and his boat falls within the definition of "ship" set out in s. 576(3) of the Act.

13 Section 577 of the *Canada Shipping Act* creates a limitation of liability for shipowners against claims involving a ship of less than 300 tons:

> **577.** (1) The maximum liability of a shipowner for claims arising on any distinct occasion involving a ship with a tonnage of less than 300 tons, other than claims mentioned in section 578, is
>
> (*a*) in respect of claims for loss of life or personal injury, $1,000,000;

14 The types of claims that are subject to the limitation in s. 577 are set out in Part I of Schedule VI of the *Canada Shipping Act* including claims "occurring in direct connexion with the operation of [a] ship".

15 Section 581 of the *Canada Shipping Act* empowers the Admiralty Court, defined in s. 2 of that Act as the Federal Court, to make the declaration sought by the respondent in this case.

l'Ontario. Le Dr Simms réclamait des dommages-intérêts de 2 000 000 $, plus les intérêts avant jugement. Son épouse réclamait quant à elle, en vertu des dispositions de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, des dommages-intérêts de 200 000 $, plus les intérêts avant jugement.

En Cour supérieure de justice de l'Ontario, l'intimé a nié toute responsabilité. Il a par ailleurs demandé à la Cour fédérale un jugement déclarant que, s'il était jugé responsable par l'autre tribunal, sa responsabilité envers les appelants quant au versement de dommages-intérêts se limiterait à 1 000 000 $ conformément à l'art. 577 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

III. Les dispositions législatives

La *Loi sur la marine marchande du Canada* régit divers aspects du transport maritime et de la navigation. L'intimé et son bateau répondent, respectivement, aux définitions des termes « propriétaire de navire » et « navire » figurant au par. 576(3) de la Loi.

L'article 577 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* limite la responsabilité des propriétaires de navires jaugeant moins de 300 tonneaux à l'égard des créances :

> **577.** (1) La limite de responsabilité du propriétaire d'un navire jaugeant moins de 300 tonneaux à l'égard de créances — autres que celles mentionnées à l'article 578 — nées d'un même événement est fixée à :
>
> *a*) un million de dollars pour les créances pour mort ou lésions corporelles;

Les types de créances visés par la limitation de responsabilité établie à l'art. 577 sont énoncés dans la partie I de l'annexe VI de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et comprennent les créances « en relation directe avec l'exploitation [d'un] navire ».

L'article 581 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* habilite la Cour d'Amirauté, définie à l'art. 2 de la Loi comme étant la Cour fédérale, à rendre le jugement déclaratoire demandé par l'intimé en l'espèce.

Section 2 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, which contains the definition of "Canadian maritime law", and s. 22 of that Act set out the Federal Court's jurisdiction over maritime law.

L'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, où l'on trouve la définition du « droit maritime canadien », et l'art. 22 de la même loi confèrent à la Cour fédérale compétence en matière de droit maritime. 16

## IV. Courts Below

## IV. Les jugements des juridictions inférieures

### A. *Federal Court* ((2004), 247 F.T.R. 233, 2004 FC 227)

### A. *Cour fédérale* ((2004), 247 F.T.R. 233, 2004 CF 227)

In Snider J.'s view, while the incident occurred on land, the "handling" of the boat was sufficiently connected to navigation and shipping to bring it within the ambit of maritime law. Snider J. identified four connecting factors: (1) the hooks of the bungee cord were applied to a boat; (2) the cord was used to secure the engine cover of a boat; (3) the incident arose immediately following use of the boat on a lake; and (4) the incident occurred just before the boat was to be transported to another lake.

La juge Snider a estimé que, bien que l'incident soit survenu sur la terre ferme, le « manœuvrage » du bateau était suffisamment lié à la navigation et aux bâtiments ou navires pour relever du droit maritime. Elle a relevé quatre facteurs de rattachement : (1) les crochets du câble élastique avaient été fixés à un bateau; (2) le câble avait été utilisé pour assujettir le couvercle du moteur d'un bateau; (3) l'incident est survenu immédiatement après l'utilisation du bateau sur un lac; (4) l'incident s'est produit juste avant le transport du bateau vers un autre lac. 17

### B. *Federal Court of Appeal* ([2005] 4 F.C.R. 563, 2005 FCA 161)

### B. *Cour d'appel fédérale* ([2005] 4 R.C.F. 563, 2005 CAF 161)

Nadon J.A., for the majority of the court, held at para. 20 that the "launching of a pleasure boat into a lake and its removal from the water after a day of navigation constitute land-based activities that are sufficiently connected with pleasure craft navigation" to bring a matter within the ambit of maritime law. Unlike commercial ships, which do not usually come out of the water, a pleasure craft will, as a matter of course, be removed from the water. Here, the alleged tort occurred near the boat ramp shortly after the boat was taken out of the water. It was the respondent's intention to return the boat to its usual mooring and it was therefore necessary to secure the engine cover. Thus, in Nadon J.A.'s view, the actions of the respondent were an integral part of the process of removing the boat from the water.

S'exprimant au nom de la majorité de la cour, le juge Nadon a conclu, au par. 20, que « le lancement d'un bateau de plaisance dans un lac et son retrait de l'eau après une journée de navigation constituent des activités terrestres qui sont suffisamment rattachées à la navigation de plaisance » pour que l'affaire relève du droit maritime. Alors que les navires commerciaux demeurent normalement dans l'eau, il est courant qu'un bateau de plaisance soit sorti de l'eau. En l'espèce, le délit civil imputé est survenu près de la rampe de mise à l'eau, peu après que le bateau eût été sorti de l'eau. Comme l'intimé voulait ramener le bateau à son lieu habituel d'amarrage, il fallait assujettir le couvercle du moteur. Les gestes accomplis par l'intimé faisaient donc, selon le juge Nadon, partie intégrante de l'opération consistant à sortir le bateau de l'eau. 18

In dissent, Décary J.A. held that the fact that the incident involved a boat did not transform the incident into a maritime matter. He held that the

Pour le juge Décary, dissident, le fait que l'événement impliquait un bateau de plaisance ne l'avait pas transformé en un incident maritime. À son avis, 19

focus should be less on the fact that a ship was involved and more on the location where the incident occurred and on the "true essence" of the incident. He concluded that the claim here was not a Canadian maritime law claim.

V. Analysis

20 The constitutional division of powers lies at the heart of this issue. Maritime law falls within Parliament's jurisdiction over navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*: see *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 777; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1290. In *ITO*, McIntyre J. confirmed that the ambit of Canadian maritime law is limited by the constitutional division of powers under the *Constitution Act, 1867*. At p. 774, he stated:

> In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. I am aware in arriving at this conclusion that a court, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in "pith and substance" a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence.

21 As Iacobucci and Major JJ. stated at para. 73 in *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, the question of whether a claim falls within the ambit of federal maritime law, i.e., navigation and shipping, involves an examination of the factual context of the claim. In this case, the factual context of the appellants' claim involves the allegedly negligent acts of the respondent while using a bungee cord to prepare his boat for transport on Ontario's highways. It must be determined whether this matter

l'élément important n'était pas tant le fait qu'un navire était concerné que l'endroit où l'événement s'était produit et la « nature véritable » de celui-ci. Il a conclu que l'action en justice ne relevait pas du droit maritime canadien.

V. L'analyse

Le partage des compétences législatives est au cœur de la question en litige. Le droit maritime relève du pouvoir de légiférer attribué au Parlement en matière de navigation et de bâtiments ou navires par le par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, p. 777; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1290. Dans *ITO*, le juge McIntyre a confirmé que le champ d'application du droit maritime fédéral est limité par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a écrit ceci à la p. 774 :

> En réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je n'ignore pas, en tirant cette conclusion, que la cour, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

Comme l'ont affirmé les juges Iacobucci et Major au par. 73 de l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, la question de savoir si une action relève du droit maritime fédéral — à savoir de la navigation et des bâtiments ou navires — requiert l'examen du contexte factuel de cette action. En l'espèce, le contexte factuel de l'action des appelants consiste dans la négligence dont l'intimé aurait fait preuve lorsqu'il a utilisé un câble élastique en préparant son bateau pour

falls within Parliament's jurisdiction over shipping and navigation or within provincial jurisdiction over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. It is in essence a line drawing exercise.

le transporter sur les routes de l'Ontario. Il faut décider si cette affaire relève de la compétence du Parlement en matière de navigation et de bâtiments ou navires, ou de la compétence reconnue aux provinces à l'égard de la propriété et des droits civils par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit, pour l'essentiel, de tracer une ligne de démarcation.

Commercial shipping was traditionally viewed as within the scope of Parliament's jurisdiction over navigation and shipping. Shipping contracts involve not only the safe carriage of goods over the sea, but also the movement of goods on and off a ship. It was these commercial realities that led McIntyre J. to hold in *ITO* that the short-term storage by a stevedoring company occurring in the port area and contemplated under the contract for carriage of goods by sea fell within Parliament's jurisdiction over shipping. As McIntyre J. stated, there was a "close, practical relationship [between] the terminal operation [and] the performance of the contract" (p. 775).

22 La navigation commerciale est traditionnellement considérée comme relevant de la compétence du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires. Les contrats de transport maritime visent non seulement le transport en toute sécurité de marchandises par voie maritime, mais également le déplacement des marchandises lors des chargements et déchargements du navire. Ce sont ces réalités commerciales qui, dans l'arrêt *ITO*, ont amené le juge McIntyre à conclure que l'entreposage à court terme effectué par l'entreprise d'acconage dans la zone portuaire et prévu par le contrat de transport de marchandises par mer relevait de la compétence du Parlement sur les bâtiments ou navires. Comme l'a indiqué le juge McIntyre à la p. 775, il y avait un « rapport étroit existant en pratique entre le transit et l'exécution du contrat ».

As this case involves the potential tortious liability of an owner of a pleasure craft, it does not involve the shipping considerations that were relevant to McIntyre J.'s analysis in *ITO*. We are concerned here with navigation. This Court held in *Whitbread* that it was a practical necessity for Parliament to have jurisdiction over the tortious liability of pleasure craft for negligent navigation on Canadian waterways. As commercial ships and pleasure craft share the same navigational network across Canada, a uniform federal body of law governing the navigational "rules of the road", standards of "good seamanship", and any tortious liability resulting from the use of the waterways is necessary: see *Whitbread*, at pp. 1295-96.

23 Étant donné que le présent pourvoi porte sur l'éventuelle responsabilité délictuelle du propriétaire d'une embarcation de plaisance, les considérations relatives aux bâtiments ou navires dont le juge McIntyre devait tenir compte dans son analyse de l'affaire *ITO* y sont étrangères. C'est de navigation dont il est question en l'espèce. Dans l'arrêt *Whitbread*, notre Cour a conclu que le Parlement doit, par nécessité pratique, être compétent en matière de responsabilité délictuelle découlant de la conduite négligente de bateaux de plaisance sur les voies navigables du Canada. Comme les navires commerciaux et les navires de plaisance partagent le même réseau de navigation dans l'ensemble du Canada, il est souhaitable de leur appliquer un régime juridique fédéral uniforme en matière de « règles de barre et de route » et de « règles [de] bonne navigation », et à l'égard de toute responsabilité délictuelle liée à l'utilisation des voies navigables : voir *Whitbread*, p. 1295-1296.

24 Parliament does not have jurisdiction over pleasure craft *per se*. The mere involvement of a pleasure craft in an incident is not sufficient to ground Parliament's jurisdiction. Rather, in cases such as this, a court must look at the allegedly negligent acts and determine whether that activity is integrally connected to the act of navigating the pleasure craft on Canadian waterways such that it is practically necessary for Parliament to have jurisdiction over the matter. Given that the focus is on the acts that form the basis of the negligence claim, where or when those acts occurred is not determinative.

25 Nadon J.A. pointed out that pleasure craft will, as a matter of course, be removed from the water. I agree with him that the launching of pleasure craft and their removal from the water are matters that fall within Parliament's jurisdiction over navigation. These acts are necessary for and may involve the navigation of such craft in Canadian waters. A uniform federal law respecting the launching and removal of pleasure craft is practically necessary as such activities can pose a hazard to and interfere with the navigation of other vessels using the waterway. Moreover, the standard of care applicable to these acts, whether it arises from boating regulations or negligence law, is unique to the maritime context.

26 However, I am unable to agree with Nadon J.A. that the securing of the engine cover was a part of the removal process. The actions of the respondent had nothing to do with navigation of the boat on water and everything to do with preparing the boat to be transported on Ontario's highways. Once the boat was being secured for highway transport it was no different than any other type of cargo that is transported on the highway. It is the provincial legislatures that have jurisdiction over the carriage of cargo on provincial highways. The fact that the cargo is a boat does not bring under federal law a matter that is, in pith and substance, subject to provincial law.

Le Parlement n'a pas compétence sur les bateaux de plaisance comme tels. La seule implication d'un bateau de plaisance dans un incident ne saurait fonder la compétence du fédéral à cet égard. Dans les litiges comme celui qui nous occupe, le tribunal doit plutôt examiner les actes prétendument négligents reprochés et déterminer s'ils faisaient partie intégrante de la conduite du bateau de plaisance sur les voies navigables canadiennes de telle sorte qu'il est nécessaire en pratique que le Parlement ait compétence en la matière. Comme l'accent est mis sur les actes qui constituent le fondement de l'action pour négligence, le lieu et le moment où ces actes ont été faits ne sont pas déterminants.

Le juge Nadon a souligné que la sortie de l'eau des bateaux de plaisance est chose courante. Je conviens avec lui que la mise à l'eau et la sortie de l'eau des bateaux de plaisance relèvent de la compétence du Parlement en matière de navigation. Ces opérations, qui sont nécessaires à la navigation de ces embarcations, peuvent être effectuées dans les eaux canadiennes. Un régime juridique fédéral uniforme applicable à la mise à l'eau et à la sortie de l'eau des bateaux de plaisance est nécessaire en pratique, puisque ces opérations peuvent constituer un danger pour les autres bateaux utilisant les voies navigables et entraver leur navigation. Qui plus est, la norme de diligence applicable à ces opérations, qu'elle découle des règles sur la navigation de plaisance ou du droit relatif à la négligence, est propre au contexte maritime.

Je ne puis cependant souscrire à la conclusion du juge Nadon selon laquelle l'arrimage du couvercle du moteur faisait partie intégrante de l'opération de sortie de l'eau. Les actions de l'intimé n'avaient rien à voir avec la navigation du bateau sur l'eau, et tout à voir avec la préparation du bateau en vue de son transport sur les routes de l'Ontario. Lorsqu'on préparait le bateau pour son transport sur route, celui-ci ne différait en rien de tout autre objet transporté sur la route. Ce sont les législatures provinciales qui ont compétence en matière de transport d'objets sur les routes provinciales. Le fait que l'objet transporté soit un bateau n'a pas pour effet de faire relever du droit fédéral un litige qui, de par son caractère véritable, relève du droit provincial.

Bungee cords or other devices are often used to secure cargo prior to road transport to ensure the cargo is not damaged during road transport and does not pose a hazard to other users of the road. The law concerning the standard of care and liability of the respondent in this situation should be that applied to other users of Ontario highways who make preparations to transport some form of cargo. Indeed, it is the other users of the road who may collide with, or otherwise be affected by, a trailered boat and/or non-secured cargo while on the highway. It would be anomalous that provincial law would apply to the carriage of other goods on Ontario highways, but that maritime law would apply when the goods are a boat.

On utilise souvent des câbles élastiques ou d'autres dispositifs pour arrimer des objets avant leur transport sur la route, et ce, afin d'éviter qu'ils s'endommagent au cours du transport ou ne constituent un danger pour les autres usagers de la route. Le droit relatif à la norme de diligence et à la responsabilité de l'intimé dans la présente affaire devrait être le droit applicable aux autres usagers de la route en Ontario qui font des préparatifs en vue du transport de quelque objet. En fait, ce sont les autres usagers de la route qui sont susceptibles d'entrer en collision avec un bateau remorqué ou des objets mal arrimés, ou de subir un préjudice quelconque lié à la présence de ceux-ci sur la route. Il serait insolite que le droit provincial s'applique au transport d'autres biens sur les routes de l'Ontario, mais que le droit maritime soit applicable lorsque le bien en question est un bateau. 27

I am in substantial agreement with the analysis of Décary J.A. which he summarized at para. 98 of his dissenting reasons:

> The accident occurred on land. The injury was caused on land by a person who was neither on the boat nor in the water. There is no contract for carriage of goods by sea. There are no goods at issue. Nothing has happened on water which could be said to be directly or even indirectly related to the accident. There is no issue as to the seaworthiness of the ship, the issue at best being one as to the roadworthiness of a boat being prepared on land for road transportation. There are no *in rem* proceedings. There are no concerns of good seamanship. *There are no specialized admiralty laws, rules, principles or practices applicable.* The accident has nothing to do with navigation nor with shipping. There is no practical necessity for a uniform federal law prescribing how to secure the engine cover from flapping in the wind when a pleasure craft is transported on land in a boat trailer. The sole factor possibly connected to maritime law is that the pleasure craft had just come out of the water and was still being secured on the trailer when the accident happened. This, clearly, is not enough to constitute an integral connection with navigation and shipping and an encroachment of civil rights and property. [Emphasis in original.]

Je souscris pour l'essentiel à l'analyse du juge Décary, qu'il a résumée ainsi au par. 98 de ses motifs dissidents : 28

> [L'incident] s'est produit sur la terre ferme. Les lésions ont été causées sur la terre ferme par une personne qui n'était ni sur le bateau ni dans l'eau. Il n'y a aucun contrat de transport de marchandises par mer. Il n'y a pas de cargaison en cause. Rien ne s'est produit sur l'eau dont on pourrait dire qu'il est directement, voire indirectement, rattaché à l'accident. La navigabilité du navire n'est pas en cause, la question étant au mieux celle de savoir si un bateau préparé sur la terre ferme pour un transport par route était apte à un tel transport. Il n'y a aucune procédure *in rem*. Il n'y a aucun débat portant sur la bonne navigation. *Il n'y a pas de lois, de règles, de principes ou de pratiques en matière d'amirauté qui soient applicables.* L'accident est sans rapport avec la navigation, ou avec les expéditions par eau. Il n'y a aucune nécessité pratique d'une loi fédérale uniforme fixant la manière d'empêcher la bâche d'un moteur de claquer au vent lorsqu'un bateau de plaisance est transporté sur la terre ferme dans une remorque. Le seul facteur pouvant établir un lien avec le droit maritime est le fait que le bateau de plaisance venait d'être sorti de l'eau et qu'on s'affairait à l'arrimer sur la remorque lorsque l'accident est arrivé. Cela ne suffit pas manifestement à constituer un lien intégral avec la navigation et la marine marchande et à justifier un empiétement sur la propriété et les droits civils. [Souligné dans l'original.]

VI. Conclusion

29 For these reasons, I conclude that the allegedly negligent acts giving rise to Dr. Simms' injuries are governed by provincial law. As the matter is outside Parliament's jurisdiction, Parliament cannot extend jurisdiction over the matter to the Federal Court, nor can it purport to regulate the liability of the respondent.

30 The appeal is allowed with costs here and in the courts below.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Thomson, Rogers, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Adair Morse, Toronto.*

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je conclus que les actes prétendument négligents à l'origine des blessures subies par le D[r] Simms sont régis par le droit provincial. Comme le litige ne relève pas de la compétence du Parlement, ce dernier ne saurait conférer à la Cour fédérale compétence à l'égard du litige, ni prétendre réglementer la responsabilité de l'intimé.

Le pourvoi est accueilli avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Thomson, Rogers, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Adair Morse, Toronto.*

**Marc Hazout** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* HAZOUT

**Neutral citation: 2006 SCC 42.**

File No.: 31129.

2006: June 22; 2006: October 5.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — No dissent on question of law alone — Appeal quashed.*

*Held*: The appeal should be quashed.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(1)(*a*).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Simmons and Gillese JJ.A.) (2005), 199 C.C.C. (3d) 474, 201 O.A.C. 235, [2005] O.J. No. 3550 (QL), upholding the accused's convictions. Appeal quashed.

*Marie Henein* and *Jennifer Gleitman*, for the appellant.

*Robert Gattrell*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — 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, cannot be construed as a dissent on a question of law alone. Accordingly, this Court has no jurisdiction to hear the appeal without leave, which in this case was not sought. The appeal is quashed.

**Marc Hazout** *Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* HAZOUT

**Référence neutre : 2006 CSC 42.**

N° du greffe : 31129.

2006 : 22 juin; 2006 : 5 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish et Rothstein.

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

*Droit criminel — Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Absence de dissidence sur une question de droit seulement — Appel cassé.*

*Arrêt* : Le pourvoi est cassé.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 691(1)*a*).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Simmons et Gillese) (2005), 199 C.C.C. (3d) 474, 201 O.A.C. 235, [2005] O.J. No. 3550 (QL), qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi cassé.

*Marie Henein* et *Jennifer Gleitman*, pour l'appelant.

*Robert Gattrell*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Nous sommes d'avis que la dissidence invoquée par l'appelant comme fondement pour présenter son appel de plein droit en vertu de l'al. 691(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne saurait être considérée comme une dissidence sur une question de droit seulement. Par conséquent, comme aucune demande d'autorisation n'a été présentée en l'espèce, la Cour n'a pas compétence pour entendre l'appel. Celui-ci est donc cassé. 1

*Appeal quashed.*

*Solicitors for the appellant: Henein & Associates, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Pourvoi cassé.*

*Procureurs de l'appelant : Henein & Associates, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Heather Robertson** *Appellant/Respondent on cross-appeal*

*v.*

**The Thomson Corporation, Thomson Canada Limited, Thomson Affiliates, Information Access Company and Bell Globemedia Publishing Inc.** *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

**Canadian Newspaper Association and Canadian Community Newspaper Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ROBERTSON *v.* THOMSON CORP.**

**Neutral citation: 2006 SCC 43.**

File No.: 30644.

Hearing: December 6, 2005.

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

Rehearing: April 18, 2006.

Judgment: October 12, 2006.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Intellectual property — Copyright — Infringement — Right to reproduce work — Newspaper publishers reproducing in databases and CD-ROMs articles by freelance and staff writers published in newspapers — Freelance author bringing class action against newspaper publishers for copyright infringement — Whether newspaper publishers entitled to reproduce in databases and CD-ROMs freelance articles acquired for publication in newspapers and staff written articles — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1).*

**Heather Robertson** *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

*c.*

**The Thomson Corporation, Thomson Canada Limitée, les entreprises affiliées à Thomson, Information Access Company et Publications Bell Globemedia Inc.** *Intimées/Appelantes au pourvoi incident*

et

**Association canadienne des journaux et Canadian Community Newspaper Association** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : ROBERTSON *c.* THOMSON CORP.**

**Référence neutre : 2006 CSC 43.**

N° du greffe : 30644.

Audition : 6 décembre 2005.

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

Nouvelle audition : 18 avril 2006.

Jugement : 12 octobre 2006.

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

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

*Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Violation — Droit de reproduire une œuvre — Articles de pigistes et d'employés publiés dans un journal reproduits par les éditeurs du journal dans des bases de données et sur des CD-ROM — Recours collectif pour violation du droit d'auteur intenté par les auteurs pigistes contre les éditeurs du journal — Les éditeurs de journaux peuvent-ils reproduire dans des bases de données électroniques et sur des CD-ROM les articles qu'ils acquièrent de pigistes en vue de les publier dans leurs journaux et les articles rédigés par leurs employés? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1).*

*Intellectual property — Copyright — Licences — Whether licence from freelance author granting right to newspaper publishers to republish his or her articles in databases and CD-ROMs must be in writing — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 13.*

*Civil procedure — Class actions — Class members — Newspaper publishers reproducing in databases and CD-ROMs freelance and staff writers' articles published in newspapers — Freelance author bringing class action against newspaper publishers for copyright infringement — Whether staff writers should have been certified as members of class.*

In 1995, the appellant R wrote two freelance articles that were published in *The Globe and Mail*. Copyright was not addressed in the agreements with respect to either article. R initiated an action against the respondents ("publishers") for copyright infringement, objecting to the presence of her articles in two databases, Info Globe Online and CPI.Q, and a CD-ROM. In Info Globe Online and CPI.Q, articles from a given daily edition of *The Globe and Mail* are stored and presented in a database together with thousands of other articles from different newspapers or periodicals and different dates. The databases identify each article by publication date, page number and other contextual information. The CD-ROMs also contain *The Globe and Mail* and various newspapers. Their content is fixed and finite and users are able to view a single day's edition. The databases and the CD-ROMs all omit advertisements, most graphic elements, daily information, birth and death notices and some design elements from the original print edition. R's action was certified as a class action, the class being all contributors to *The Globe and Mail* except those who died before 1944. R sought partial summary judgment and an injunction restraining the use of her works in the databases, seeking judgment for herself and S, an employee of *The Globe and Mail*. The motions judge found that the databases and the CD-ROMs reproduced individual articles, not the collective work of the newspapers, but dismissed the motion on the grounds that there were genuine issues for trial. The Court of Appeal affirmed the decision.

*Held* (McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Charron JJ. dissenting in part on the cross-appeal): The

*Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences — La concession par un pigiste d'une licence accordant aux éditeurs de journaux le droit de reproduire ses articles dans des bases de données et sur des CD-ROM doit-elle être constatée par écrit? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 13.*

*Procédure civile — Recours collectifs — Membres du groupe — Articles de pigistes et d'employés publiés dans un journal reproduits par les éditeurs du journal dans des bases de données et sur des CD-ROM — Recours collectif pour violation du droit d'auteur intenté par les auteurs pigistes contre les éditeurs du journal — Les employés auraient-ils dû être autorisés à participer au recours collectif?*

En 1995, l'appelante R a écrit deux articles à la pige qui ont été publiés dans le *Globe and Mail*. La question du droit d'auteur n'a pas été abordée dans les ententes concernant l'un ou l'autre de ces articles. R a intenté une action contre les intimées (les « éditeurs ») pour violation du droit d'auteur, afin de s'opposer à la présence de ses articles dans deux bases de données, Info Globe Online et CPI.Q, ainsi que sur un CD-ROM. Dans Info Globe Online et CPI.Q, les articles tirés d'une édition quotidienne donnée du *Globe and Mail* sont stockés et présentés dans une base de données avec des milliers d'autres articles publiés dans différents journaux ou périodiques et à des dates diverses. Les bases de données identifient chaque article en mentionnant sa date de publication, le numéro de la page et d'autres renseignements contextuels. Les CD-ROM contiennent aussi le *Globe and Mail* et différents journaux. Leur contenu est limité et non modifiable et les utilisateurs peuvent visualiser un journal dans son édition quotidienne. Les bases de données et les CD-ROM omettent les annonces publicitaires, la plupart des illustrations, les renseignements quotidiens, les avis de naissance et de décès ainsi que certains éléments graphiques de l'édition papier originale. L'action de R a été certifiée en tant que recours collectif pour un groupe formé de tous les collaborateurs du *Globe and Mail*, à l'exception de ceux qui sont décédés avant 1944. R a demandé un jugement sommaire partiel et une injonction interdisant l'utilisation de ses œuvres dans les bases de données, sollicitant un jugement en son nom et en celui de S, employé du *Globe and Mail*. Le juge des requêtes a conclu que les bases de données et les CD-ROM reproduisaient des articles individuels, et non les recueils que constituaient les journaux, mais il a rejeté la requête parce qu'il existait à son avis de véritables questions litigieuses. La Cour d'appel a confirmé sa décision.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Charron sont dissidents en partie quant au

appeal should be dismissed. The cross-appeal should be allowed with respect to the CD-ROMs only.

*Per* Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish and Rothstein JJ.: Newspaper publishers are not entitled to republish freelance articles acquired for publication in their newspapers in Info Globe Online or CPI.Q without compensating the authors and obtaining their consent. Newspaper publishers have a copyright in their newspapers and have a right, pursuant to s. 3(1) of the *Copyright Act*, to "reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever". It follows that a substantial part of a newspaper may consist only of the original selection so long as the essence of the newspaper is preserved. The task of determining whether this essence has been reproduced is largely a question of degree but, at a minimum, the editorial content of the newspaper — the true essence of its originality — must be preserved and presented in the context of that newspaper. Here, in Info Globe Online and CPI.Q, the originality of the freelance articles is reproduced, but the originality of the newspapers is not. The newspaper articles are decontextualized to the point that they are no longer presented in a manner that maintains their intimate connection with the rest of that newspaper. Viewed "globally", these databases are compilations of individual articles presented outside of the context of the original collective work from where they originated. The resulting collective work presented to the public is not simply each of the collective works joined together — it is a collective work of a different nature. The references to the newspaper where the articles were published, the date they were published and the page number where they appeared merely provide historical information. By contrast, the CD-ROMs are a valid exercise of *The Globe and Mail*'s right to reproduce its collective work. By offering users, essentially, a compendium of daily newspaper editions, the CD-ROMs remain faithful to the essence of the original work. Lastly, the concept of media neutrality reflected in s. 3(1) of the Act is not a licence to override the rights of authors. Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, but it does not mean that once a work is converted into electronic data anything can then be done with it. The resulting work must still conform to the exigencies of the *Copyright Act*. [1-4] [37-53]

A non-exclusive licence granting the right to republish an article in databases or CD-ROMs does not need to be in writing. Under s. 13(4) and (7) of the *Copyright Act*, only an exclusive licence requires a written contract. [56]

pourvoi incident) : Le pourvoi est rejeté. Le pourvoi incident est accueilli en ce qui concerne les CD-ROM seulement.

*Les* juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish et Rothstein : Les éditeurs de journaux qui acquièrent des articles de pigistes en vue de les publier dans leur journal n'ont pas le droit de reproduire ces articles dans Info Globe Online ou CPI.Q sans rémunérer leurs auteurs et sans obtenir leur consentement. Les éditeurs de journaux sont titulaires du droit d'auteur sur leur journal et le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* leur confère le droit de « reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». En conséquence, le choix original peut constituer, à lui seul, une partie importante d'un journal, dans la mesure où l'on conserve l'essence du journal. La question de savoir si cette essence a été reproduite est surtout une question de degré, mais il faut à tout le moins que le contenu rédactionnel du journal — sa véritable originalité — soit préservé et présenté dans le contexte de ce journal. En l'occurrence, l'originalité des articles rédigés à la pige est préservée dans Info Globe Online et CPI.Q, mais celle des journaux ne l'est pas. Les articles sont décontextualisés à tel point que la manière dont on les présente ne préserve pas leur lien intime avec le reste du journal. Considérées « globalement », ces bases de données constituent des compilations d'articles individuels sortis du contexte du recueil original dont ils proviennent. Le recueil qui en résulte et qui est offert au public ne représente pas simplement un regroupement de chacun des recueils — il s'agit d'un recueil d'une nature différente. Les mentions du nom du journal dans lequel les articles ont été publiés, ainsi que de la date et du numéro de la page de leur publication n'apportent que des renseignements rétrospectifs. En revanche, les CD-ROM constituent un exercice valide du droit du *Globe and Mail* de reproduire son recueil. En offrant essentiellement aux utilisateurs un condensé des éditions quotidiennes du journal, les CD-ROM demeurent fidèles à l'essence de l'œuvre originale. Enfin, le principe de la neutralité du support reconnu au par. 3(1) de la Loi ne permet pas d'écarter les droits des auteurs. La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d'auteur* continue de s'appliquer malgré l'usage de supports différents, mais elle ne signifie pas qu'après sa conversion en données électroniques, une œuvre peut être utilisée n'importe comment. L'œuvre finale demeure assujettie à la *Loi sur le droit d'auteur*. [1-4] [37-53]

La concession d'une licence non exclusive accordant le droit de reproduire un article dans les bases de données ou sur les CD-ROM ne doit pas obligatoirement être constatée par écrit. Selon les par. 13(4) et (7) de la *Loi sur le droit d'auteur*, seule la concession d'une licence exclusive doit être rédigée par écrit. [56]

The newspaper staff writers should not have been certified as members of the class because they have no cause of action. Pursuant to s. 13(3) of the Act, the employer owns copyright in articles written in the course of employment while the employee is given a right to restrain publication of the work (other than in a newspaper, magazine or similar periodical). In this case, S never attempted to restrain publication of his articles, and no evidence was introduced indicating that other staff members exercised such a right. [59] [62]

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Charron JJ. (dissenting in part on the cross-appeal): The class action should be dismissed. The newspaper publishers own the copyright in their newspapers. Since Info Globe Online and CPI.Q contain a reproduction of a "substantial part" of the skill and judgment exercised by the publishers in creating their newspapers, they are within their right of reproduction conferred by s. 3(1) of the *Copyright Act*. The "originality" that conferred copyright in relation to the newspapers has been preserved in the databases because they reproduce fully both the publisher's selection and editing of the articles appearing in the newspaper, as well as some of the arrangement. This being the case, the databases reproduce the newspaper. Integrating the electronic reproduction into a database containing similarly organized versions of other newspapers or periodicals is the electronic analogy to stacking print editions of a newspaper on a shelf and does not cause the electronic version to lose its character as a reproduction of a newspaper. Further, any difference between the print and database versions of the newspaper is attributable to the digital "form" alone, and thus does not detract from the publisher's right to reproduce its newspaper in the online databases. Under the concept of media neutrality reflected in s. 3(1), an author's exclusive right to reproduce a "substantial part" of a copyrighted work is not limited by changes in form or output made possible by a new medium. It is not the physical manifestation of the work that governs, it is whether the product perceivably reproduces the exercise of skill and judgment by the publishers that went into the creation of the work. The loss of "context" emphasized by the majority underlines the form, not the substance, of the databases, and is inconsistent with the media neutral approach mandated by s. 3. [67] [72] [75-76] [80] [89-93] [98-100]

Les employés du journal n'auraient pas dû être autorisés à participer au recours collectif parce qu'ils n'ont pas de cause d'action. Le paragraphe 13(3) de la Loi prévoit que le droit d'auteur sur les articles rédigés par un employé dans l'exercice de son emploi appartient à l'employeur, mais reconnaît à l'employé le droit d'interdire la publication de son œuvre (ailleurs que dans un journal, une revue ou un autre périodique semblable). En l'espèce, S n'a jamais tenté de faire interdire la publication de ses articles et aucun élément de preuve produit n'indique que d'autres employés aient exercé ce droit. [59] [62]

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Charron (dissidents en partie quant au pourvoi incident) : Le recours collectif devrait être rejeté. Les éditeurs du journal sont titulaires du droit d'auteur sur leur journal. Étant donné que Info Globe Online et CPI.Q contiennent une reproduction d'une « partie importante » du talent et du jugement qu'ont exercés les éditeurs en créant le journal, elles relèvent de l'exercice du droit de reproduction que leur confère le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'« originalité » qui a valu au journal d'être protégé par un droit d'auteur est préservée dans les bases de données, parce qu'elles reproduisent en entier le choix et l'édition, par l'éditeur, des articles apparaissant dans le journal, ainsi que, dans une certaine mesure, leur disposition. Cela étant, les bases de données reproduisent le journal. L'intégration de cette reproduction électronique dans une base de données contenant des versions d'autres journaux ou périodiques organisées de façon semblable est l'équivalent électronique d'éditions papier d'un journal empilées sur une tablette et ne fait pas perdre à la version électronique son statut de reproduction d'un journal. De plus, toute différence entre la version papier du journal et sa version figurant dans les bases de données n'est attribuable qu'à la « forme » numérique et, par conséquent, ne diminue en rien le droit de l'éditeur de reproduire son journal dans les bases de données électroniques. Selon le concept de la neutralité du support, reconnu au par. 3(1), le droit exclusif de l'auteur de reproduire une « partie importante » d'une œuvre protégée par le droit d'auteur n'est pas limité par les modifications que l'avènement d'un nouveau support peut entraîner sur le plan de la forme ou des données de sortie. Le critère n'est pas celui de la manifestation physique de l'œuvre, mais bien celui de savoir si le produit reproduit, de manière perceptible, l'exercice du talent et du jugement consacrés par les éditeurs à la création de l'œuvre. La perte du « contexte » sur laquelle insiste la majorité met l'accent sur la forme et non sur le contenu des bases de données et est de ce fait incompatible avec le principe de la neutralité du support dont l'art. 3 commande l'application. [67] [72] [75-76] [80] [89-93] [98-100]

It follows that the copyrights of freelance authors whose works appear in those databases are not infringed, and that the employees cannot restrain publication of their individual works in those databases under s. 13(3) of the *Copyright Act* since that publication continues to be "part of a newspaper, magazine or similar periodical". [67]

### Cases Cited

By LeBel and Fish JJ.

**Referred to:** *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001); *Allen v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13; *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195; *Thrustcode Ltd. v. W. W. Computing Ltd.*, [1983] F.S.R. 502; *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 F.C. 673, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; *Ritchie v. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163.

By Abella J. (dissenting in part on the cross-appeal)

*Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45; *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001); *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173, aff'd [1988] 1 F.C. 673, aff'd [1990] 2 S.C.R. 209; *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195; *Allen v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201; *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81.

### Statutes and Regulations Cited

17 U.S.C. § 201(c) (2000).
*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2, 2.1(2), 3, 5, 13(1), (3), (4), (7).
*Copyright Act*, S.C. 1921, c. 24, s. 3.

### Treaties and Other International Documents

*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, September 9, 1886, art. 9.
*WIPO Copyright Treaty*, CRNR/DC/94, December 23, 1996, art. 1(4).
World Intellectual Property Organization. *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered*

En conséquence, la reproduction des articles des pigistes dans les bases de données ne viole pas leur droit d'auteur et les employés ne peuvent invoquer le par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* pour interdire la publication de leurs œuvres individuelles dans ces bases de données, puisqu'elles continuent ainsi d'être publiées « dans un journal, une revue ou un périodique semblable ». [67]

### Jurisprudence

Citée par les juges LeBel et Fish

**Arrêts mentionnés :** *New York Times Co. c. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001); *Allen c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13; *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195; *Thrustcode Ltd. c. W. W. Computing Ltd.*, [1983] F.S.R. 502; *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *Ritchie c. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie quant au pourvoi incident)

*Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45; *New York Times Co. c. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001); *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173, conf. par [1988] 1 C.F. 673, conf. par [1990] 2 R.C.S. 209; *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195; *Allen c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201; *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. c. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81.

### Lois et règlements cités

17 U.S.C. § 201c) (2000).
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2, 2.1(2), 3, 5, 13(1), (3), (4), (7).
*Loi sur le droit d'auteur*, S.C. 1921, ch. 24, art. 3.

### Traités et autres documents internationaux

*Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886, art. 9.
Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, 2003, art. BC-9.6.

*by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, 2003, art. BC-9.6.

**Authors Cited**

Bickham, Douglas P. "Extra! Can't Read All About It: Articles Disappear After High Court Rules Freelance Writers Taken Out of Context in *New York Times Co. v. Tasini*" (2001), 29 *W. St. U. L. Rev.* 85.

Geist, Michael. *Our Own Creative Land: Cultural Monopoly & The Trouble With Copyright*. Toronto: Hart House Lecture Committee, 2006.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2006, release 2).

Sims, Charles S., and Matthew J. Morris. "*Tasini* and Archival Electronic Publication Rights of Newspapers and Magazines" (2001), 18:4 *Comm. Law.* 9.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Gillese and Blair JJ.A.) (2004), 72 O.R. (3d) 481, 243 D.L.R. (4th) 257, 190 O.A.C. 231, 34 C.P.R. (4th) 161, [2004] O.J. No. 4029 (QL), affirming a judgment of Cumming J. (2001), 15 C.P.R. (4th) 147, [2001] O.J. No. 3868 (QL). Appeal dismissed and cross-appeal allowed in part, McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Charron JJ. dissenting in part on the cross-appeal.

*Michael McGowan*, *Ronald E. Dimock*, *Dorothy Fong*, *Sangeetha Punniyamoorthy* and *Gabrielle Pop-Lazic*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Sheila R. Block*, *Wendy Matheson*, *Andrew Bernstein* and *Jill Jarvis-Tonus*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

*Thomas G. Heintzman* and *Barry B. Sookman*, for the interveners.

The judgment of Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish and Rothstein JJ. was delivered by

LEBEL AND FISH JJ. —

I. Introduction

1 The central issue on this appeal is whether newspaper publishers are entitled as a matter of law to

*Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, CRNR/DC/94, 23 décembre 1996, art. 1.4).

**Doctrine citée**

Bickham, Douglas P. « Extra! Can't Read All About It : Articles Disappear After High Court Rules Freelance Writers Taken Out of Context in *New York Times Co. v. Tasini* » (2001), 29 *W. St. U. L. Rev.* 85.

Geist, Michael. *Our Own Creative Land : Cultural Monopoly & The Trouble With Copyright*. Toronto : Hart House Lecture Committee, 2006.

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2006, release 2).

Sims, Charles S., and Matthew J. Morris. « *Tasini* and Archival Electronic Publication Rights of Newspapers and Magazines » (2001), 18:4 *Comm. Law.* 9.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Gillese et Blair) (2004), 72 O.R. (3d) 481, 243 D.L.R. (4th) 257, 190 O.A.C. 231, 34 C.P.R. (4th) 161, [2004] O.J. No. 4029 (QL), qui a confirmé une décision du juge Cumming (2001), 15 C.P.R. (4th) 147, [2001] O.J. No. 3868 (QL). Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli en partie, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Abella et Charron sont dissidents en partie quant au pourvoi incident.

*Michael McGowan*, *Ronald E. Dimock*, *Dorothy Fong*, *Sangeetha Punniyamoorthy* et *Gabrielle Pop-Lazic*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

*Sheila R. Block*, *Wendy Matheson*, *Andrew Bernstein* et *Jill Jarvis-Tonus*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident.

*Thomas G. Heintzman* et *Barry B. Sookman*, pour les intervenantes.

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish et Rothstein rendu par

LES JUGES LEBEL ET FISH —

I. Introduction

La question fondamentale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si, selon les règles

republish in electronic databases freelance articles they have acquired for publication in their newspapers — without compensation to the authors and without their consent. In our view, they are not. Their copyright over the newspapers they publish gives them no right to reproduce, otherwise than as part of *those* collective works — their newspapers — the freelance articles that appeared in them.

de droit applicables, les éditeurs de journaux qui acquièrent des articles de pigistes en vue de les publier dans leurs journaux peuvent reproduire ces articles dans des bases de données électroniques — sans rémunérer leurs auteurs et sans obtenir leur consentement. À notre avis, ils n'ont pas ce droit. Leur droit d'auteur sur leurs journaux ne leur confère pas le droit de reproduire, ailleurs que dans *ces* recueils — c.-à-d. dans leurs journaux — les articles de pigistes qui y paraissent.

Pursuant to the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, newspaper publishers own the copyright in their newspapers and have a right to reproduce a newspaper or a substantial part of that newspaper but do not have the right, without the consent of the author, to reproduce individual freelance articles. Info Globe Online and CPI.Q are vast electronic databases. They are compilations of individual articles presented outside the context of the collective work of which they were a part. The resulting collective work presented to the public is not simply the collective works joined together — it is a collective work of a different kind.

2 Selon la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, les éditeurs de journaux sont titulaires du droit d'auteur sur leurs journaux. À ce titre, ils jouissent du droit de reproduire la totalité ou une partie importante d'un journal, mais ils ne détiennent pas celui de reproduire des articles individuels rédigés par des pigistes, sans le consentement de leur auteur. Info Globe Online et CPI.Q constituent de vastes bases de données électroniques. Ce sont des compilations d'articles individuels présentés en dehors du contexte des recueils dont ils faisaient partie. Le recueil ainsi offert au public ne représente pas un simple regroupement de ces recueils — il s'agit d'un recueil de nature différente.

In our view, therefore, *The Globe and Mail* ("*Globe*") cannot republish freelance articles in the Info Globe Online or CPI.Q electronic databases. The right to reproduce a collective work under the *Copyright Act* does not carry with it the right to republish freelance articles as part of an entirely different collective work.

3 À notre avis, *The Globe and Mail* (« *Globe* ») ne peut donc pas reproduire les articles rédigés par des pigistes dans les bases de données électroniques Info Globe Online ou CPI.Q. Le droit de reproduire un recueil, prévu par la *Loi sur le droit d'auteur*, n'emporte pas celui de publier à nouveau, dans un recueil totalement différent, les articles rédigés par des pigistes.

On the other hand, we believe the CD-ROMs are a valid exercise of the *Globe*'s right to reproduce its collective work. The CD-ROMs can be viewed as collections of daily newspapers in a way that Info Globe Online and CPI.Q cannot.

4 Par contre, nous estimons que les CD-ROM sont le résultat d'un exercice valide du droit que possède le *Globe* de reproduire son recueil. Les CD-ROM peuvent être considérés comme des collections de quotidiens, contrairement à Info Globe Online et à CPI.Q.

For these reasons and the reasons set forth below, we would dismiss the appeal and dismiss the cross-appeal except with respect to the CD-ROMs.

5 Pour ces raisons et pour les motifs exposés ci-dessous, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi principal ainsi que le pourvoi incident, sauf en ce qui concerne les CD-ROM.

## II. Background

6 At its core, this case concerns the competing rights of freelance authors and newspaper publishers. The *Copyright Act* establishes a regime of layered rights. Freelance authors who write newspaper articles retain the copyright in their work while the publisher of the newspaper acquires a copyright in the newspaper.

7 It is undisputed that freelance authors have the right to reproduce their individual works. The extent and scope of a publisher's right to reproduce those same articles as part of its right to reproduce its newspaper is less clear.

8 Advancements in computer technology have drastically altered the newspaper reality. Newspapers, once synonymous with the printed word, can now be stored and displayed electronically. The electronic databases in question archive thousands upon thousands of newspaper articles. Like a stream in constant flux, these databases are continuously growing and therefore changing. Search engines enable users to sift through these articles at lightning speed with the click of a mouse. These advancements, however, like most others, carry with them new challenges. One of these challenges is to evaluate the rights of newspaper publishers in this evolving technological landscape.

9 For well over a century, newspapers have archived back issues. Initially, as the motions judge observed, this was achieved by keeping them in a library — sometimes referred to in newspaper parlance as a "morgue". With the advent of microfilm and microfiche, past editions were archived using photographic imaging technology. Currently, newspapers are archived in electronic form. The subject electronic databases, however, do more than simply archive back issues.

10 The transfer of articles from their newspaper format and environment to Info Globe Online

## II. Contexte

Le présent pourvoi porte essentiellement sur les droits concurrents des auteurs pigistes et des éditeurs de journaux. La *Loi sur le droit d'auteur* établit un régime de droits superposés. Les pigistes qui rédigent des articles de journaux conservent le droit d'auteur sur leurs œuvres, alors que l'éditeur du journal acquiert un droit d'auteur sur le journal.

Nul ne conteste le droit des pigistes de reproduire leurs œuvres individuelles. La portée du droit d'un éditeur de reproduire ces mêmes œuvres, dans le cadre de son droit de reproduire son journal, est moins certaine.

Les progrès de la technologie informatique ont radicalement modifié la réalité journalistique. Autrefois synonymes du message imprimé, les journaux peuvent de nos jours être stockés et affichés électroniquement. Les bases de données électroniques en cause archivent des milliers et des milliers d'articles de journaux. Comme le flot continu d'un ruisseau, ces bases de données croissent et se transforment sans cesse. Les moteurs de recherche permettent à leurs utilisateurs de parcourir ces articles à la vitesse de l'éclair, d'un seul clic de souris. Or, ces progrès, comme presque tous les autres, suscitent de nouvelles difficultés, dont celle de déterminer l'étendue des droits des éditeurs de journaux dans ce paysage technologique en pleine évolution.

Les numéros antérieurs des journaux sont archivés depuis plus de cent ans. À l'origine, comme le juge des requêtes l'a fait remarquer, ils étaient conservés dans une bibliothèque — parfois appelée la « morgue », dans le jargon journalistique. Avec l'avènement des microfilms et des microfiches, on a eu recours à l'imagerie photographique pour l'archivage. De nos jours, les journaux sont archivés sur support électronique. Cependant, la fonction des bases de données en cause ne se limite pas à l'archivage des numéros antérieurs.

Le transfert des articles de journaux de leur format initial à Info Globe Online et CPI.Q,

and CPI.Q, unlike the conversion to microfilm or microfiche, is no mere conversion of the newspaper from the print realm to the electronic world. As we will explain, the result is a different product that infringes the copyrights of freelance authors whose works appear in those databases. We begin with a review of the factual and judicial history.

III. Factual History

Heather Robertson is a freelance author. In 1995, she wrote two articles that were published in the *Globe*. One, a book excerpt, was the subject of a written agreement between the *Globe* and the publisher of Robertson's book; the other, a book review, was written under oral agreement with Robertson. Copyright was not addressed in either case. Subsequently, in 1996, it became the practice of the *Globe* to enter into written agreements with freelance authors expressly granting it certain electronic rights in freelance work. The agreement was later modified to expand the electronic rights clause. These agreements are not at issue in this case.

The *Globe* is one of Canada's leading national newspapers and has been produced in both print and electronic editions since the late 1970s. The named respondents on the appeal are: The Thomson Corporation, Thomson Canada Limited, Thomson Affiliates, Information Access Company and Bell Globemedia Publishing Inc., the current publisher of the *Globe* (collectively, the "Publishers").

Ms. Robertson objects to the presence of her articles in three databases: Info Globe Online, CPI.Q and the CD-ROMs (collectively, the "electronic databases"). The use of freelance articles in the daily internet edition of the *Globe* is not in issue before us.

Info Globe Online is a commercial database that has existed since April 1979, with stories going back to November 1977. It provides subscribers

contrairement à la reproduction sur microfilm ou sur microfiche, va au-delà du simple passage du monde de l'écrit à celui de l'électronique. Comme nous l'expliquerons, le produit obtenu est différent et porte atteinte aux droits d'auteur des pigistes dont les œuvres sont versées dans ces bases de données. Commençons par un aperçu des faits et de l'historique des procédures.

III. Les faits

11 Heather Robertson est une auteure pigiste. En 1995, elle a écrit deux articles que le *Globe* a publiés. Le premier, un extrait de livre, a fait l'objet d'une entente écrite entre le *Globe* et l'éditeur du livre de M^me^ Robertson; le second, une critique de livre, a été rédigé conformément à un accord verbal avec M^me^ Robertson. La question du droit d'auteur n'a été abordée ni dans un cas ni dans l'autre. Par la suite, en 1996, le *Globe* a commencé à passer systématiquement avec les pigistes des ententes écrites dont une clause lui accorde certains droits électroniques sur leurs œuvres. Des modifications ultérieures ont été apportées à cette stipulation afin d'en élargir la portée. Ces ententes ne sont pas en litige en l'espèce.

12 Le *Globe* est l'un des plus importants journaux nationaux du Canada et, depuis la fin des années 1970, il est publié à la fois en version imprimée et en version électronique. Les intimées désignées au pourvoi sont : The Thomson Corporation, Thomson Canada Limitée, les entreprises affiliées à Thomson, Information Access Company et Publications Bell Globemedia Inc., l'éditeur actuel du *Globe* (collectivement désignés comme les « éditeurs »).

13 M^me^ Robertson s'oppose à la présence de ses articles dans les trois bases de données suivantes : Info Globe Online, CPI.Q et les CD-ROM (les « bases de données électroniques »). L'utilisation des articles rédigés par des pigistes dans l'édition Internet quotidienne du *Globe* n'est pas en cause dans le présent pourvoi.

14 Info Globe Online constitue une base de données commerciale qui existe depuis avril 1979, incluant des textes qui remontent à novembre

with access to stories from the *Globe* for a fee. It also allows subscribers to find articles in many other newspapers, news wire services, magazines and reference databases. Subscribers can search by key word and retrieve articles electronically. The subscriber may display, read, download, store, or print the articles.

15 CPI.Q is the electronic version of the *Canadian Periodical Index*. The *Canadian Periodical Index* indexes selected newspaper articles from various newspapers. It is available at libraries and is routinely used in research. In 1987, it became available electronically. CPI.Q is an enhanced form of the original index. It allows subscribers to search the electronic archives of indexed periodicals by key word and to retrieve articles electronically. Once an article is displayed, it is possible to print it as well.

16 The CD-ROMs, each containing the *Globe* and several other Canadian newspapers from a calendar year, have been available since 1991. Users can navigate using search engines and retrieve and print articles. Notably, the content of the CD-ROM is fixed and finite and users are able to view a paper as a single day's edition.

17 The electronic databases all omit the advertisements, some tables, photographs, artwork, photo captions, birth and death notices, financial tables, weather forecasts and some design elements from the original print edition.

18 Robertson's action against the Publishers for copyright infringement was certified as a class action, with the class consisting of all contributors to the *Globe* other than those who died on or before December 31, 1943: *Robertson v. Thomson Corp.* (1999), 43 O.R. (3d) 161 (Gen. Div.), at p. 168. Robertson brought a motion for partial summary

1977. Moyennant certains frais, ses abonnés peuvent accéder aux articles tirés du *Globe*. Ils y trouvent également des articles provenant d'un grand nombre d'autres journaux, revues et banques de références, ainsi que des fils de presse. Les abonnés peuvent aussi effectuer des recherches par mot-clé et récupérer électroniquement des articles qu'il leur est loisible d'afficher, lire, télécharger, stocker ou imprimer.

CPI.Q est la version électronique de l'*Index de périodiques canadiens*, qui répertorie des articles sélectionnés provenant de divers journaux. On peut le consulter dans les bibliothèques et on l'utilise couramment pour la recherche. En 1987, il est devenu disponible en version électronique. CPI.Q représente ainsi une version améliorée de l'index original. Elle permet à ses abonnés d'effectuer des recherches par mot-clé dans les archives électroniques des périodiques répertoriés et de récupérer les articles électroniquement. Une fois affiché, le texte peut être imprimé.

Les CD-ROM, qui contiennent chacun les numéros du *Globe* et de plusieurs autres quotidiens canadiens parus au cours d'une année civile, sont disponibles depuis 1991. Les utilisateurs peuvent les parcourir à l'aide de moteurs de recherche, récupérer des articles et les imprimer. Faits à signaler, le contenu des CD-ROM est limité et non modifiable et les utilisateurs peuvent visualiser un journal dans son édition quotidienne.

Toutes les bases de données électroniques omettent les annonces publicitaires, certains tableaux, les photos, les illustrations, les légendes, les avis de naissance et de décès, les tableaux financiers, les prévisions météorologiques et certains éléments graphiques de l'édition imprimée originale.

L'action pour violation du droit d'auteur intentée par M^me^ Robertson contre les éditeurs a été certifiée en tant que recours collectif pour un groupe formé de tous les collaborateurs du *Globe*, à l'exception de ceux qui sont décédés le ou avant le 31 décembre 1943 : *Robertson c. Thomson Corp.* (1999), 43 O.R. (3d) 161 (Div. gén.), p. 168. M^me^ Robertson a

judgment and an injunction restraining the use of her works in the databases. She sought judgment for two individual class members: herself and Cameron Smith, a former employee of the *Globe*.

présenté une requête en jugement sommaire partiel et en injonction afin d'interdire l'utilisation de ses œuvres dans les bases de données. Elle voulait obtenir un jugement au nom de deux membres du groupe en particulier : elle-même et Cameron Smith, un ancien employé du *Globe*.

## IV. Decisions Below

## IV. Décisions des juridictions inférieures

The motions judge found that the electronic databases reproduced "individual" articles and not the collective work of the newspapers.

Le juge des requêtes a conclu que les bases de données électroniques reproduisaient des articles « individuels » et non le recueil que constituent les journaux. 19

The Publishers asserted a number of defences, including an implied contractual right or an implied licence to reproduce the articles. Robertson countered that such an implied licence, to be valid, had to have been in writing. Cumming J. dismissed the motion for partial summary judgment on the grounds that there were genuine issues for trial: (2001), 15 C.P.R. (4th) 147.

Les éditeurs ont fait valoir plusieurs moyens de défense, y compris l'existence d'un droit contractuel implicite ou d'une licence implicite leur permettant de reproduire les articles. M^me^ Robertson a rétorqué que, pour être valide, une telle licence aurait dû être constatée par écrit. Le juge Cumming a rejeté la requête en jugement sommaire partiel, parce qu'il existait à son avis de véritables questions litigieuses : (2001), 15 C.P.R. (4th) 147. 20

Weiler J.A. wrote the majority decision for the Ontario Court of Appeal: (2004), 72 O.R. (3d) 481. She found that the motions judge had relied too heavily on *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001), an American case. She also found that Cumming J. erred by attaching significance to the Publishers' creation of a different economic activity and by focussing excessively on the technological means of accessing the database using advanced search engines.

La juge Weiler a rédigé les motifs de la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario : (2004), 72 O.R. (3d) 481. Elle a conclu que le juge des requêtes avait accordé trop de poids à la décision américaine *New York Times Co. c. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001). Elle a également décidé que le juge Cumming avait commis une erreur en attribuant de l'importance à la création d'une activité économique différente et en insistant exagérément sur la nature des moyens technologiques utilisés pour accéder aux bases de données à l'aide de moteurs de recherche perfectionnés. 21

Weiler J.A. dismissed the cross-appeal nonetheless, concluding that neither the databases nor the CD-ROMs reproduced a substantial part of the *Globe*. She found that approximately half of the newspaper's content (the articles) was transferred to Info Globe Online daily. Quantitatively, that was a substantial part. Qualitatively, it was not. Applying a qualitative test, she found it necessary for both the selection and arrangement of the original collective work to be preserved if the collective work was to be reproduced.

La juge Weiler a néanmoins rejeté l'appel incident, pour le motif que ni les bases de données ni les CD-ROM ne reproduisaient pas une partie importante du *Globe*. Elle a constaté qu'environ la moitié du contenu du journal (les articles) était transférée quotidiennement à Info Globe Online. Sur le plan quantitatif, cela représentait une partie importante du journal, mais non sur le plan qualitatif. Après avoir appliqué un critère qualitatif, elle a conclu que, pour reproduire un recueil, il faut conserver à la fois le choix et l'arrangement du recueil original. 22

23 Weiler J.A. found that when the individual articles are disentangled from the collective work they are not covered by the collective copyright because their arrangement within the collective work is lost. She further observed that the "form" and "function" of the new work were different. As to form, the *Globe* newspaper is limited to the events of the day, whereas Info Globe Online and CPI.Q are ever-expanding. With respect to function, *Globe* readers read the news, whereas users of Info Globe Online or CPI.Q research.

Selon la juge Weiler, lorsque les articles individuels sont dissociés du recueil, ils échappent au droit d'auteur collectif, en raison de la disparition de leur mode de présentation à l'intérieur du recueil. Elle a en outre noté que la nouvelle œuvre avait une « forme » et une « fonction » différentes. En ce qui concerne la forme, le *Globe* ne couvre que les événements de la journée, alors qu'Info Globe Online et CPI.Q demeurent en perpétuelle croissance. Quant à la fonction, les lecteurs du *Globe* lisent les nouvelles, alors que les utilisateurs d'Info Globe Online ou de CPI.Q effectuent des recherches.

24 Weiler J.A. also dismissed the appeal. She found no error in the motions judge's conclusion that the grant of a non-exclusive licence did not have to be in writing. She also agreed that Robertson did not have standing to assert a claim for injunctive relief on behalf of *Globe* staff writers.

La juge Weiler a aussi rejeté l'appel principal. Elle estimait que le juge des requêtes n'avait commis aucune erreur en concluant qu'il n'était pas nécessaire que la concession d'une licence non exclusive soit constatée par écrit. Elle reconnaissait aussi que M^me^ Robertson n'avait pas qualité pour demander une injonction au nom du personnel de rédaction du *Globe*.

25 Blair J.A. agreed that the appeal should be dismissed for the reasons given by Weiler J.A., but disagreed with her disposition of the cross-appeal. Blair J.A. framed the question by asking specifically "whether the electronic version of the *Globe* as found in the electronic archive [was] a reproduction of the collective work" (para. 131 (emphasis deleted)). He found that once an article is placed in the database as part of the collective work it is not relevant how it is located, deconstructed, identified, retrieved or displayed on screen.

Le juge Blair a convenu que l'appel devait être rejeté pour les motifs exprimés par la juge Weiler, mais n'a pas souscrit à sa conclusion quant à l'appel incident. Le juge Blair a formulé la question en litige dans les termes suivants : [TRADUCTION] « la version électronique du *Globe* versée dans les archives électroniques constitue-t-elle une reproduction du recueil? » (par. 131 (italique omis)). Selon lui, une fois l'article versé dans la base de données à titre d'élément du recueil, la façon dont il est repéré, décomposé, identifié, récupéré ou affiché à l'écran n'importe plus.

26 Moreover, Blair J.A. noted that each article, when retrieved, showed clearly that it was from the *Globe* by referring to the date of the edition, its original page number, the section in which it was contained, whether it was accompanied by an illustration, its title or headline and the author's byline.

Le juge Blair a ajouté que chaque article récupéré indiquait clairement qu'il provenait du *Globe*, car sa date de parution, son numéro de page initial, la section dans laquelle il figurait, le fait qu'il était accompagné d'une illustration, son titre et le nom de son auteur y étaient mentionnés.

27 Blair J.A. also agreed with Weiler J.A.'s conclusion that the Publishers could place staff written articles in the electronic databases because employees have no right to restrain publication of their articles in a newspaper, magazine or similar periodical pursuant to s. 13(3) of the *Copyright Act*.

Le juge Blair partageait aussi l'opinion de la juge Weiler selon laquelle les éditeurs pouvaient verser les articles écrits par leurs employés dans les bases de données électroniques, parce que le par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* précise que les employés n'ont pas le droit d'interdire la publication de leurs

According to Blair J.A., the "electronic version of the Globe", as found in the electronic databases, falls within the ambit of s. 13(3).

## V. Analysis

Two issues were raised on the cross-appeal: Whether the electronic databases infringed the right of (1) freelance authors; and (2) *Globe* staff writers. The appeal raises two other issues: (1) would a licence from a freelance author specifically granting a publisher the right to republish his or her article in the electronic databases need to be in writing? and (2) does Robertson have standing to assert a claim on behalf of employees of the *Globe*?

We propose to deal first with the first issue on the cross-appeal since the bulk of argument related to that issue. We will then turn to the remaining issues.

### A. *Cross-Appeal: The Main Issue*

Section 13(1) of the *Copyright Act* states: "Subject to this Act, the author of a work shall be the first owner of the copyright therein." And, s. 2.1(2) of the *Copyright Act* confirms that "[t]he mere fact that a work is included in a compilation does not increase, decrease or otherwise affect the protection conferred by this Act in respect of the copyright in the work". Accordingly, Robertson, as the author of her freelance works, is the owner of the copyright in those articles. The same is true for other freelance authors.

A publisher does not have any rights in freelance articles themselves but has another, distinct, copyright in the daily newspapers in which the freelance articles appear. Newspapers are included in the definition of "collective work" in accordance with s. 2 of the *Copyright Act*. A newspaper can also be characterized as a "compilation" pursuant to s. 2 of the *Copyright Act*, which defines "compilation" as

articles dans un journal, une revue ou un périodique du même genre. Selon le juge Blair, la « version électronique du Globe » qui figure dans les bases de données tombe sous l'application du par. 13(3).

## V. Analyse

28 Le pourvoi incident soulève deux questions : Les bases de données électroniques ont-elles porté atteinte (1) au droit des auteurs pigistes et (2) à celui des employés du *Globe*? Le pourvoi principal soulève deux autres questions : (1) La licence par laquelle un pigiste accorde expressément à un éditeur le droit de reproduire son article dans les bases de données électroniques doit-elle être constatée par écrit? (2) M^me^ Robertson a-t-elle qualité pour exercer un recours au nom des employés du *Globe*?

29 Nous proposons d'examiner d'abord la première question du pourvoi incident, puisqu'une bonne partie des arguments sont liés à cette question. Nous nous pencherons ensuite sur les autres questions.

### A. *Le pourvoi incident : la question principale*

30 Le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre ». Et le paragraphe 2.1(2) confirme que « [l]'incorporation d'une œuvre dans une compilation ne modifie pas la protection conférée par la présente loi à l'œuvre au titre du droit d'auteur ou des droits moraux ». Par conséquent, en tant qu'auteure des articles qu'elle rédige à la pige, M^me^ Robertson est titulaire du droit d'auteur sur ces œuvres. Il en va de même pour les autres pigistes.

31 L'éditeur n'est titulaire d'aucun droit d'auteur sur les articles rédigés à la pige comme tels, mais il possède un autre droit d'auteur, distinct, sur les quotidiens qui les publient. En effet, la définition d'un « recueil » énoncée à l'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur* inclut les journaux. Un journal peut également être considéré comme une « compilation » au sens de l'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui

a work resulting from "selection or arrangement". We are thus confronted with two different but overlapping copyrights.

32 Section 3(1) of the *Copyright Act* provides:

**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, . . . 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,

and to authorize any such acts.

la définit comme une œuvre résultant « du choix ou de l'arrangement » de plusieurs œuvres. Nous nous trouvons donc devant deux droits d'auteurs différents, mais qui se chevauchent.

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit :

**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, [. . .] 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.

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d'autoriser ces actes.

Plainly, freelance authors have the right to reproduce, and authorize the reproduction of, their articles. Similarly, as the holders of the copyright in their newspapers, the Publishers are entitled to "produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever".

The real question then is whether the electronic databases that contain articles from the *Globe* reproduce the newspapers or merely reproduce the original articles. It is open to the Publishers to reproduce a substantial part of the collective work in which they have a copyright; it is a violation of the *Copyright Act* for the Publishers to reproduce, without consent, the individual works with respect to which an author owns the copyright. The answer to this question lies in the determination of whose "originality" is being reproduced: the freelance author's alone or the Publishers' as a collective work?: see *Allen v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201 (Div. Ct.).

"Originality" is the foundation stone of copyright. Section 5 of the *Copyright Act* states that copyright shall subsist "in every original literary, dramatic, musical and artistic work". This was explained by McLachlin C.J., for the Court, in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13:

> 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. [para. 16]

More specifically, McLachlin C.J. addressed originality as it relates to compilations — in that case, 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 different form. The arranger

En clair, les auteurs pigistes ont le droit de reproduire leurs articles et d'en autoriser la reproduction. De même, en tant que titulaires du droit d'auteur sur leurs journaux, les éditeurs peuvent « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». 33

La véritable question à résoudre reste donc celle de déterminer si les bases de données électroniques qui contiennent les articles du *Globe* reproduisent le journal ou si elles reproduisent simplement les articles originaux. Les éditeurs peuvent reproduire une partie importante du recueil sur lequel ils possèdent un droit d'auteur; mais ils enfreignent la *Loi sur le droit d'auteur* s'ils reproduisent une œuvre individuelle sans le consentement de son auteur, titulaire du droit d'auteur à son égard. Pour répondre à cette question, il faut décider si l'« originalité » reproduite revient à l'auteur pigiste seulement ou aux éditeurs, les auteurs du recueil : voir *Allen c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201 (C. div.). 34

L'« originalité » représente la pierre angulaire du droit d'auteur. En effet, l'art. 5 de la *Loi sur le droit d'auteur* précise que le droit d'auteur existe « sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale ». C'est ce qu'a souligné la juge en chef McLachlin, au nom de la Cour, dans *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13 : 35

> 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. [par. 16]

Plus précisément, la juge en chef McLachlin a traité alors de l'originalité liée aux compilations — en l'occurrence, celles des décisions judiciaires : 36

> 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

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 components requires the exercise of skill and judgment. The compilation, viewed globally, attracts copyright protection. [Emphasis in original; paras. 33-34.]

37 Similarly, the Publishers have a copyright in their newspapers, each an original collection of different components reflecting the exercise of skill and judgment. Section 2 of the *Copyright Act*, as noted above, defines a compilation as an original work that is created as a result of selection or arrangement. This same conception of originality underlies the inclusion of the newspapers in the definition of collective work. We note that the use of the disjunctive "or" in s. 2 is significant. The *Copyright Act* does not require originality in both the selection and arrangement. Similarly, and with all due respect to Weiler J.A.'s contrary finding, we agree with the Publishers that a reproduction of a compilation or a collective work need not preserve *both* the selection and arrangement of the original work to be consistent with the Publisher's reproduction rights.

38 Section 3 of the *Copyright Act* provides the copyright owner with the right to reproduce a work *or* a substantial part thereof. It follows that a substantial part of a newspaper may consist only of the original selection so long as the essence of the newspaper is preserved, i.e., that which embodies the originality of the collective work that is capable of attracting copyright. In *Édutile Inc. v. Automobile*

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 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. [Souligné dans l'original; par. 33-34.]

De même, les éditeurs sont titulaires du droit d'auteur sur leurs journaux, dont chacun constitue un recueil original de différents éléments qui témoigne de l'exercice du talent et du jugement. Rappelons qu'au sens de l'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, une « compilation » s'entend d'une œuvre résultant d'un choix ou d'un arrangement. La même notion d'originalité sous-tend l'inclusion des journaux dans la définition du terme « recueil ». Nous constatons que l'emploi de la conjonction disjonctive « ou » à l'art. 2 importe. La *Loi sur le droit d'auteur* n'exige pas que le choix et l'arrangement répondent tous les deux au critère d'originalité. De même, et en toute déférence pour la conclusion contraire de la juge Weiler, nous estimons, comme les éditeurs, qu'il n'est pas nécessaire qu'*à la fois* le choix et l'arrangement de l'œuvre originale soient conservés pour qu'une compilation ou un recueil soit reproduit en conformité avec le droit de reproduction de l'éditeur.

L'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* accorde au titulaire du droit d'auteur le droit de reproduire la totalité *ou* une partie importante de l'œuvre. En conséquence, le choix original peut constituer, à lui seul, une partie importante d'un journal, dans la mesure où l'on conserve l'essence du journal, c.-à-d. ce qui confère au recueil l'originalité requise pour qu'un droit d'auteur s'y rattache. Dans *Édutile Inc.*

*Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195, the Federal Court of Appeal stated:

> To determine whether a "substantial part" of a protected work has been reproduced, it is not the quantity which was reproduced that matters as much as the quality and nature of what was reproduced. . . .
>
> It seems clear that APA appropriated a "substantial part", indeed the very essence, of Édutile's work . . . . [Emphasis added; paras. 22-23.]

There is much originality in a newspaper: the editorial content, the selection of articles, the arrangement of articles, the arrangement of advertisements and pictures, and the fonts and styles used. But the true essence of the originality in a newspaper is its editorial content. It is the selection of stories, and the stories themselves, that resonate in the hearts and minds of readers.

The task of determining whether this essence has been reproduced may be difficult. Indeed, it is largely a question of degree. At a minimum, however, the editorial content of the newspaper must be preserved and presented *in the context* of that newspaper.

We again agree with the Publishers that their right to reproduce a substantial part of the newspaper includes the right to reproduce the newspaper without advertisements, graphs and charts, or in a different layout and using different fonts. But it does not follow that the articles of the newspaper can be decontextualized to the point that they are no longer presented in a manner that maintains their intimate connection with the rest of that newspaper. In Info Globe Online and CPI.Q, articles from a given daily edition of the *Globe* are stored and presented in a database together with thousands of other articles from different periodicals and different dates. And, these databases are expanding and changing daily as more and more articles are added. These products are more akin to databases of individual articles rather than reproductions of the *Globe*. Thus, in our view, the originality of the freelance articles is reproduced; the originality of the newspapers is not.

*c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195, la Cour d'appel fédérale a fait les commentaires suivants à ce propos :

> Pour déterminer si une « partie importante » d'une œuvre protégée a été reproduite, ce n'est pas tant la quantité de ce qui a été reproduit qui compte, que la qualité et la nature de ce qui a été reproduit . . .
>
> Il m'apparaît évident que l'APA s'est approprié une « partie importante », voir[e] l'essence même de l'œuvre d'Édutile . . . [Je souligne; par. 22-23.]

39 On retrouve beaucoup d'éléments originaux dans un journal : le contenu rédactionnel, le choix et la disposition des articles, l'arrangement des annonces publicitaires et des images, ainsi que la police et le style employés. Toutefois, la véritable originalité d'un journal réside dans son contenu rédactionnel, car c'est le choix des textes, et les textes eux-mêmes, qui touchent le cœur et l'esprit des lecteurs.

40 Il peut être difficile de déterminer si cette essence a été reproduite. En fait, il s'agit surtout d'une question de degré. Cependant, il faut à tout le moins que le contenu rédactionnel du journal soit préservé et présenté *dans le contexte* de ce journal.

41 Nous convenons aussi avec les éditeurs que leur droit de reproduction d'une partie importante du journal comporte celui de reproduire le journal sans annonces publicitaires, graphiques et tableaux, ou de modifier sa présentation et sa police de caractères. Mais on ne saurait pour autant en décontextualiser les articles à tel point que la manière dont on les présente ne préserve pas leur lien intime avec le reste du journal. Dans Info Globe Online et CPI.Q, les articles tirés d'une édition quotidienne donnée du *Globe* sont stockés et présentés dans une base de données avec des milliers d'autres articles publiés dans des périodiques différents et à des dates diverses. De plus, ces bases de données croissent et se transforment quotidiennement à mesure que l'on y verse des articles. Elles ressemblent davantage à des banques d'articles individuels qu'à des reproductions du *Globe*. Nous estimons donc que l'originalité des articles rédigés à la pige est préservée, mais non celle des journaux.

42 The Publishers argue that the connection with the original newspaper is not lost in the databases because the articles in Info Globe Online and CPI.Q contain references to the newspaper they were published in, the date they were published and the page number where the article appeared. We do not share this view. Rather, we agree with the United States Supreme Court's finding in *Tasini* where the same argument was canvassed and rejected. Ginsburg J., for the majority, stated:

> One might view the articles as parts of a new compendium — namely, the entirety of works in the Database. In that compendium, each edition of each periodical represents only a minuscule fraction of the ever-expanding Database. The Database no more constitutes a "revision" of each constituent edition than a 400-page novel quoting a sonnet in passing would represent a "revision" of that poem. . . . The massive whole of the Database is not recognizable as a new version of its every small part.
>
> Alternatively, one could view the Articles in the Databases "as part of" no larger work at all, but simply as individual articles presented individually. That each article bears marks of its origin in a particular periodical (less vivid marks in NEXIS and NYTO, more vivid marks in GPO) suggests the article was *previously* part of that periodical. But the markings do not mean the article is *currently* reproduced or distributed as part of the periodical. The Databases' reproduction and distribution of individual Articles — simply *as individual Articles* — would invade the core of the Authors' exclusive rights under § 106. [Underlining added; footnote omitted; p. 500-501.]

Les éditeurs soutiennent que le lien avec le journal original n'est pas perdu dans les bases de données parce que les articles versés dans Info Globe Online et CPI.Q mentionnent le nom du journal dans lequel ils ont été publiés, ainsi que la date et le numéro de la page de leur publication. Nous ne partageons pas leur avis. Nous acceptons plutôt la conclusion formulée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Tasini*, où le même argument a été analysé et rejeté. La juge Ginsburg a alors affirmé, au nom des juges majoritaires :

> [TRADUCTION] On peut considérer les articles comme des éléments d'un nouveau recueil — à savoir l'ensemble des œuvres versées dans la base de données. Dans ce recueil, chaque numéro de chaque périodique ne représente qu'une infime partie de la base de données qui est en perpétuelle croissance. La base de données ne constitue pas plus une « version révisée » de chacun des numéros qui la composent que le roman de 400 pages, qui cite un sonnet au passage, ne constituerait une « version révisée » de ce poème. [. . .] On ne saurait percevoir l'immense tout que constitue la base de données comme une nouvelle version de chacune des petites parties qui le composent.
>
> On peut aussi considérer les articles versés dans les bases de données, non pas comme des « éléments » d'une œuvre plus importante, mais simplement comme des articles individuels présentés individuellement. Le fait que chaque article indique de quel périodique en particulier il est tiré (indications qui sont moins détaillées dans NEXIS et NYTO, et plus détaillées dans GPO) laisse entendre qu'il faisait *antérieurement* partie de ce périodique. Mais ces indications ne signifient pas que l'article est *actuellement* reproduit ou distribué à titre d'élément de ce périodique. La reproduction et la distribution d'articles individuels versés dans les bases de données — simplement *à titre d'articles individuels* — toucheraient à l'essence des droits exclusifs conférés aux auteurs par l'art. 106. [Je souligne; note de bas de page omise; p. 500-501.]

43 Weiler J.A. correctly pointed out that caution must be adhered to when referencing *Tasini* in the Canadian context due to differences in the applicable governing legislation. Pursuant to the U.S. *Copyrights Act*, 17 U.S.C. § 201(c) (2000), the publisher does not have a separate copyright in the collective work but has only the "privilege of reproducing and distributing the contribution as part of that particular collective work, any revision of that

La juge Weiler a souligné à juste titre qu'il fallait faire preuve de prudence dans l'emploi de la décision *Tasini* dans le contexte canadien en raison des différences entre les lois applicables. En effet, la *Copyrights Act*, 17 U.S.C. § 201c) (2000), des États-Unis ne confère pas à l'éditeur un droit d'auteur distinct à l'égard du recueil, mais seulement le [TRADUCTION] « privilège de reproduire et de distribuer l'article comme un élément de ce recueil

collective work, and any later collective work in the same series". Nonetheless, we find the reasoning in the foregoing passage, which simply describes the nature of the decontextualization that occurs in similar databases, compelling and applicable.

précis, d'une version révisée de ce recueil et d'un recueil subséquent de la même collection ». Nous estimons néanmoins que le raisonnement suivi dans l'extrait précité, qui se borne à la nature de la décontextualisation survenant dans des bases de données semblables, est convaincant et pertinent.

This decontextualization is critical to the disposition of this case. As Weiler J.A. observed, "In this vast storehouse of information, the collective work that is the Globe is fragmented, submerged, overwhelmed and lost" (para. 82). In our view, date and page references do not change this — they merely provide historical information, as the U.S. Supreme Court observed.

44 Cette décontextualisation s'avère d'une importance critique pour l'issue du présent pourvoi. Comme l'a fait observer la juge Weiler, [TRADUCTION] « [d]ans toute cette masse de renseignements, le recueil que constitue le *Globe* est fragmenté, submergé, étouffé et perdu » (par. 82). À notre avis, les mentions de la date et de la page n'y changent rien — elles n'apportent que des renseignements rétrospectifs, comme l'a fait remarquer la Cour suprême des États-Unis.

The Publishers also argue that the Court should focus on *input* rather than *output*. This was also the view of Blair J.A. in his dissenting opinion. According to this reasoning, a substantial part of the print edition of each day's *Globe* (excluding pictures, advertisements, tables and charts) is stored in an electronic file. Blair J.A. found that this electronic data, *input* into the databases, which represents the electronic reproduction of the print daily. He therefore concluded that the electronic file contains the editorial content of the newspaper and is therefore a "reproduction" within the meaning of s. 3(1) of the *Copyright Act*, regardless of what use it is put to afterwards.

45 Les éditeurs soutiennent également que la Cour devrait s'intéresser aux données *d'entrée* plutôt qu'aux données *de sortie*. Le juge Blair a aussi adopté ce point de vue dans son opinion dissidente. Selon ce raisonnement, une partie importante de la version imprimée de chaque numéro du *Globe* (à l'exclusion des images, annonces publicitaires, tableaux et graphiques) est stockée dans un fichier électronique. Le juge Blair a alors conclu que ces données électroniques, *entrées* dans les bases de données, constituent la reproduction électronique de la version papier du quotidien. Il a donc statué que le fichier électronique renferme le contenu rédactionnel du journal et qu'il constitue par conséquent une « reproduction » au sens du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, peu importe l'usage qui en est fait ultérieurement.

With respect, we believe this approach prematurely terminates the analysis. And the manner in which Blair J.A. framed the question — by asking whether the *electronic version* of the *Globe* in the electronic databases is a reproduction of the *Globe* — presupposes an answer in favour of the Publishers. It is not the electronic data that is presented to the public but the finished product, i.e., the databases. We cannot avoid comparing the original collective work with the finished collective work when determining whether there has been a reproduction. As Megarry V.-C., put it in *Thrustcode Ltd. v. W. W.*

46 En toute déférence, nous estimons que cette approche met fin prématurément à l'analyse. De plus, la manière dont le juge Blair a formulé la question — en demandant si la *version électronique* du *Globe* figurant dans les bases de données électroniques est une reproduction du *Globe* — présuppose une réponse favorable aux éditeurs. Ce ne sont pas les données électroniques qui sont offertes au public, mais le produit fini, c.-à-d., les bases de données. Il nous faut comparer le recueil original au recueil final pour déterminer s'il y a eu reproduction. Pour reprendre les propos du vice-

*Computing Ltd.*, [1983] F.S.R. 502 (Ch. D.), cited with approval by Mahoney J.A. in *Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 F.C. 673 (C.A.), aff'd [1990] 2 S.C.R. 209: "For computers, as for other things, what must be compared are the thing said to have been copied and the thing said to be an infringing copy" (p. 505).

47 Viewed "globally", to use the language of this Court in *CCH*, Info Globe Online and CPI.Q are different selections than the selections that they incorporate. They are compilations of individual articles presented outside of the context of the original collective work from where they originated. The resulting collective work presented to the public is not simply each of the collective works joined together — it has become a collective work of a different nature.

48 To be clear, this analysis is not predicated on the ability of a user to search by key word. We agree with both Weiler J.A. and Blair J.A. that the search mechanism which enables a user to isolate individual articles is not determinative. The focus of our analysis firmly remains on what the *Globe* presents to the user; not on how the user makes use of it. In this sense, the input/output dichotomy is misleading. Moreover, we are mindful of the principle of media neutrality under the *Copyright Act* and agree that the principle precludes a finding of copyright infringement merely because it is possible to search with more efficient tools than in the past. That being said, focussing exclusively on input in the name of media neutrality takes the principle too far and, ultimately, turns it on its head.

49 Media neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Copyright Act* which describes a right to produce or reproduce a work "in any material form whatever". Media neutrality means that the *Copyright*

chancelier Megarry dans *Thrustcode Ltd. c. W. W. Computing Ltd.*, [1983] F.S.R. 502 (Ch. D.), cités avec approbation par le juge Mahoney dans *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.), conf. par [1990] 2 R.C.S. 209 : [TRADUCTION] « Dans le cas des ordinateurs, comme pour bien d'autres choses, il faut comparer la chose apparemment copiée et celle qui est censée avoir été contrefaite » (p. 505).

Considérées « globalement », pour reprendre les termes employés par la Cour dans *CCH*, les bases de données Info Globe Online et CPI.Q reflètent des choix différents de ceux qu'elles incorporent. Elles constituent des compilations d'articles individuels sortis du contexte du recueil original dont ils proviennent. Le recueil qui en résulte et qui est offert au public ne représente pas simplement un regroupement de chacun des recueils — il s'agit d'un recueil d'une nature différente.

Précisons que la présente analyse ne repose pas sur la possibilité donnée à l'utilisateur d'effectuer des recherches par mot-clé. Nous sommes d'accord avec la juge Weiler et avec le juge Blair pour reconnaître que l'outil de recherche qui permet à l'utilisateur d'isoler des articles individuels n'est pas déterminant. Notre analyse demeure fermement centrée sur ce que le *Globe* présente à l'utilisateur, et non sur la façon dont celui-ci l'utilise. En ce sens, la dichotomie entre les données d'entrée et les données de sortie est trompeuse. En outre, nous sommes conscients du principe de la neutralité du support applicable sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*. Nous reconnaissons d'ailleurs que ce principe ne permet pas de conclure à la violation du droit d'auteur simplement parce que les outils de recherche sont devenus plus efficaces que par le passé. Cela dit, la concentration de l'analyse sur la nature des données d'entrée, au nom de la neutralité du support, exagère la portée de ce principe et, en définitive, en modifie fondamentalement la nature.

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* reflète le principe de la neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle

*Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. But it does not mean that once a work is converted into electronic data anything can then be done with it. The resulting work must still conform to the exigencies of the *Copyright Act*. Media neutrality is not a licence to override the rights of authors — it exists to protect the rights of authors and others as technology evolves.

quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d'auteur* continue de s'appliquer malgré l'usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d'une technologie plus avancée. Elle ne signifie toutefois pas qu'après sa conversion en données électroniques, une œuvre peut être utilisée n'importe comment. L'œuvre finale demeure assujettie à la *Loi sur le droit d'auteur*. Le principe de la neutralité du support ne permet pas d'écarter les droits des auteurs — il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue.

Recent developments in international agreements on copyright have not changed these principles. On the contrary, they recognize and apply them.

50 Les changements récents survenus dans les accords internationaux concernant le droit d'auteur n'ont pas modifié ces principes. Au contraire, ils les reconnaissent et les appliquent.

Notwithstanding the foregoing, we part ways with Weiler J.A. regarding the CD-ROMs. In our view, the CD-ROMs are a valid exercise of the *Globe*'s right to reproduce its collective works (or a substantial part thereof) pursuant to s. 3(1) of the *Copyright Act*. The CD-ROMs, like Info Globe Online and CPI.Q, do not contain advertisements, pictures or colour and are presented in a different medium and format than the print edition. The critical distinction, however, is that the CD-ROMs preserve the linkage to the original daily newspaper.

51 Malgré ces remarques, nous divergeons d'opinion avec la juge Weiler au sujet des CD-ROM. À notre avis, les CD-ROM constituent un exercice valide du droit du *Globe* de reproduire ses recueils (ou une partie importante de ceux-ci) conformément au par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. À l'instar d'Info Globe Online et de CPI.Q., les CD-ROM ne contiennent aucune annonce publicitaire, image ou couleur et sont présentés sur un support et dans un format différents de ceux de l'édition papier. Les CD-ROM se distinguent toutefois sous un aspect fondamental : ils préservent le lien avec le quotidien original.

The user of the CD-ROM is presented with a collection of daily newspapers which can be viewed separately. When viewing an article on CD-ROM after searching for a particular edition, the other articles from that day's edition appear in the frame on the right-hand side of the screen. To pass muster, a reproduction does not need to be a replica or a photographic copy. But it does need to remain faithful to the essence of the original work. And, in our view, the CD-ROM does so by offering users, essentially, a compendium of daily newspaper editions.

52 L'utilisateur des CD-ROM a accès à un recueil de quotidiens qu'il peut consulter séparément. Lorsqu'il visualise un article sur CD-ROM après avoir cherché une édition particulière, les autres articles de cette édition quotidienne s'affichent dans le cadre situé à droite de l'écran. Pour qu'une reproduction soit reconnue comme telle, il n'est pas nécessaire qu'elle représente une réplique ou une photocopie de l'original. Il faut cependant qu'elle demeure fidèle à l'essence de l'œuvre originale. À notre avis, les CD-ROM remplissent cette condition en offrant aux utilisateurs un condensé des éditions quotidiennes du journal.

In our view, the fact that the CD-ROM includes other newspapers is not fatal. The essential

53 Selon nous, le fait que les CD-ROM contiennent d'autres journaux n'a pas de caractère

characteristic of the newspaper is not lost when it is presented together on a CD-ROM with a discrete number of other newspapers, each of which is viewable as a separate and distinct paper. Moreover, as we indicated above, the ability to search by key word does not make the CD-ROM reproduction any less of a reproduction.

B. *The Remaining Issues*

54 Section 13(4) of the *Copyright Act* provides:

**13.** . . .

(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent.

55 Section 13(7) of the *Copyright Act* states:

**13.** . . .

(7) For greater certainty, it is deemed always to have been the law that a grant of an exclusive licence in a copyright constitutes the grant of an interest in the copyright by licence.

56 We are satisfied that Weiler J.A. was correct in concluding that only an exclusive licence must be in writing. If Parliament intended for any type of non-exclusive licence to be deemed a "grant of an interest" requiring a written contract, it could have explicitly provided so just as it did for exclusive licences in s. 13(7). In our view, the following passage from the Ontario Superior Court of Justice decision in *Ritchie v. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163, correctly states the matter:

déterminant. Le journal ne perd pas son essence lorsqu'il est présenté sur CD-ROM avec plusieurs autres journaux différents, dont chacun peut être visualisé séparément et distinctement. En outre, comme nous l'avons déjà mentionné, la reproduction sur CD-ROM demeure une reproduction bien qu'il soit possible d'y effectuer des recherches par mot-clé.

B. *Les autres questions*

Le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* est ainsi libellé :

**13.** . . .

(4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.

Le paragraphe 13(7) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit ceci :

**13.** . . .

(7) Il est entendu que la concession d'une licence exclusive sur un droit d'auteur est réputée toujours avoir valu concession par licence d'un intérêt dans ce droit d'auteur.

Nous sommes convaincus que la juge Weiler a eu raison de conclure que seule la concession d'une licence exclusive doit être rédigée par écrit. Si le législateur avait voulu que la concession de tout type de licence non exclusive soit réputée avoir valu « concession par licence d'un intérêt » et soit constatée dans un contrat écrit, il aurait pu le prévoir expressément comme au par. 13(7) à l'égard des licences exclusives. Selon nous, l'extrait suivant de la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Ritchie c. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 163, expose correctement le problème :

The "grant of an interest" referred to in s. 13(4) is the transfer of a property right as opposed to a permission to do a certain thing. The former gives the licensee the capacity to sue in his own name for infringement, the latter provides only a defence to claims of infringement. To the extent there was any uncertainty as to the meaning of "grant of an interest" and whether this section applied to non-exclusive licences, the issue was resolved in 1997 when the *Copyright Act* was amended to include s. 13(7) . . . . [para. 20]

[TRADUCTION] La « concession par licence d'un intérêt », dont il est question au par. 13(4), est le transfert d'un droit de propriété par opposition à l'autorisation de faire une certaine chose. Dans le premier cas, le titulaire de la licence peut intenter en son nom une action en contrefaçon; dans le second, il ne peut que contester cette action. Dans la mesure où il existait une certaine incertitude quant au sens de l'expression « concession par licence d'un intérêt » et quant à savoir si elle visait les licences non exclusives, cette incertitude a été résolue en 1997 lorsque la *Loi sur le droit d'auteur* a été modifiée pour y inclure le par. 13(7) . . . [par. 20]

There was conflicting evidence before the motions judge regarding the scope of such an alleged implied licence. The content of these licences is a live issue that should go to trial, as ordered by the motions judge.

57 Le juge des requêtes a été saisi de preuves contradictoires sur la portée d'une telle licence implicite présumée. La teneur de ces licences reste une question qui n'a pas encore été réglée et qui devra être tranchée à l'issue d'un procès, comme l'a ordonné le juge des requêtes.

If it is determined that freelance authors have in fact impliedly licensed the *Globe* the right to republish their articles in the electronic databases, this decision will, of course, be of less practical significance. Parties are, have been, and will continue to be, free to alter by contract the rights established by the *Copyright Act*.

58 Si l'on conclut que les auteurs pigistes ont effectivement concédé par licence au *Globe* le droit de reproduire leurs articles dans les bases de données électroniques, la présente décision aura évidemment moins d'intérêt pratique. De plus, les parties demeurent libres de modifier par contrat les droits établis par la *Loi sur le droit d'auteur*, tout comme elles l'étaient par le passé et continueront de l'être.

With respect to the second issue on the appeal, we find that employees of the *Globe*, including Cameron Smith, should not have been certified as members of the class because they have no cause of action.

59 Quant à la seconde question soulevée dans le pourvoi, nous concluons que les employés du *Globe*, y compris Cameron Smith, n'auraient pas dû être autorisés à participer au recours collectif puisqu'ils n'ont aucune cause d'action.

In a class action, the class definition must be supported by a statement of claim that includes one or more causes of action applicable to each class member. The class definition in the present case does not distinguish between freelance authors and staff writers. The rights of each, however, are fundamentally different.

60 Dans un recours collectif, la définition du groupe doit être appuyée par une cause d'action commune à tous les membres du groupe. La définition de celui-ci en l'espèce ne distingue pas les auteurs pigistes et le personnel de rédaction. Or, les droits des uns et des autres diffèrent fondamentalement.

Section 13(3) of the *Copyright Act* states:

61 Le paragraphe 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose :

**13.** . . .

(3) Where the author of a work was in the employment of some other person under a contract of service or apprenticeship and the work was made in the course

**13.** . . .

(3) Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice

of his employment by that person, the person by whom the author was employed shall, in the absence of any agreement to the contrary, be the first owner of the copyright, but where the work is an article or other contribution to a newspaper, magazine or similar periodical, there shall, in the absence of any agreement to the contrary, be deemed to be reserved to the author a right to restrain the publication of the work, otherwise than as part of a newspaper, magazine or similar periodical.

62 When a staff member writes an article for a newspaper, magazine or similar periodical during the course of his or her employment, s. 13(3) of the *Copyright Act* provides that copyright vests with the employer while the employee is given a right to restrain publication of the work (other than in a newspaper, magazine or similar periodical). Thus, even when freelance authors have a cause of action for copyright infringement, staff writers have no cause of action unless they previously exercised their right to restrain publication. In this case, Cameron Smith never attempted to restrain publication of his articles. And, no evidence was introduced indicating that other staff members exercised such a right.

63 It is therefore unnecessary for the purposes of this case to determine whether the electronic databases constitute "newspapers, magazines or similar periodicals" within the meaning of s. 13(3) of the *Copyright Act*. We have already found that Info Globe Online and CPI.Q do not constitute reproductions of a substantial part of the underlying print newspapers because they are works of a different nature. Without so deciding, it follows, we believe, for essentially the same reasons, that these same databases cannot be characterized as newspapers, magazines or similar periodicals for purposes of s. 13(3).

## VI. Disposition

64 For the foregoing reasons, we would dismiss the appeal and allow the cross-appeal with respect to the CD-ROMs only. Taking into account all of the circumstances and the mitigated result, the parties should bear their own costs in this Court.

de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur; mais lorsque l'œuvre est un article ou une autre contribution, à un journal, à une revue ou à un périodique du même genre, l'auteur, en l'absence de convention contraire, est réputé posséder le droit d'interdire la publication de cette œuvre ailleurs que dans un journal, une revue ou un périodique semblable.

Lorsqu'un membre de la rédaction écrit un article pour un journal, une revue ou un périodique du même genre dans l'exercice de son emploi, le par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que le droit d'auteur appartient à l'employeur, mais reconnaît à l'employé le droit d'interdire la publication de son œuvre (ailleurs que dans un journal, une revue ou un autre périodique semblable). Ainsi, même si les auteurs pigistes possèdent une cause d'action pour violation du droit d'auteur, les membres de la rédaction n'en ont aucune à moins qu'ils n'aient préalablement exercé leur droit d'interdire la publication. En l'espèce, Cameron Smith n'a jamais tenté de faire interdire la publication de ses articles. Enfin, aucun élément de preuve produit n'indique que d'autres employés aient exercé ce droit.

Il n'est donc pas nécessaire, pour les besoins du présent pourvoi, de déterminer si les bases de données électroniques sont des « journaux, des revues ou des périodiques semblables » au sens du par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Nous avons déjà conclu qu'Info Globe Online et CPI.Q ne reproduisent pas une partie importante des journaux qui les alimentent parce qu'elles constituent des œuvres d'une nature différente. Sans pour autant conclure en ce sens, nous croyons qu'en conséquence, et essentiellement pour les mêmes motifs, ces bases de données ne sauraient être considérées comme des journaux, des revues ou d'autres périodiques semblables pour l'application du par. 13(3).

## VI. Dispositif

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi principal et d'accueillir le pourvoi incident en ce qui concerne les CD-ROM seulement. Compte tenu de toutes les circonstances et du résultat mitigé, chaque partie supportera ses propres dépens devant notre Cour.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Abella and Charron JJ. were delivered by

ABELLA J. (dissenting in part on the cross-appeal) — The basic right of every copyright holder, according to s. 3(1) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, is to "produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever".

At issue in this appeal are online databases into which the publishers place all articles selected by them for inclusion in each day's edition of their newspapers. An article's date, page and headline in the printed version of those newspapers appear on every article.

I agree with LeBel and Fish JJ. that the appeal should be dismissed and that the cross-appeal should be allowed in connection with the CD-ROM issue. I have a different view, with respect, of the application of the *Copyright Act* to Info Globe Online and CPI.Q and would allow the cross-appeal in connection with them as well. In my view, these databases reproduce a "substantial part" of the publishers' "work", and are, as a result, within the right of reproduction conferred by s. 3(1) of the Act. It follows that the employees cannot restrain publication of their individual works in those databases under s. 13(3) since that publication continues to be "part of a newspaper, magazine or similar periodical".

Analysis

Section 3 of the *Copyright Act* has remained substantially unchanged since it was first introduced in 1921: see S.C. 1921, c. 24, s. 3. It was promulgated a year after the Westinghouse Electric and Manufacturing Company released the first domestic radio sets, and many decades before the technological revolution that produced, among other innovations, online databases.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Abella et Charron rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente en partie quant au pourvoi incident) — Suivant le par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, le droit fondamental de tout titulaire du droit d'auteur est celui « de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». 65

Le présent pourvoi porte sur les bases de données électroniques dans lesquelles les éditeurs versent tous les articles qu'ils ont sélectionnés en vue de les inclure dans l'édition quotidienne de leurs journaux. Chaque article mentionne la date, la page et le titre de l'article paru dans la version imprimée de ces journaux. 66

Je conviens avec les juges LeBel et Fish qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi principal et d'accueillir le pourvoi incident en ce qui concerne les CD-ROM. Toutefois, en toute déférence, je ne partage pas leur point de vue sur l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* à Info Globe Online et à CPI.Q et j'accueillerais le pourvoi incident à leur égard également. À mon avis, les bases de données reproduisent une « partie importante » de « l'œuvre » des éditeurs, et relèvent de ce fait de l'exercice du droit de reproduction conféré par le par. 3(1) de la Loi. Il s'ensuit que les employés ne peuvent invoquer le par. 13(3) pour interdire la publication de leurs œuvres individuelles dans ces bases de données, puisqu'elles continuent ainsi d'être publiées « dans un journal, une revue ou un périodique semblable ». 67

Analyse

L'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* est demeuré essentiellement inchangé depuis qu'il a été adopté, pour la première fois, en 1921 : voir S.C. 1921, ch. 24, art. 3. Sa promulgation est survenue un an après la mise en marché des premiers postes de radio destinés aux ménages par la Westinghouse Electric and Manufacturing Company, et bien des décennies avant la révolution technologique qui allait produire, entre autres innovations, les bases de données électroniques. 68

69 This Court has repeatedly held that the overarching purposes of the *Copyright Act* are twofold: promoting the public interest in the encouragement and dissemination of artistic and intellectual works, and justly rewarding the creator of the work. See *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34, at para. 30; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13, at para. 23; and *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45 ("*SOCAN*"), at para. 40. Since these purposes are often in opposition to each other, courts "should strive to maintain an appropriate balance between those two goals": J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 1-13.

70 The public interest is particularly significant in the context of archived newspapers. These materials are a primary resource for teachers, students, writers, reporters, and researchers. It is this interest that hangs in the balance between the competing rights of the two groups of creators in this case, the authors and the publishers.

71 The aftermath of the litigation in *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001), is instructive. Freelance authors had sued the New York Times for copyright infringement arising out of the inclusion of articles written by them in online databases. They were successful. The New York Times Co.'s response was to remove all of the affected articles from its online databases: D. P. Bickham, "Extra! Can't Read All About It: Articles Disappear After High Court Rules Freelance Writers Taken Out of Context in *New York Times Co. v. Tasini*" (2001), 29 *W. St. U. L. Rev.* 85, at p. 102. Its response is not surprising, since "[t]he economic calculus runs sharply in favor of deletion", with publishers having "virtually no economic upside to retaining freelance articles in the electronically available archived editions, and substantial economic downside": C. S. Sims and M. J. Morris, "*Tasini* and Archival

La Cour a maintes fois déclaré que la *Loi sur le droit d'auteur* vise deux objectifs généraux : la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles, et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur de l'œuvre. Voir *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34, par. 30; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13, par. 23; et *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45 (« *SOCAN* »), par. 40. Comme ces objectifs se trouvent souvent en contradiction, les tribunaux [TRADUCTION] « doivent s'efforcer de maintenir un juste équilibre entre ces deux objectifs » : J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-13.

L'intérêt du public prend une importance toute particulière dans le contexte des journaux archivés. Ces documents constituent une ressource fondamentale pour les enseignants, les étudiants, les écrivains, les journalistes et les chercheurs. C'est cet intérêt qui doit être mis en équilibre avec les droits opposés des deux groupes de créateurs en cause, soit les auteurs et les éditeurs.

Les répercussions de l'affaire *New York Times Co. c. Tasini*, 533 U.S. 483 (2001), sont révélatrices. Des journalistes à la pige ont poursuivi le New York Times pour violation du droit d'auteur par suite de l'inclusion d'articles rédigés par eux dans des bases de données électroniques. Ils ont obtenu gain de cause. La société New York Times Co. a réagi en retirant les articles en cause de ses bases de données électroniques : D. P. Bickham, « Extra! Can't Read All About It : Articles Disappear After High Court Rules Freelance Writers Taken Out of Context in *New York Times Co. v. Tasini* » (2001), 29 *W. St. U. L. Rev.* 85, p. 102. Cette réaction ne surprend guère, car [TRADUCTION] « [l]es chiffres penchent nettement en faveur de la suppression de ces articles », étant donné que, pour les éditeurs, le fait de « conserver les articles rédigés à la pige dans les éditions électroniques archivées ne procure pratiquement aucun avantage économique, mais comporte

Electronic Publication Rights of Newspapers and Magazines" (2001), 18:4 *Comm. Law.* 9, at p. 15.

de sérieux inconvénients sur le plan financier » : C. S. Sims et M. J. Morris, « *Tasini* and Archival Electronic Publication Rights of Newspapers and Magazines » (2001), 18:4 *Comm. Law.* 9, p. 15.

The detrimental impact of such a ruling may be even more profound in Canada since, under s. 13(3) of the *Copyright Act*, the publisher's employees have the right to prevent republication of their articles in online databases if those databases are found not to be a "newspaper". In my view, such a ruling is not mandated by the Act. The publishers own the copyright in their newspaper which, for purposes of the *Copyright Act*, is a "collective work". A newspaper is also a "compilation", which is defined by the Act to include "a work resulting from the selection or arrangement of data". The key is in the disjunctive. Either the selection *or* the arrangement of data is sufficient to constitute a copyrighted "work". 72

L'effet préjudiciable d'une telle décision peut être encore plus prononcé au Canada puisque le par. 13(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* permet aux employés de l'éditeur d'interdire toute nouvelle publication de leurs articles dans des bases de données électroniques s'il est statué qu'elles ne constituent pas un « journal ». À mon sens, la Loi ne dicte pas une telle décision. Les éditeurs sont titulaires du droit d'auteur sur leur journal qui, pour l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*, constitue un « recueil ». Un journal constitue également une « compilation », définie dans la Loi comme comprenant des « œuvres résultant du choix ou de l'arrangement de [. . .] données ». La clé se trouve dans l'emploi de la conjonction disjonctive. Le choix *ou* l'arrangement de données suffit pour en faire une « œuvre » protégée par le droit d'auteur.

The most fundamental right conferred by the publisher's copyright is the right to produce *and reproduce* the copyrighted work. Copyright in relation to a work, as described in s. 3, means "the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever". The right contains two key features. The first is that in Canada, unlike the narrower privilege conferred under the American *Copyrights Act*, 17 U.S.C. § 201(c) (2000), the holder of the copyright may reproduce not only the work, but also a "substantial part thereof". 73

Le droit le plus fondamental dont l'éditeur bénéficie en sa qualité de titulaire d'un droit d'auteur est celui de produire *et reproduire* l'œuvre protégée. Le droit d'auteur qui se rattache à une œuvre s'entend, selon l'art. 3, du « droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». Ce droit comporte deux caractéristiques très importantes. Premièrement, au Canada, contrairement aux États-Unis où la *Copyrights Act*, 17 U.S.C. § 201c) (2000), confère un privilège plus restreint, le titulaire du droit d'auteur peut reproduire non seulement l'œuvre, mais également « une partie importante de l'œuvre ».

The second is that, like its American counterpart, Canada's *Copyright Act* is media neutral: the right is to reproduce the work in "any material form whatever". Those are the words that inform the concept of "media neutrality". The publisher's right to contribute to the online databases at issue here stands or falls on the meaning of those words. 74

Deuxièmement, la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne, à l'instar de son équivalent américain, institue la neutralité du support : elle confère le droit de reproduire l'œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». Ce sont ces termes qui balisent le concept de la « neutralité du support ». Le droit de l'éditeur d'alimenter les bases de données en cause repose sur le sens de ces mots.

The concept of media neutrality is how Parliament chose to come to grips with potential 75

Le concept de la neutralité du support est le moyen retenu par le législateur pour composer avec

technological developments. On its face, the media neutrality protection found in s. 3(1) is a simple concept. As Gonthier J. pointed out in *Théberge*, s. 3(1) offers "an appropriate and carefully worded recognition that a work may be reproduced *even if* the new medium is different" (para. 148 (emphasis in original)).

76 The words "any material form whatever" in s. 3(1) should be taken to mean what they say: the author's exclusive right to reproduce a "substantial part" of a copyrighted work is not limited by changes in form or output made possible by a new medium. A media neutral *Copyright Act* ensures that such transformations in form do not erode the content of the copyright protection: see *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), at p. 197 (judgment subsequently aff'd [1990] 2 S.C.R. 209).

77 Under a media neutral *Copyright Act*, mere visual comparison of the work and the item said to be a reproduction of that work may be deceptive. The conversion of a work from one medium to another will necessarily involve changes in the work's visual appearance, but these visual manifestations do not change the content of the right.

78 As Binnie J. discussed in *Théberge*, at para. 47, the *Copyright Act*'s understanding of the right to reproduce is not limited to "only literal physical, mechanical reproduction", and the concept of reproduction has broadened to recognize that "technologies have evolved by which expression could be reproduced in ways undreamt of in earlier periods, such as evanescent and 'virtual' copies in electronic formats".

79 The *Copyright Act* was designed to keep pace with technological developments to foster intellectual, artistic and cultural creativity. In applying the *Copyright Act* to a realm that includes the Internet

les progrès technologiques éventuels. La protection liée à la neutralité du support établie par le par. 3(1) est à première vue un concept simple. Comme le juge Gonthier l'a souligné dans l'arrêt *Théberge*, la phraséologie du par. 3(1) « est utile et judicieuse en ce qu'elle reconnaît qu'une œuvre peut être reproduite *même si* le nouveau support matériel est différent » (par. 148 (souligné dans l'original)).

Les termes « sous une forme matérielle quelconque » utilisés au par. 3(1) devraient s'entendre dans leur sens ordinaire : le droit exclusif de l'auteur de reproduire une « partie importante » d'une œuvre protégée par le droit d'auteur n'est pas limité par les modifications que l'avènement d'un nouveau support peut entraîner sur le plan de la forme ou des données de sortie. Une *Loi sur le droit d'auteur* qui consacre la neutralité du support empêche que de telles transformations de forme réduisent la portée de la protection offerte par le droit d'auteur : voir la décision *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1re inst.), p. 197 (conf. ultérieurement par [1990] 2 R.C.S. 209).

Sous le régime d'une *Loi sur le droit d'auteur* qui consacre la neutralité du support, une simple comparaison visuelle de l'œuvre avec sa présumée reproduction peut être trompeuse. Lorsqu'une œuvre est convertie d'un support à un autre, son aspect change nécessairement, mais ces changements d'aspect n'ont aucune incidence sur le contenu du droit qui se rattache à l'œuvre.

Comme le juge Binnie l'a expliqué dans l'arrêt *Théberge*, au par. 47, le droit de reproduction prévu par la *Loi sur le droit d'auteur* ne se limite pas à « la reproduction littérale matérielle et mécanique », et la notion de reproduction s'est élargie pour reconnaître que « l'évolution technologique permet maintenant la reproduction de l'expression par des moyens qu'on ne pouvait même pas imaginer auparavant, comme les copies éphémères et "virtuelles" en format électronique ».

La *Loi sur le droit d'auteur* a été conçue pour suivre l'évolution technologique afin de promouvoir la créativité intellectuelle, artistique et culturelle. La tâche des tribunaux qui appliquent la *Loi*

and the databases at issue in this case, courts face unique challenges, but in confronting them, the public benefits of this digital universe should be kept prominently in view. As Professor Michael Geist observes:

> The Internet and new technologies have unleashed a remarkable array of new creativity, empowering millions of individuals to do more than just consume our culture, instead enabling them to actively and meaningfully participate in it.
>
> (*Our Own Creative Land: Cultural Monopoly & The Trouble With Copyright* (2006), at p. 9)

The source of every copyright, as this Court discussed in *CCH*, subsists in a work as long as it is "original". Regardless of whether the work in question is individual or collective, the inquiry into whether a work has been reproduced for purposes of s. 3 must focus on whether the "originality" that conferred copyright in relation to that work has been preserved in what is said to be a reproduction.

In *CCH*, originality was held to encompass the exercise of "skill and judgment" by an author: see para. 16. Every copyrighted work — individual or collective — is the product of the exercise of skill and judgment. In determining, therefore, whether a work like a newspaper, or "any substantial part thereof", has been reproduced, what will be determinative is the extent to which the item said to be a reproduction contains within it, in qualitative rather than quantitative terms, a substantial part of the skill and judgment exercised by the creator of the work: see *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195 (C.A.), at para. 22.

The right of reproduction adheres equally to the benefit of authors of individual works and to those of collective works or compilations. In considering the publisher's right of reproduction, the majority says that the line between the rights of individual authors and the rights of authors of collective

*sur le droit d'auteur* à un domaine qui inclut l'Internet et les bases de données en cause est particulièrement ardue, mais en s'en acquittant, ils doivent bien garder à l'esprit les bienfaits que le public tire de cet univers numérique. Comme le professeur Michael Geist l'a fait observer :

> [TRADUCTION] L'Internet et les nouvelles technologies ont fait déferler une vague sans précédent de nouveaux courants créatifs, donnant ainsi la possibilité à des millions de personnes de prendre part activement et utilement à la culture, plutôt que d'en être les simples consommateurs.
>
> (*Our Own Creative Land : Cultural Monopoly & The Trouble With Copyright* (2006), p. 9)

80 Ainsi que notre Cour l'a précisé dans *CCH*, la nature et source de tout droit d'auteur rattaché à une œuvre subsistent pour autant que l'œuvre demeure « originale ». Que l'œuvre en question soit une œuvre individuelle ou un recueil, la question de savoir si elle a été reproduite pour l'application de l'art. 3 tient avant tout au fait que l'« originalité » qui lui a valu d'être protégée par un droit d'auteur se retrouve ou non dans la prétendue reproduction.

81 Selon l'arrêt *CCH*, l'originalité requiert l'exercice « du talent et du jugement » d'un auteur : voir par. 16. Toute œuvre protégée par le droit d'auteur — qu'il s'agisse d'une œuvre individuelle ou d'un recueil — résulte de l'exercice du talent et du jugement. Ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer si une œuvre comme un journal, ou « une partie importante » de cette œuvre, a été reproduite, l'élément déterminant est la mesure dans laquelle une partie importante du talent et du jugement exercés par son créateur se retrouve, sur le plan qualitatif et non quantitatif, dans la prétendue reproduction : voir *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195 (C.A.), par. 22.

82 Le droit de reproduction joue autant en faveur des auteurs d'œuvres individuelles qu'en faveur des auteurs de recueils ou de compilations. En ce qui concerne le droit de reproduction de l'éditeur, les juges majoritaires sont d'avis que la ligne entre les droits des auteurs individuels et

works should be drawn on the basis of whose originality is being reproduced. This suggests that the databases in question reproduce only one group's originality. This, with respect, seems to me to contradict the essence of collective works and compilations, which inherently contain the "originality" of both the authors of individual works as well as of the creator of the collective work or compilation. Any reproduction of a collective work will necessarily involve the reproduction of *both* sets of originality.

83 Yet this does not bar the creator of a collective work, such as a newspaper, from reprinting the newspaper. On the contrary, creators of collective works, like authors of individual works, have the "sole right" under s. 3 to produce and reproduce their works, which in the case of the former will necessarily include the originality of contributing authors: see, for example, *Allen v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201 (Div. Ct.). This continuing right of use of the individual authors' originality creates no unfairness to those authors since, as McLachlin J. observed in *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (B.C.S.C.), at pp. 84-85, the ability to produce a collective work in the first place depends on the individual authors' authorization to use the materials that form the compilation.

84 In the context of a collective work, the question is whether the author of a collective work or compilation has reproduced the work, or a "substantial part" of the work, accepting that doing so will necessarily involve substantial reproduction of the "originality" of individual authors. Framing the issue, as the majority does, as "whether newspaper publishers are entitled . . . to republish in electronic databases freelance articles they have acquired for publication in their newspapers" (para. 1), presupposes the conclusion that the publishers have "republish[ed] . . . freelance articles", rather than the collective work — the newspaper

les droits des auteurs de recueils doit être tracée selon que l'originalité de l'œuvre reproduite est attribuable aux uns ou aux autres — ce qui donne à entendre que les bases de données en question ne reproduisent que l'originalité d'un seul groupe. J'estime, en toute déférence, que cela va à l'encontre de l'essence même des recueils et des compilations, qui comportent intrinsèquement à la fois l'« originalité » attribuable aux auteurs des œuvres individuelles et celle attribuable au créateur du recueil ou de la compilation. Toute reproduction d'un recueil implique forcément la reproduction de l'originalité propre à *chacun de ces deux* niveaux.

Il n'est pas pour autant interdit au créateur d'un recueil, tel un journal, de reproduire le journal. Au contraire, les créateurs de recueils, tout comme les créateurs d'œuvres individuelles, détiennent le « droit exclusif » prévu à l'art. 3 de produire ou reproduire leurs œuvres qui, dans le cas des premiers, engloberont nécessairement l'originalité attribuable aux auteurs qui y ont contribué : voir, par exemple, *Allen c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1997), 36 O.R. (3d) 201 (C. div.). Ce droit continu d'utiliser l'originalité attribuable aux auteurs individuels ne crée pas d'injustice à leur égard, puisque la capacité de produire un recueil dépend au départ du consentement des auteurs individuels à l'utilisation des documents qui forment la compilation, ainsi que le faisait observer la juge McLachlin dans *Slumber-Magic Adjustable Bed Co. c. Sleep-King Adjustable Bed Co.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 (C.S.C.-B.), p. 84-85.

Dans le contexte d'un recueil, il faut se demander si l'auteur du recueil ou de la compilation a reproduit cette œuvre, ou une « partie importante » de celle-ci, en reconnaissant que, ce faisant, il aura nécessairement reproduit une partie importante de l'« originalité » attribuable aux auteurs individuels. La question qui, selon les termes choisis par les juges majoritaires, consisterait à savoir « si [. . .] les éditeurs de journaux qui acquièrent des articles de pigistes en vue de les publier dans leurs journaux peuvent reproduire ces articles dans des bases de données électroniques » (par. 1), présuppose que les éditeurs ont « reprodui[t] [. . .] les articles

— over which they unquestionably have a right of reproduction.

de pigistes » plutôt que le recueil, soit le journal, à l'égard duquel ils détiennent incontestablement un droit de reproduction.

If the publishers were to convert every article from a given day's edition into electronic form by placing each article in its own electronic file, marking each electronic article with its page and date of appearance, and transferring all of those files onto a disk or attaching them all to an e-mail, the resulting bundle of electronic articles would clearly constitute an electronic reproduction of "any substantial part [of that day's newspaper] in any material form whatever". 85

Si les éditeurs convertissaient en version électronique chaque article d'une édition donnée en le plaçant dans son propre fichier électronique, en inscrivant sur chaque article électronique la page et la date de sa parution, et en transférant tous ces fichiers sur une disquette ou en les joignant à un courriel, le faisceau d'articles électroniques qui en résulterait constituerait manifestement une reproduction électronique d'une « partie importante [du journal de ce jour-là], sous une forme matérielle quelconque ».

If media neutrality is to have any meaning, it must permit the publishers to convert their daily print edition into electronic form. The means by which the publishers do so is to remove advertisements, photographs, and other aspects of the arrangement of the articles from the newspaper, then place each article in its own electronic file. Each story is dated and includes a section, page number, headline and by-line, and is identified as appearing in *The Globe and Mail.* 86

Si l'on veut que la neutralité du support ait un sens, elle doit permettre aux éditeurs de convertir la version imprimée de leur quotidien en version électronique. Il s'agit alors pour eux de supprimer les annonces publicitaires, les photographies et d'autres éléments de la disposition des articles dans le journal, puis de placer chaque article dans son propre fichier électronique. Chaque texte est daté, mentionne une section, un numéro de page, un titre et le nom de son auteur, et fait état de sa parution dans *The Globe and Mail.*

Ms. Robertson concedes that the electronic daily edition in existence in 1995 does not infringe the copyright held by individual freelance authors. In substance, there is no difference between the actual electronic daily edition and a bundle of electronic articles from a given day's paper (each in their own file). Because both contain every article selected by the editors for inclusion in the newspaper, and because the text of every article in the electronic edition is as it appears in the newspaper, the skill and judgment of the newspaper's editors exercised in selecting and editing the articles are fully contained in either form of electronic reproduction. 87

M^me^ Robertson reconnaît que l'édition électronique quotidienne qui existe depuis 1995 ne porte pas atteinte au droit d'auteur des pigistes individuels. Rien ne distingue essentiellement l'édition électronique quotidienne actuelle du faisceau d'articles électroniques tirés d'un numéro donné d'un quotidien (chacun dans son propre fichier). Parce que les deux reprennent chaque article sélectionné par les éditeurs pour inclusion dans le journal, et parce que le texte de chaque article dans la version électronique est identique à celui publié dans le journal, le talent et le jugement qu'exercent les éditeurs dans le choix et l'édition des articles se retrouvent entièrement dans chacune de ces deux formes de reproduction électronique.

Whether it is presented in an e-mail as an "electronic daily edition", or consists of a bundle of files on a disk, this electronic edition contains a substantial part of the skill and judgment exercised by the 88

Qu'elle soit présentée dans un courriel comme une « édition électronique quotidienne » ou qu'elle consiste en un faisceau de fichiers réunis sur une disquette, l'édition électronique renferme une partie

publishers in creating that day's newspaper. It is a reproduction of the print edition in electronic form. That is precisely what media neutrality protects. As discussed by Stevens J. in his compelling dissent in *Tasini*:

> No one doubts that the New York Times has the right to reprint its issues in Braille, in a foreign language, or in microform, even though such revisions might look and feel quite different from the original. Such differences, however, would largely result from the different medium being employed. Similarly, the decision to convert the single collective work newspaper into a collection of individual ASCII files can be explained as little more than a decision that reflects the different nature of the electronic medium. Just as the paper version of the New York Times is divided into "sections" and "pages" in order to facilitate the reader's navigation and manipulation of large batches of newsprint, so too the decision to subdivide the electronic version of that collective work into individual article files facilitates the reader's use of the electronic information. The barebones nature of ASCII text would make trying to wade through a single ASCII file containing the entire content of a single edition of the New York Times an exercise in frustration. [Footnote omitted; pp. 512-13.]

89 Given how unwieldy it would be to view an entire newspaper as a single stream of electronic text, the individual article provides the "logical unit" by which to divide the newspaper into manageable pieces: *Tasini*, *per* Stevens J., at p. 513, fn. 9. There is, consequently, nothing colourable about the publishers' decision to use individual articles as the more practical and more easily accessible unit of organization for an electronic version.

90 The analysis is unchanged if a number of these hypothetical electronic editions are collected together. This is simply the electronic analogy to stacking print editions of a newspaper on a shelf.

91 Having concluded that a collection of electronic articles from one day's edition of the newspaper

importante du talent et du jugement exercés par les éditeurs pour créer ce numéro du journal. Il s'agit d'une reproduction, en version électronique, de la version imprimée du journal. C'est précisément ce que protège la neutralité du support. Comme l'a dit le juge Stevens dans sa dissidence convaincante dans *Tasini* :

> [TRADUCTION] Personne ne met en doute le droit du New York Times de réimprimer ses éditions en braille, dans une langue étrangère ou en microformat, même si ces révisions leur donne un aspect très différent de celui de l'original. Pareilles différences, toutefois, seraient largement imputables au support différent auquel on a recours. De manière analogue, la décision de convertir le recueil que constitue le journal en une collection de fichiers ASCII individuels peut être présentée ni plus ni moins comme une décision qui reflète la nature différente du support électronique. Tout comme la version papier du New York Times se divise en « sections » et en « pages » pour que le lecteur puisse feuilleter et manipuler plus facilement de grands pans de papier journal, la décision de sous-diviser la version électronique de ce recueil en fichiers individuels ne contenant qu'un article facilite elle aussi l'utilisation de l'information électronique par le lecteur. La nature très élémentaire du code ASCII mettrait à rude épreuve la patience du lecteur qui essaierait de parcourir l'édition intégrale du New York Times placée dans un seul fichier ASCII. [Note de bas de page omise; p. 512-513.]

Comme il serait très malaisé de visualiser le contenu d'un journal sous forme de texte électronique continu, l'article individuel devient l'[TRADUCTION] « unité logique » par laquelle diviser le journal en parties plus faciles à consulter : *Tasini*, le juge Stevens, p. 513, note 9. Ainsi, la décision des éditeurs d'organiser le contenu d'une édition électronique en utilisant les articles individuels, parce qu'ils représentent les unités les plus pratiques et les plus faciles d'accès, n'a rien de spécieux.

Cette analyse vaut même si plusieurs de ces éditions électroniques hypothétiques sont regroupées. Il s'agit simplement de l'équivalent électronique d'éditions papier d'un journal empilées sur une tablette.

Ayant conclu qu'un regroupement d'articles électroniques tirés d'un numéro donné d'un quotidien

constitutes a reproduction of that day's newspaper, I have difficulty seeing how the integration of the electronic reproduction into a database containing similarly organized versions of other periodicals causes the electronic version to lose its character as a reproduction of a newspaper and, correspondently, to lose its protection under s. 3.

The ultimate question to be asked is whether the database contains a reproduction of a substantial part of the skill and judgment exercised by the publishers in creating the newspaper. If an "electronic edition" reproduces the publishers' skill and judgment and is, on that basis, a reproduction of the publishers' newspaper, there is no reason why the nature of the database in which the electronic editions are housed should change the designation and character of those editions. This too was addressed by Stevens J. in *Tasini*:

> A microfilm of the New York Times for October 31, 2000, does not cease to be a revision of that individual collective work simply because it is stored on the same roll of film as other editions of the Times or on a library shelf containing hundreds of other microfilm periodicals. Nor does § 201(c) compel the counterintuitive conclusion that the microfilm version of the Times would cease to be a revision simply because its publishers might choose to sell it on rolls of film that contained a year's editions of both the New York Times *and* the Herald-Tribune. Similarly, the placement of our hypothetical electronic revision of the October 31, 2000, New York Times within a larger electronic database does nothing to alter either the nature of our original electronic revision or the relationship between that revision and the individual articles that exist as "part of" it. [Emphasis in original; pp. 517-18.]

The database is, as Blair J.A. described it, better seen as an electronic archive, "just as a traditional library consists of a collection of books, newspapers, journals, periodicals and a plethora of printed materials" (para. 149). As he rightly observed, "[n]o one suggests . . . that a library must be a newspaper before the copyright of a newspaper publisher in the newspapers found in the library is protected" (para. 149). The loss of

constitue une reproduction de ce même quotidien, je m'explique mal comment l'intégration de cette reproduction électronique dans une base de données contenant des versions d'autres périodiques organisées de façon semblable fait perdre à la version électronique son statut de reproduction d'un journal et, du même coup, la protection que lui confère l'art. 3.

92 En définitive, la question est de savoir si la base de données contient une reproduction d'une partie importante du talent et du jugement qu'ont exercés les éditeurs en créant le journal. Si une « édition électronique » reproduit le talent et le jugement des éditeurs et constitue, de ce fait, une reproduction du journal des éditeurs, il n'y a aucune raison pour laquelle la nature de la base de données hébergeant les éditions électroniques devrait modifier la désignation et la nature de ces éditions. Cette question a elle aussi été abordée par le juge Stevens dans *Tasini* :

> [TRADUCTION] Un microfilm du New York Times du 31 octobre 2000 ne cesse pas d'être une version révisée de ce recueil du seul fait qu'il est archivé sur la même pellicule de film que d'autres éditions du Times ou sur un rayon de bibliothèque contenant des centaines d'autres périodiques sur microfilm. L'alinéa 201c) n'impose pas non plus la conclusion contre-intuitive selon laquelle l'édition du Times sur microfilm cesserait d'en être une version révisée simplement parce que ses éditeurs ont pu choisir de la vendre sur des pellicules de film réunissant les éditions, sur un an, du New York Times *et* du Herald-Tribune. De même, le versement de notre version électronique révisée hypothétique du New York Times du 31 octobre 2000 dans une base de données électronique plus large ne change en rien la nature de notre première version électronique révisée ni le lien entre cette version révisée et les articles individuels qui en font « partie ». [Souligné dans l'original; p. 517-518.]

93 Ainsi que le juge Blair l'a décrit, il est plus juste de considérer la base de données comme des archives électroniques, [TRADUCTION] « au même titre qu'une bibliothèque traditionnelle consiste en une collection de livres, de journaux, de périodiques et d'une pléthore de publications imprimées » (par. 149). Comme il le fait observer à juste titre, [TRADUCTION] « [p]ersonne ne prétend [. . .] qu'une bibliothèque doive être un journal pour que le droit

"context" emphasized by the majority underlines the form, not the substance, of the databases, and, in my respectful view, is, as a result, inconsistent with the media neutral approach mandated by s. 3 of the *Copyright Act*.

94 This conclusion is reinforced by international copyright treaties to which Canada is a party, and which elaborate on the principle of media neutrality. In interpreting the *Copyright Act*'s application to new technologies, it is instructive to examine these treaties, including the *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (1886) and the *WIPO Copyright Treaty* (1996), CRNR/DC/94: see *Théberge*, at para. 71, and *SOCAN*, at para. 97.

95 Article 9 of the *Berne Convention* guarantees authors a right of reproduction of works "in any manner or form", which the WIPO *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms* (2003), at p. 55, develops as follows:

> BC-9.6. The text of the Berne Convention does not contain any complete and explicit definition of "reproduction". Certain elements of the concept of reproduction may, however, be identified in it. A good example is the clarification offered in Article 9(3) [sound or visual recordings deemed to be reproductions] . . . which makes it obvious that it is not a condition that, on the basis of the reproduction, the copy of the work be directly perceivable; it is sufficient if the reproduced work may be made perceivable through appropriate equipment.

(See also *Apple Computer* (F.C.T.D.), at p. 194.)

96 Applying the WIPO Guide language to the newspaper context, "the work" is the publisher's exercise of skill and judgment in selecting and editing the articles included in the newspaper. The entirety of the publishers' newspapers, minus certain arrangement features, remains "perceivable", as opposed to visually replicated, in the database

d'auteur de l'éditeur d'un journal à l'égard des journaux de la bibliothèque soit protégé » (par. 149). La perte du « contexte » sur laquelle insiste la majorité met l'accent sur la forme et non sur le contenu des bases de données et, à mon humble avis, est de ce fait incompatible avec le principe de la neutralité du support dont l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* commande l'application.

Cette conclusion est renforcée par les traités internationaux en matière de droit d'auteur auxquels le Canada est partie et qui précisent le principe de la neutralité du support. Lorsqu'il s'agit d'interpréter l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* aux nouvelles technologies, l'examen de ces traités, dont la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1886) et le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (1996), CRNR/DC/94, est éclairant : voir *Théberge*, par. 71, et *SOCAN*, par. 97.

L'article 9 de la *Convention de Berne* garantit aux auteurs le droit de reproduire leurs œuvres « de quelque manière et sous quelque forme que ce soit ». Le *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms* (2003) donne à cet égard les précisions suivantes (p. 55) :

> [TRADUCTION] BC-9.6. Le libellé de la Convention de Berne ne contient aucune définition complète et explicite du terme « reproduction ». Certains éléments peuvent cependant en être dégagés. On en trouve un bon exemple dans la clarification apportée à l'article 9.3) [enregistrement sonore ou visuel considéré comme une reproduction] [. . .] qui démontre à l'évidence qu'il n'est pas essentiel que, par suite de la reproduction, l'œuvre soit directement perceptible; il suffit que l'œuvre reproduite puisse être rendue perceptible à l'aide du matériel approprié.

(Voir aussi *Apple Computer* (C.F. 1re inst.), p. 194.)

Si l'on applique le texte du guide de l'OMPI au contexte des journaux, l'« œuvre » réside dans l'exercice du talent et du jugement de l'éditeur dans le choix et l'édition des articles inclus dans le journal. Sous réserve de certaines caractéristiques relatives à la disposition, le contenu intégral des journaux des éditeurs demeure « perceptible », plutôt

because every article selected and edited by the publishers is contained in the database and marked as such.

que visuellement reproduit, dans la base de données, parce que chaque article sélectionné et édité par les éditeurs est compris dans la base de données et identifié comme tel.

That there is no loss of copyright by virtue of reproduction in digital storage form, such as databases, is further confirmed by an Agreed Statement concerning Article 1(4) of the WIPO Treaty which is set out in a footnote to that article:

97 La Déclaration commune concernant l'article 1.4) du Traité de l'OMPI, énoncée dans une note de fin de document rattachée à cet article, vient renforcer davantage la thèse selon laquelle la reproduction sous forme de stockage numérique, comme dans le cas des bases de données, n'entraîne pas la perte du droit d'auteur :

The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.

Le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne.

Just as individual authors do not lose copyright in their articles by virtue of their inclusion in an electronic database, newspaper publishers do not lose their right to reproduce their newspaper, including the articles that comprise it, by doing the same.

À l'instar des auteurs individuels qui ne perdent pas leur droit d'auteur sur leurs articles en les versant dans une base de données électronique, les éditeurs de journaux qui en font autant ne perdent pas leur droit de reproduire leur journal, y compris les articles qui en font partie.

The fact that the actual newspaper page is not fully or identically reproduced in the database, and the articles are therefore presented in a different form from a *paper* newspaper, is irrelevant. It is not the physical manifestation of the work that governs, it is whether the product perceivably reproduces the exercise of skill and judgment by the publishers that went into the creation of the work.

98 Il importe peu que la page de journal comme telle ne soit pas reproduite de manière intégrale ou identique dans la base de données, et que les articles soient en conséquence présentés sous une autre forme que dans la version *papier*. Le critère n'est pas celui de la manifestation physique de l'œuvre, mais bien celui de savoir si le produit reproduit, de manière perceptible, l'exercice du talent et du jugement consacrés par les éditeurs à la création de l'œuvre.

The argument that, in order to remain within their right of reproduction, the publishers must enter the entirety of each newspaper into the database as an unwieldy stream of continuous text, rather than permitting each article to be viewed separately, finds no conceptual home in the *Copyright Act*. So long as a "substantial part" of the work is ultimately reproduced, the publisher's entitlement under our media neutral *Copyright Act* is to be able

99 L'argument voulant que, pour conserver leur droit de reproduction, les éditeurs doivent verser le contenu intégral de chaque journal dans la base de données, dans un flot volumineux de texte continu, plutôt que de permettre la consultation indépendante de chaque article, ne repose sur aucun fondement conceptuel dans la *Loi sur le droit d'auteur*. Pourvu qu'une « partie importante » de l'œuvre soit en fin de compte reproduite, la *Loi sur le droit*

to adjust the form of its work to suit the exigencies of new media technologies.

100 The exercise of skill and judgment producing the work — the newspaper — namely, the selection, editing and arrangement of articles, is what gives rise to the publishers' copyright in the work. The databases reproduce fully both the publishers' selection and editing of the articles appearing in the newspaper, as well as some of the arrangement. This being the case, the databases reproduce the newspaper. In my view, any difference between the print and database versions of the newspaper is attributable to the digital "form" alone, and thus does not detract from the publisher's right to reproduce its newspaper in the online databases.

101 I would therefore dismiss the appeal, allow the cross-appeal, and dismiss the class action.

*Appeal dismissed and cross-appeal allowed in part,* McLACHLIN C.J. *and* BINNIE, ABELLA *and* CHARRON JJ. *dissenting in part on the cross-appeal.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: McGowan & Company, Toronto.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the interveners: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*d'auteur*, qui consacre le principe de la neutralité du support, permet à l'éditeur d'adapter la forme de son œuvre aux exigences des nouvelles technologies médiatiques.

C'est sur l'exercice du talent et du jugement en vue de la production de l'œuvre — le journal —, à savoir le choix, l'édition et la disposition des articles, que repose le droit d'auteur que détiennent les éditeurs dans l'œuvre. Les bases de données reproduisent en entier le choix et l'édition, par l'éditeur, des articles apparaissant dans le journal, ainsi que, dans une certaine mesure, leur disposition. Cela étant, les bases de données reproduisent le journal. À mon avis, toute différence entre la version papier du journal et sa version figurant dans les bases de données n'est attribuable qu'à la « forme » numérique et, par conséquent, ne diminue en rien le droit de l'éditeur de reproduire son journal dans les bases de données électroniques.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi principal, d'accueillir le pourvoi incident et de rejeter le recours collectif.

*Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli en partie, la juge en chef* McLACHLIN *et les juges* BINNIE, ABELLA *et* CHARRON *sont dissidents en partie quant au pourvoi incident.*

*Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : McGowan & Company, Toronto.*

*Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident : Torys, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes : McCarthy Tétrault, Toronto.*

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada


**Part 3, 2006 Vol. 2**

**3e cahier, 2006 Vol. 2**

**Cited as [2006] 2 S.C.R. 399-589**

**Renvoi [2006] 2 R.C.S. 399-589**

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

## CONTENTS

**AstraZeneca Canada Inc. *v.* Canada (Minister of Health)** ..... **560**

Intellectual property — Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Generic manufacturer applying in 1993 for notice of compliance to manufacture and sell copy-cat version of drug containing omeprazole — Original drug sold in Canada from 1989 to 1996 — Innovator drug company continuing to list new patents associated with drug even though it had withdrawn drug from market and had marketed no related products — Generic manufacturer's notice of compliance establishing bioequivalence with 1989 version of drug — Whether generic manufacturer was required to address new listed patents — Whether s. 5(1) of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations refers to actual comparator drug copied by generic manufacturer or to drug in any of its formulations — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 55.2(4) — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4(1), (5), 5(1).

**Imperial Oil Ltd. *v.* Canada; Inco Ltd. *v.* Canada** ... **447**

Taxation — Income tax — Computation of business income — Capital losses — Discount on certain obligations — Foreign exchange losses — Debentures issued by taxpayer companies in U.S. dollars — Appreciation of U.S. dollar against Canadian dollar resulted in foreign exchange losses on redemption of debt obligations — Whether s. 20(1)(f) of Income Tax Act permits deductions from income of foreign exchange losses incurred on redemption of debt obligations — Whether s. 20(1)(f) limited to deduction of original issue discounts — Whether foreign exchange losses constitute capital losses pursuant to s. 39(2) of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 20(1)(f), 39(2).

**Pharmascience Inc. *v.* Binet** ..... **513**

Law of professions — Ethics — Syndic's powers of investigation — Injunction — Syndic of Ordre des pharmaciens requiring manufacturer of generic drugs to provide him with any documents indicating that rebates, discounts or other benefits had been granted to pharmacists — Whether power of inquiry provided for in s. 122 of Professional Code authorizes syndic of professional order to request information from persons who are not members of that order — Whether, where third party refuses to provide requested information, syndic may seek injunction pursuant to Code of Civil Procedure — Professional Code, R.S.Q., c. C-26, ss. 2, 122, 191 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 751.

**R. *v.* Krieger** ..... **501**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by jury — Accused charged with unlawfully producing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

**AstraZeneca Canada Inc. *c.* Canada (Ministre de la Santé)** ..... **560**

Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments brevetés — Avis de conformité — Demande d'avis de conformité en 1993 par un fabricant de produits génériques en vue de la fabrication et de la vente d'une copie d'une drogue contenant de l'oméprazole — Vente de la drogue originale au Canada de 1989 à 1996 — Société pharmaceutique innovatrice continuant à inscrire de nouveaux brevets relativement à la drogue même si elle l'avait retirée du marché et n'avait commercialisé aucun produit connexe — Bioéquivalence avec la version de 1989 de la drogue établie par l'avis de conformité du fabricant de produits génériques — Le fabricant de produits génériques doit-il traiter des nouveaux brevets inscrits au registre? — Le paragraphe 5(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) renvoie-t-il à la véritable drogue de comparaison copiée par le fabricant de produits génériques ou à la drogue dans toutes ses formulations? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 55.2(4) — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(1), (5), 5(1).

**Cie pétrolière Impériale ltée *c.* Canada; Inco ltée *c.* Canada** ..... **447**

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu d'entreprise — Pertes en capital — Rabais sur émission de certains titres — Pertes sur change — Sociétés contribuables émettant des débentures libellées en dollars américains — Augmentation de la valeur du dollar américain par rapport au dollar canadien à l'origine de pertes sur change lors du rachat de titres de créance — L'article 20(1)f) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet-il de déduire du revenu les pertes sur change subies lors du rachat de titres de créance? — L'article 20(1)f) n'autorise-t-il que la déduction de l'escompte initial d'émission? — Les pertes sur change constituent-elles des pertes en capital selon l'art. 39(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)f), 39(2).

**Pharmascience inc. *c.* Binet** ..... **513**

Droit des professions — Déontologie — Pouvoirs d'enquête du syndic — Injonction — Syndic de l'Ordre des pharmaciens exigeant d'un fabricant de médicaments génériques de lui fournir tout document indiquant que des rabais, ristournes ou autres avantages ont été accordés à des pharmaciens — Le pouvoir d'enquête prévu à l'art. 122 du Code des professions permet-il au syndic d'un ordre professionnel de demander des renseignements à des personnes qui ne sont pas membres de l'ordre? — Le refus d'un tiers de fournir les renseignements demandés permet-il au syndic de réclamer une injonction en vertu du Code de procédure civile? — Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 2,

*Suite à la page suivante*

cannabis — Trial judge directing jurors to convict and indicating that they were bound to abide by that direction — Whether accused deprived of his constitutional right to trial by jury — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Curative provision — Accused charged with unlawfully producing cannabis — Jury convicting accused following trial judge's direction they had to convict — Whether trial judge deprived accused of his right to trial by jury — If so, whether curative provision of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

**R. *v.* Shoker** ..... **399**

Criminal law — Sentencing — Probation — Accused convicted of entering a dwelling house with intent to commit sexual assault and sentenced to incarceration followed by two years of probation subject to conditions — Probation order requires accused to abstain from consumption and possession of alcohol and non-prescription narcotics and to provide bodily substances on demand by probation officer or peace officer to monitor compliance with abstention condition — Whether sentencing judge had jurisdiction under Criminal Code to authorize search and seizure of bodily substances as part of probation order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 732.1(3)(c), 732.1(3)(h).

**Walker *v.* Ritchie** ..... **428**

Civil procedure — Costs — Risk premiums — Plaintiffs' counsel carrying lengthy personal injury litigation without remuneration because plaintiffs lacked financial resources to pay — Defendants not admitting liability — Whether plaintiffs' costs award payable by unsuccessful defendants may be increased to take into account risk of non-payment to plaintiffs' counsel — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 49, 57.01(1).



122, 191 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 751.

**R. *c.* Krieger** ..... **501**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé de production illégale de cannabis — Juge du procès donnant aux jurés la directive de prononcer une déclaration de culpabilité et leur indiquant qu'ils sont tenus de suivre cette directive — L'accusé a-t-il été privé de son droit constitutionnel à un procès avec jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).

Droit criminel — Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Disposition réparatrice — Accusé inculpé de production illégale de cannabis — Accusé déclaré coupable par le jury à la suite d'une directive du juge du procès enjoignant à celui-ci de prononcer une déclaration de culpabilité — Le juge du procès a-t-il privé l'accusé de son droit à un procès avec jury?— Dans l'affirmative, la disposition réparatrice du Code criminel s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

**R. *c.* Shoker** ..... **399**

Droit criminel — Détermination de la peine — Probation — Accusé déclaré coupable d'introduction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre une agression sexuelle et condamné à une peine d'emprisonnement suivie d'une période de probation de deux ans assortie de certaines conditions — Ordonnance de probation intimant à l'accusé de s'abstenir de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et de fournir, à la demande d'un agent de probation ou d'un agent de la paix, des échantillons de substances corporelles permettant de vérifier si la condition interdisant la consommation et la possession de ces substances est respectée — Le Code criminel habilite-t-il un juge chargé de la détermination de la peine à autoriser le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'une ordonnance de probation? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 732.1(3)c), 732.1(3)h).

**Walker *c.* Ritchie** ..... **428**

Procédure civile — Dépens — Primes de risque — Avocat ayant représenté les demandeurs dans une longue action en dommages-intérêts pour préjudice corporel sans être rémunéré en raison de l'impécuniosité de ses clients — Dénégation de responsabilité par les défendeurs — Les dépens payables aux demandeurs par les défendeurs ayant succombé peuvent-ils être majorés pour tenir compte du risque de non-paiement couru par l'avocat des demandeurs? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 49, 57.01(1).

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**Harjit Singh Shoker** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

**INDEXED AS: R. *v.* SHOKER**

**Neutral citation: 2006 SCC 44.**

File No.: 30779.

2006: February 14; 2006: October 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Sentencing — Probation — Accused convicted of entering a dwelling house with intent to commit sexual assault and sentenced to incarceration followed by two years of probation subject to conditions — Probation order requires accused to abstain from consumption and possession of alcohol and non-prescription narcotics and to provide bodily substances on demand by probation officer or peace officer to monitor compliance with abstention condition — Whether sentencing judge had jurisdiction under Criminal Code to authorize search and seizure of bodily substances as part of probation order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 732.1(3)(c), 732.1(3)(h).*

The accused was convicted of breaking and entering a dwelling house with intent to commit sexual assault. A psychological pre-sentencing report revealed that accused blamed his drug use for his behaviour and recommended requiring the accused to submit to random urinalysis to manage his risk in the community. The accused was sentenced to imprisonment followed by probation. The probation order required that he abstain

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**Harjit Singh Shoker** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada et Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. *c.* SHOKER**

**Référence neutre : 2006 CSC 44.**

N° du greffe : 30779.

2006 : 14 février; 2006 : 13 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Détermination de la peine — Probation — Accusé déclaré coupable d'introduction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre une agression sexuelle et condamné à une peine d'emprisonnement suivie d'une période de probation de deux ans assortie de certaines conditions — Ordonnance de probation intimant à l'accusé de s'abstenir de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et de fournir, à la demande d'un agent de probation ou d'un agent de la paix, des échantillons de substances corporelles permettant de vérifier si la condition interdisant la consommation et la possession de ces substances est respectée — Le Code criminel habilite-t-il un juge chargé de la détermination de la peine à autoriser le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'une ordonnance de probation? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 732.1(3)c), 732.1(3)h).*

L'accusé est déclaré coupable d'introduction par effraction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre une agression sexuelle. Un rapport psychologique prédécisionnel révèle que l'accusé attribue son comportement à sa consommation de drogue, et recommande de l'obliger à se soumettre à des analyses d'urine au hasard afin de gérer le risque qu'il présente pour la société. L'accusé est condamné à une

absolutely from the consumption and possession of alcohol and non-prescription narcotics and, to determine compliance with the abstention condition, that he submit to urinalysis, blood tests or breathalyzer tests upon the demand of a peace officer or probation officer. The order also stated that any positive reading would be a breach of the abstention condition. A majority of the Court of Appeal held that ss. 732.1(3)(*c*) and 732.1(3)(*h*) of the *Criminal Code* grant a sentencing judge statutory authority to include a monitoring condition in a probation order but that compelling the accused to provide bodily samples, in the absence of a governing regulatory or statutory framework, is contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal also held that the sentencing judge had no jurisdiction to predetermine that a positive reading was a breach of probation.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella and Charron JJ.: The majority of the Court of Appeal was correct to delete that part of the probation order compelling the accused to provide bodily samples and stating that any positive reading will be a breach of probation. Although a condition requiring abstention from consumption and possession of alcohol and non-prescription narcotics is authorized under the *Criminal Code*, and was reasonable in the accused's circumstances, the sentencing judge had no authority under ss. 732.1(3)(*c*) and 732.1(3)(*h*) of the *Code* to authorize a search and seizure of bodily substances as part of a probation order. Nor did he have jurisdiction to predetermine that any positive reading would constitute a breach of probation. [3] [17] [26]

Section 732.1(3)(*c*), which allows an abstention condition, defines a criminal offence, but enforcement powers are not implicit from the simple creation of an offence. While the power to demand bodily samples and the resulting analyses would undoubtedly assist in the enforcement of a s. 732.1(3)(*c*) abstention condition, it cannot be implied on that basis. Under s. 732.1(3)(*h*), a court is given a broad power to craft other reasonable conditions for the purpose of protecting society and for facilitating the accused's reintegration into the

peine d'emprisonnement suivie d'une période de probation. L'ordonnance de probation lui intime de s'abstenir totalement de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et de se soumettre, à la demande d'un agent de la paix ou d'un agent de probation, à des analyses de sang, d'urine et d'haleine permettant de vérifier si la condition interdisant la consommation et la possession de ces substances est respectée. L'ordonnance précise également que tout résultat d'analyse positif constituera une violation de cette condition. Les juges majoritaires de la Cour d'appel concluent que les al. 732.1(3)*c*) et *h*) du *Code criminel* habilitent le juge chargé de la détermination de la peine à inclure une condition en matière de surveillance dans une ordonnance de probation, mais que, en l'absence de cadre réglementaire ou législatif, obliger l'accusé à fournir des échantillons de substances corporelles va à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel statue également que le juge chargé de la détermination de la peine n'avait pas compétence pour décider d'avance qu'un résultat d'analyse positif constituerait une violation de l'ordonnance de probation.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella et Charron : Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de supprimer la partie de l'ordonnance de probation obligeant l'accusé à fournir des échantillons de substances corporelles et précisant que tout résultat d'analyse positif constituera une violation de l'ordonnance de probation. Bien qu'une condition intimant de s'abstenir de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance soit autorisée par le *Code criminel* et qu'elle fût raisonnable compte tenu de la situation de l'accusé, les al. 732.1(3)*c*) et *h*) du *Code* n'habilitaient pas le juge chargé de la détermination de la peine à autoriser le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'une ordonnance de probation. Ce juge n'avait pas non plus compétence pour décider d'avance que tout résultat d'analyse positif constituerait une violation de l'ordonnance de probation. [3] [17] [26]

L'alinéa 732.1(3)*c*), qui permet d'imposer une condition interdisant la consommation de certaines substances, définit une infraction criminelle, mais les pouvoirs d'exécution ne découlent pas de la simple création d'une infraction. Même s'il ne fait aucun doute que le pouvoir de demander des échantillons de substances corporelles et les analyses qui en découleraient aideraient à exécuter une condition interdisant la consommation de certaines substances, imposée en vertu de l'al. 732.1(3)*c*), cela n'est pas suffisant pour conclure que ce pouvoir

community. However, s. 732.1(3)(*h*) is not unlimited and must be read in context. The conditions set out in s. 732.1(3) can assist in delineating the scope of this residual provision. These listed conditions relate to conduct, or abstention from conduct, the fulfilment of which has no incriminating consequence for the probationer. When a condition may pose a risk, such as participating in a treatment program, the consent of the probationer is required. Conditions compelling bodily samples to facilitate the gathering of evidence for enforcement purposes do not simply monitor the probationer's behaviour and, as such, are of a different kind and, because of their potential effect, absent the probationer's consent to such conditions, raise constitutional concerns. The seizure of bodily samples must be subject to stringent standards and safeguards to meet constitutional requirements. Where Parliament authorizes the collection of bodily samples, it uses clear language and sets out standards and safeguards for collecting these samples. Parliament has not provided a scheme under s. 732.1(3) for collecting bodily samples and such a scheme cannot be judicially enacted. [20-25]

*Per* Bastarache and LeBel JJ.: Under well-established rules of statutory interpretation, s. 732.1(3)(*h*) of the *Criminal Code* grants authority to include monitoring procedures in probation orders, including the condition imposed on the accused that he provide bodily samples. Section 732.1(3)(*h*) must be read in the context of probation and sentencing. A probation order addresses the imperatives of the protection of society and the rehabilitation of the accused. Sentencing judges are required to devise terms that are reasonable in the sense that they complement these objectives and the terms set out in s. 732.1(3). The residual clause allows judges to frame conditions to fit the distinct situation of each accused. So long as a reasonable condition can be connected with the categories of terms contemplated by the *Code*, it is grounded in an implied, but solid, statutory authority. Although the *Code* provides for conditions concerning alcohol and drug use, it is silent about monitoring these conditions. This Court has acknowledged implied statutory powers when the need for them flows from the substantive provisions of a law, and the need for a monitoring mechanism may arise from the

existe implicitement. L'alinéa 732.1(3)*h*) confère au tribunal un vaste pouvoir de concevoir d'autres conditions raisonnables destinées à protéger la société et à faciliter la réinsertion sociale de l'accusé. Cependant, l'al. 732.1(3)*h*) n'a pas une portée illimitée et doit être interprété dans son contexte. Les conditions énumérées au par. 732.1(3) peuvent aider à circonscrire la portée de cette disposition résiduelle. Le respect de ces conditions, qui ont trait à un comportement ou à une abstention d'adopter un comportement, n'a aucune conséquence incriminante pour le probationnaire. Une condition susceptible de présenter un risque, comme celle intimant de participer à un programme de traitement, ne peut être imposée qu'avec le consentement du probationnaire. Du fait qu'elles ne permettent pas simplement de surveiller le comportement du probationnaire, les conditions obligeant à fournir des échantillons de substances corporelles dans le but de faciliter l'obtention d'éléments de preuve aux fins d'exécution sont différentes et soulèvent, à cause de leur effet potentiel, des questions d'ordre constitutionnel dans le cas où le probationnaire n'y a pas consenti. Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles doit être assujetti à des normes et à des garanties rigoureuses qui permettent de satisfaire aux exigences de la Constitution. Dans les cas où le législateur autorise le prélèvement d'échantillons de substances corporelles, il le dit clairement et il établit des normes et des garanties applicables au prélèvement de ces échantillons. Le législateur n'a prescrit aucun régime de prélèvement d'échantillons de substances corporelles au par. 732.1(3) et il n'appartient pas à un tribunal d'édicter un tel régime. [20-25]

*Les* juges Bastarache et LeBel : Des règles d'interprétation législative bien établies veulent que l'al. 732.1(3)*h*) du *Code criminel* permette d'inclure des modes de surveillance dans une ordonnance de probation, y compris la condition obligeant l'accusé à fournir des échantillons de substances corporelles. L'alinéa 732.1(3)*h*) doit être interprété dans le contexte de la probation et de la détermination de la peine. Une ordonnance de probation donne suite aux impératifs de protection de la société et de réhabilitation de l'accusé. Le juge chargé de la détermination de la peine doit concevoir des conditions raisonnables en ce sens qu'elles doivent compléter ces objectifs et les conditions énoncées au par. 732.1(3). La clause résiduelle permet aux juges de formuler des conditions adaptées à la situation particulière de chaque accusé. Dans la mesure où une condition raisonnable peut être reliée aux catégories prévues par le *Code*, elle doit être considérée comme étant implicitement, mais indéniablement, autorisée par la loi. Bien qu'il prescrive des conditions relatives à la consommation d'alcool et de drogues, le *Code* est muet en ce qui concerne la surveillance de l'exécution de ces conditions. Notre

nature of the obligations imposed on an accused in a probation order. To hold otherwise would cast doubt on a number of useful monitoring methods used to ensure that the goals of probation are met. However, any condition of a probation order requiring monitoring of an accused is open to review under s. 8 of the *Charter*. In this case, the monitoring condition does not meet the requirements of s. 8. Compelling blood tests absent a statutory framework governing such tests is not consistent with the *Charter* and random drug testing at a probation officer's discretion could become highly arbitrary. [30-37] [42-43]

The part of the order stating that a positive test will be a breach of probation is contrary to criminal law principles that require guilt to be proved in the usual manner. [41]

### Cases Cited

By Charron J.

**Referred to:** *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Kootenay* (2000), 150 C.C.C. (3d) 311; *R. v. Traverse* (2006), 205 C.C.C. (3d) 33; *R. v. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287; *R. v. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551; *R. v. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398; *R. v. McLeod* (1993), 81 C.C.C. (3d) 83; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By LeBel J.

**Referred to:** *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Carlson* (1996), 141 Sask. R. 168; *R. v. Curtis* (1996), 144 Sask. R. 156; *R. v. McLeod* (1992), 109 Sask. R. 8; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 8.
*Correctional Institution Regulation*, Alta. Reg. 205/2001, ss. 48.1, 48.2.
*Correctional Institutions Regulation*, Man. Reg. 227/92, ss. 28, 29, 29.1, 31(1).

Cour a reconnu l'existence de pouvoirs légaux implicites dans les cas où leur nécessité découle des dispositions substantielles d'une loi, et la nécessité d'un mécanisme de surveillance peut découler de la nature des obligations que l'ordonnance de probation impose à l'accusé. Conclure autrement jetterait le doute sur un certain nombre de modes de surveillance utiles pour assurer la réalisation des objectifs de la probation. Toutefois, toute condition d'une ordonnance de probation prescrivant la surveillance d'un accusé peut faire l'objet d'une révision fondée sur l'art. 8 de la *Charte*. En l'espèce, la condition en matière de surveillance ne respecte pas les exigences de l'art. 8. Obliger à se soumettre à des analyses sanguines en l'absence de cadre législatif régissant le prélèvement des échantillons de sang n'est pas conforme à la *Charte*, et les tests de dépistage de drogue faits au hasard, à la discrétion de l'agent de probation, risqueraient de devenir très arbitraires. [30-37] [42-43]

La partie de l'ordonnance prévoyant qu'un test positif constituera une violation de l'ordonnance de probation contrevient aux principes du droit criminel qui exigent que la culpabilité soit établie de la manière habituelle. [41]

### Jurisprudence

Citée par la juge Charron

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Kootenay* (2000), 150 C.C.C. (3d) 311; *R. c. Traverse* (2006), 205 C.C.C. (3d) 33; *R. c. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287; *R. c. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401; *R. c. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551; *R. c. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398; *R. c. McLeod* (1993), 81 C.C.C. (3d) 83; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Carlson* (1996), 141 Sask. R. 168; *R. c. Curtis* (1996), 144 Sask. R. 156; *R. c. McLeod* (1992), 109 Sask. R. 8; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 8.
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253 à 261, 487.04 à 487.091, 718 à 718.2, 731, 732.1(2), (3), 733.1, 742.3(2)*f*).

*Correctional Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-26.1, s. 17(g).
*Correctional Services Act*, S.M. 1998, c. 47, C.C.S.M. c. C230, s. 16.
*Correctional Services Act*, S.S. 1993, c. C-39.1, s. 56(1).
*Correctional Services Administration, Discipline and Security Regulations, 2003*, R.R.S., c. C-39.1, Reg. 3, s. 40(1).
*Correctional Services Regulation*, Man. Reg. 128/99, ss. 41 to 45.
*Corrections Accountability Act, 2000*, S.O. 2000, c. 40, s. 57.9(1) to (3).
*Corrections Act*, R.S.A. 2000, c. C-29, ss. 14.1, 14.2.
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 54 to 57.
*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 60 to 72.
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253 to 261, 487.04 to 487.091, 718 to 718.2, 731, 732.1(2), (3), 733.1, 742.3(2)(*f*).
P.E.I. Reg. EC616/92, ss. 10, 11.

**Authors Cited**

Beaulac, Stéphane, and Pierre-André Côté. "Driedger's 'Modern Principle' at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization" (2006), 40 *R.J.T.* 131.
Ferris, Thomas Wayne. *Sentencing: Practical Approaches*. Markham, Ont.: Butterworths, 2005.
Manson, Allan, Patrick Healy and Gary Trotter. *Sentencing and Penal Policy in Canada: Cases, Materials, and Commentary*. Toronto: Emond Montgomery, 2000.
Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2004.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Hall and Levine JJ.A.) (2004), 206 B.C.A.C. 266, 338 W.A.C. 266, 192 C.C.C. (3d) 176, 26 C.R. (6th) 97, 126 C.R.R. (2d) 149, [2004] B.C.J. No. 2626 (QL), 2004 BCCA 643, deleting part of a probation order. Appeal dismissed.

*Wendy L. Rubin* and *Susan J. Brown*, for the appellant.

*Garth Barriere* and *Dana Kripp*, for the respondent.

*Correctional Institution Regulation*, Alta. Reg. 205/2001, art. 48.1, 48.2.
*Correctional Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-26.1, art. 17g).
*Correctional Services Act*, S.S. 1993, ch. C-39.1, art. 56(1).
*Correctional Services Administration, Discipline and Security Regulations, 2003*, R.R.S., ch. C-39.1, Reg. 3, art. 40(1).
*Corrections Act*, R.S.A. 2000, ch. C-29, art. 14.1, 14.2.
*Loi de 2000 sur la responsabilisation en matière de services correctionnels*, L.O. 2000, ch. 40, art. 57.9(1) à (3).
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 54 à 57.
*Loi sur les services correctionnels*, L.M. 1998, ch. 47, C.P.L.M. ch. C230, art. 16.
P.E.I. Reg. EC616/92, ss. 10, 11.
*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 60 à 72.
*Règlement sur les établissements de correction*, Règl. du Man. 227/92, art. 28, 29, 29.1, 31(1).
*Règlement sur les services correctionnels*, Règl. du Man. 128/99, art. 41 à 45.

**Doctrine citée**

Beaulac, Stéphane, and Pierre-André Côté. « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization » (2006), 40 *R.J.T.* 131.
Ferris, Thomas Wayne. *Sentencing : Practical Approaches*. Markham, Ont. : Butterworths, 2005.
Manson, Allan, Patrick Healy and Gary Trotter. *Sentencing and Penal Policy in Canada : Cases, Materials, and Commentary*. Toronto : Emond Montgomery, 2000.
Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Hall et Levine) (2004), 206 B.C.A.C. 266, 338 W.A.C. 266, 192 C.C.C. (3d) 176, 26 C.R. (6th) 97, 126 C.R.R. (2d) 149, [2004] B.C.J. No. 2626 (QL), 2004 BCCA 643, qui a supprimé une partie d'une ordonnance de probation. Pourvoi rejeté.

*Wendy L. Rubin* et *Susan J. Brown*, pour l'appelante.

*Garth Barriere* et *Dana Kripp*, pour l'intimé.

*Kenneth J. Yule, Q.C.*, and *David Schermbrucker*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*James Stribopoulos* and *Sarah Loosemore*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

1 This appeal raises the question whether a sentencing judge may require a probationer to provide, on demand by the probation officer, samples of breath, urine or blood for analysis to determine compliance with an abstention term of the probation order. In allowing the appeal against sentence, the British Columbia Court of Appeal held that the enforcement term violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* due to the absence of legislative or regulatory standards or safeguards that would adequately protect the probationer's privacy interest. Levine J.A., in writing for the majority, deleted the enforcement term, holding that it was up to Parliament and not the courts to fill this "gap in . . . legislation" ((2004), 206 B.C.A.C. 266, 2004 BCCA 643, at para. 60). Hall J.A., in partial dissent, would have deleted the requirement to provide blood samples but would have read in adequate safeguards to ensure the constitutionality of the rest of the condition.

2 The Crown appeals to this Court and seeks to reinstate the enforcement condition. At issue is whether ss. 732.1(3)(*c*) and 732.1(3)(*h*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, authorize the enforcement condition and, if permissible, whether the condition must be predicated by reasonable and probable grounds to suspect a violation of an abstention condition.

*Kenneth J. Yule, c.r.*, et *David Schermbrucker*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*James Stribopoulos* et *Sarah Loosemore*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le juge chargé de la détermination de la peine peut exiger qu'un probationnaire fournisse, à la demande de l'agent de probation, des échantillons d'haleine, d'urine ou de sang qui seront analysés pour déterminer s'il respecte une condition de l'ordonnance de probation qui lui interdit de consommer certaines substances. En accueillant l'appel interjeté contre la peine, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la modalité d'exécution en cause enfreint l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en raison de l'absence de normes ou garanties législatives ou réglementaires qui protégeraient adéquatement le droit à la vie privée du probationnaire. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge Levine a supprimé cette modalité d'exécution, concluant qu'il appartenait au législateur, et non aux tribunaux, de combler ce [TRADUCTION] « vide législatif » ((2004), 206 B.C.A.C. 266, 2004 BCCA 643, par. 60). Le juge Hall, dissident en partie, aurait supprimé l'obligation de fournir des échantillons de sang, mais il aurait ajouté des garanties suffisantes pour assurer la constitutionnalité des autres éléments de la condition.

Le ministère public se pourvoit devant notre Cour et sollicite le rétablissement de la modalité d'exécution. La question est de savoir si les al. 732.1(3)*c*) et *h*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, permettent d'établir cette modalité d'exécution et, dans l'affirmative, si celle-ci doit être fondée sur des motifs raisonnables et probables de soupçonner qu'il y a eu violation d'une condition interdisant la consommation et la possession de certaines substances.

For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. A sentencing judge has a broad jurisdiction in determining appropriate conditions of probation. However, there is no authority under the *Criminal Code* to authorize a search and seizure of bodily substances as part of a probation order. In light of the fact that the impugned condition must be quashed for lack of jurisdiction, it is neither necessary nor advisable for this Court to answer the constitutional question. It is Parliament's role to determine appropriate standards and safeguards governing the collection of bodily samples for enforcement purposes.

3

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Le juge chargé de la détermination de la peine est investi d'une vaste compétence pour imposer des conditions de probation appropriées. Cependant, le *Code criminel* ne confère aucun pouvoir d'autoriser le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'une ordonnance de probation. Comme la condition contestée doit être annulée pour cause d'absence de compétence, il n'est ni nécessaire ni souhaitable que notre Cour réponde à la question constitutionnelle. Il appartient au législateur d'établir les normes et garanties qui doivent régir le prélèvement d'échantillons de substances corporelles effectué aux fins d'exécution.

## 2. The Facts and Proceedings Below

## 2. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

Shortly after midnight on September 7, 2003, the complainant was awakened when a naked stranger was getting in her bed. The intruder, Harjit Singh Shoker, followed her when she fled to the kitchen to phone the police but he did not attempt to leave. On arrest, he told the police that he had been using a narcotic the previous day. Mr. Shoker did not testify at trial. He was convicted of breaking and entering a dwelling-house with intent to commit sexual assault.

4

Peu après minuit le 7 septembre 2003, la plaignante s'est réveillée au moment où un inconnu nu se glissait dans son lit. L'intrus, Harjit Singh Shoker, l'a suivie lorsqu'elle s'est enfuie vers la cuisine pour appeler la police, mais il n'a pas tenté de partir. Lors de son arrestation, il a dit à la police avoir consommé un narcotique la veille. M. Shoker n'a pas témoigné lors de son procès. Il a été déclaré coupable d'introduction par effraction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre une agression sexuelle.

A psychological assessment report prepared by Dr. Whittemore for sentencing revealed that Mr. Shoker blamed his drug use for his behaviour, stating that he had been on speed at the time of the offence. The report described a history of substance abuse, starting with alcohol as a teenager and later drugs including heroin, speed, cocaine and marijuana. The report also referred to a similar incident that had occurred a few months earlier in respect of which Mr. Shoker had been charged and awaiting trial at the time of this offence. Mr. Shoker told Dr. Whittemore that he was under the influence of alcohol at the time of this previous incident and thought he was at a friend's apartment. He was acquitted on that charge. Mr. Shoker did not feel that he needed treatment as he had not used drugs for the three months he had been in custody since his arrest. Describing Mr. Shoker's behaviour

5

Selon le rapport d'évaluation psychologique que le D[r] Whittemore a rédigé aux fins de détermination de la peine, M. Shoker attribuait son comportement à sa consommation de drogue, affirmant avoir été sous l'effet de l'amphétamine au moment de l'infraction. Le rapport faisait état d'antécédents de consommation abusives de substances psychoactives, à commencer par l'alcool, durant son adolescence, jusqu'aux drogues telles l'héroïne, l'amphétamine, la cocaïne et la marijuana. Il mentionnait également un épisode similaire survenu quelques mois plus tôt, pour lequel M. Shoker avait été inculpé et attendait de subir son procès au moment où l'infraction reprochée en l'espèce a été commise. M. Shoker a déclaré au D[r] Whittemore qu'il était en état d'ébriété lors de l'épisode antérieur et qu'il se croyait alors dans l'appartement d'une amie. Il a été acquitté relativement à cette accusation. Il estimait

as disturbing, Dr. Whittemore suggested that the court might consider imposing a condition requiring him to submit to random urinalysis to assist in managing his risk in the community.

qu'il n'avait pas à suivre un traitement étant donné qu'il n'avait consommé aucune drogue pendant les trois mois passés en détention depuis son arrestation. Qualifiant de troublant le comportement de M. Shoker, le D^r^ Whittemore a indiqué que la cour pourrait songer à lui imposer une condition qui l'obligerait à se soumettre à des analyses d'urine au hasard afin d'aider à gérer le risque qu'il présente pour la société.

6 The trial judge sentenced Mr. Shoker to 20 months' incarceration to be followed by a two-year period of probation subject to a number of conditions. The Crown did not ask that the order of probation include any condition for treatment or testing of bodily substances and the offender did not consent to those conditions. The following two conditions were later challenged by Mr. Shoker on his appeal before the British Columbia Court of Appeal:

Le juge du procès a condamné M. Shoker à une peine d'emprisonnement de 20 mois, suivie d'une période de probation de deux ans assortie d'un certain nombre de conditions. Le ministère public n'a pas demandé que l'ordonnance de probation comporte une condition prescrivant un traitement ou des analyses de substances corporelles et le délinquant n'a pas consenti à ces conditions. M. Shoker a, par la suite, contesté les deux conditions suivantes lors de son appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique :

CONDITION 7: You shall attend for such treatment and counselling as directed by the Probation Officer and successfully complete any such programs to which you are referred.

[TRADUCTION]

CONDITION n^o^ 7 : Vous devrez suivre le traitement et participer aux séances de counseling prescrits par l'agent de probation et réussir tous les programmes qui vous seront recommandés.

. . .

CONDITION 9: Abstain absolutely from the consumption and possession of alcohol and non prescription narcotics and to submit to a urinalysis, blood test or breathalyzer test upon the demand/request of a Peace Officer or Probation Officer to determine compliance with this condition. Any positive reading will be a breach of this condition.

CONDITION n^o^ 9 : Vous devrez vous abstenir totalement de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et vous soumettre, à la demande d'un agent de la paix ou d'un agent de probation, à des analyses de sang, d'urine et d'haleine permettant de vérifier si la présente condition est respectée. Tout résultat positif constituera une violation de la présente condition.

7 The Court of Appeal deleted the reference to "treatment" in Condition 7 because a treatment condition can only be imposed under s. 732.1(3)(*g*) of the *Criminal Code* with the consent of the offender. In addition, as the majority of the court noted, there is no program in British Columbia for curative treatment in relation to the consumption of alcohol or drugs as described in para. (*g*.1). Condition 7 was amended accordingly and it is no longer in issue before this Court. The court also

La Cour d'appel a supprimé la mention de « traitement » dans la condition n^o^ 7 parce qu'une condition prescrivant un traitement ne peut être imposée qu'en vertu de l'al. 732.1(3)*g*) du *Code criminel* et avec le consentement du délinquant. De plus, comme les juges majoritaires l'ont souligné, il n'existe en Colombie-Britannique aucun programme de traitement curatif pour abus d'alcool ou de drogue, comme celui décrit à l'al. *g*.1). La condition n^o^ 7 a été modifiée en conséquence et n'est

deleted the last sentence of Condition 9 for lack of jurisdiction — the sentencing judge could not predetermine that any positive reading would constitute a breach of probation as he had purported to do. The question of any breach would have to form the basis of a new charge against Mr. Shoker and be determined by a court in the usual way.

plus en cause devant notre Cour. La cour a également supprimé la dernière phrase de la condition nº 9 pour cause d'absence de compétence — le juge chargé de la détermination de la peine ne pouvait pas, comme il avait voulu le faire, décider d'avance que tout résultat d'analyse positif constituerait une violation de l'ordonnance de probation. La question de la violation devrait constituer le fondement d'une nouvelle accusation contre M. Shoker et être tranchée par un tribunal de la manière habituelle.

Fresh evidence admitted before the Court of Appeal revealed that funding for urinalysis testing had been discontinued as of March 31, 2003, and the service was no longer available in British Columbia. Hence the question of urinalysis testing for this offender was effectively moot. However, the court considered whether at law an offender can be required under the terms of a probation order to submit to a demand for a sample of bodily substances, including breath, urine and blood. Levine J.A., Finch C.J.B.C. concurring, was of the view that the authority for imposing such a condition could be found in s. 732.1(3)(*c*) of the *Criminal Code* with s. 732.1(3)(*h*) supporting this interpretation. Despite this finding, Levine J.A., in writing for the majority, held that the requirement to provide bodily samples, in the absence of a regulatory or statutory framework governing how the samples will be taken and tested, violates s. 8 of the *Charter* and that the defect cannot be cured by judicial fiat. Hence, that part of Condition 9 following the words "non prescription narcotics" was deleted. I read the majority's reasons as effectively holding that there is no statutory authority to require a probationer to provide bodily samples on demand.

8 De nouveaux éléments de preuve admis en Cour d'appel ont révélé que le financement des analyses d'urine avait été interrompu dès le 31 mars 2003 et que ce service n'était plus offert en Colombie-Britannique. Partant, la question des analyses d'urine relativement au délinquant en cause était, en fait, théorique. La cour s'est toutefois demandé si, sur le plan juridique, une ordonnance de probation peut obliger un délinquant à se conformer à une demande d'échantillons de substances corporelles, notamment d'haleine, d'urine et de sang. La juge Levine, avec l'appui du juge en chef Finch, estimait que le pouvoir d'imposer une telle condition se dégageait de l'al. 732.1(3)*c*) du *Code criminel* et que l'al. 732.1(3)*h*) appuyait cette interprétation. Malgré cette conclusion, la juge Levine, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a décidé que, en l'absence de cadre réglementaire ou législatif régissant la façon de prélever et d'analyser des échantillons de substances corporelles, l'obligation de fournir ces échantillons viole l'art. 8 de la *Charte* et qu'il ne peut être remédié à cette lacune au moyen d'une décision judiciaire. Ainsi, la partie de la condition nº 9 qui suit les termes [TRADUCTION] « narcotiques non vendus sur ordonnance » a été supprimée. Je considère que les motifs majoritaires précisent, en fait, qu'il n'existe aucun pouvoir légal d'obliger un probationnaire à fournir des échantillons de substances corporelles sur demande.

Hall J.A., in partial dissent, was of the view that the authority to impose the condition could not be found under s. 732.1(3)(*h*) because "Parliament has spoken in a specific manner about alcohol and drugs in s. 732.1(3)(c)" (para. 70). In his view, the power flowed rather from s. 732.1(3)(*c*) itself as "a reasonable methodology to ensure that such an

9 Le juge Hall, dissident en partie, était d'avis que l'al. 732.1(3)*h*) ne pouvait pas conférer le pouvoir d'imposer la condition puisque [TRADUCTION] « le législateur a traité expressément de l'alcool et des drogues à l'al. 732.1(3)c) » (par. 70). À son avis, ce pouvoir découlait plutôt de l'al. 732.1(3)*c*) lui-même en tant que « moyen raisonnable d'assurer

order is effective" (para. 70). Hall J.A. departed from the majority on the question whether the condition could be amended to conform with the *Charter*. He would have deleted the requirement to provide blood samples and would have amended Condition 9 to require that urine or breath samples be provided upon demand based on reasonable and probable grounds to suspect a violation of the abstention condition.

## 3. Analysis

### 3.1 *Relevant Statutory Provisions*

10 Probation is a form of sentence that can be imposed only in circumstances described in s. 731 of the *Criminal Code*:

> **731.** (1) Where a person is convicted of an offence, a court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission,
>
> (*a*) if no minimum punishment is prescribed by law, suspend the passing of sentence and direct that the offender be released on the conditions prescribed in a probation order; or
>
> (*b*) in addition to fining or sentencing the offender to imprisonment for a term not exceeding two years, direct that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order.
>
> (2) A court may also make a probation order where it discharges an accused under subsection 730(1).

Probation has traditionally been viewed as a rehabilitative sentencing tool: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at paras. 31-33. The probationer remains free to live in the community but certain restraints on his freedom are imposed for the purpose of facilitating his rehabilitation and protecting society. An offender who is bound by a probation order and who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with that order is guilty of an offence under s. 733.1 punishable by up to two years' imprisonment.

l'efficacité d'une telle ordonnance » (par. 70). Le juge Hall ne partageait pas l'opinion des juges majoritaires quant à la possibilité de modifier la condition pour la rendre conforme à la *Charte*. Il aurait supprimé l'obligation de fournir des échantillons de sang et aurait modifié la condition n° 9 de manière à exiger que des échantillons d'urine ou d'haleine soient fournis sur demande, lorsqu'il y a des motifs raisonnables et probables de soupçonner qu'il y a eu violation de la condition interdisant la consommation et la possession de certaines substances.

## 3. Analyse

### 3.1 *Dispositions législatives pertinentes*

La probation est une forme de peine qui ne peut être infligée que dans les cas prévus à l'art. 731 du *Code criminel* :

> **731.** (1) Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut, vu l'âge et la réputation du délinquant, la nature de l'infraction et les circonstances dans lesquelles elle a été commise :
>
> *a*) dans le cas d'une infraction autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale est prévue par la loi, surseoir au prononcé de la peine et ordonner que le délinquant soit libéré selon les conditions prévues dans une ordonnance de probation;
>
> *b*) en plus d'infliger une amende au délinquant ou de le condamner à un emprisonnement maximal de deux ans, ordonner que le délinquant se conforme aux conditions prévues dans une ordonnance de probation.
>
> (2) Le tribunal peut aussi rendre une ordonnance de probation qui s'applique à l'accusé absous aux termes du paragraphe 730(1).

La probation a traditionnellement été considérée comme une mesure de réinsertion sociale du délinquant : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 31-33. Le probationnaire reste libre de vivre au sein de la collectivité, mais sa liberté est assujettie à certaines restrictions destinées à faciliter sa réadaptation et à assurer la protection de la société. Le délinquant visé par une ordonnance de probation qui, sans excuse raisonnable, omet ou refuse de s'y conformer est, aux termes de l'art. 733.1, coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal de deux ans.

All probation orders must contain at a minimum three conditions as prescribed under s. 732.1(2):

(*a*) keep the peace and be of good behaviour;

(*b*) appear before the court when required to do so by the court; and

(*c*) notify the court or the probation officer in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the probation officer of any change of employment or occupation.

Additional optional conditions may be imposed pursuant to s. 732.1(3). Only ss. 732.1(3)(*c*) and 732.1(3)(*h*) are at issue on this appeal. However, it is important that they be read in the context of the entire provision. Section 732.1(3) reads as follows:

**732.1** . . .

(3) The court may prescribe, as additional conditions of a probation order, that the offender do one or more of the following:

(*a*) report to a probation officer

(i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the probation order, and

(ii) thereafter, when required by the probation officer and in the manner directed by the probation officer;

(*b*) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the probation officer;

(*c*) abstain from

(i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or

(ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;

(*d*) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;

(*e*) provide for the support or care of dependants;

(*f*) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;

Toutes les ordonnances de probation doivent comporter au moins trois conditions prévues au par. 732.1(2), soit celles intimant 11

*a*) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;

*b*) de répondre aux convocations du tribunal;

*c*) de prévenir le tribunal ou l'agent de probation de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

Des conditions facultatives supplémentaires peuvent être imposées conformément au par. 732.1(3). Seuls les al. 732.1(3)*c*) et *h*) sont en cause dans le présent pourvoi. Il importe toutefois de les interpréter en fonction de l'ensemble de la disposition. Le paragraphe 732.1(3) est ainsi libellé : 12

**732.1** . . .

(3) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de probation de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant :

*a*) de se présenter à l'agent de probation :

(i) dans les deux jours ouvrables suivant l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,

(ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de probation;

*b*) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de probation;

*c*) de s'abstenir de consommer :

(i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,

(ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;

*d*) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;

*e*) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;

*f*) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;

(*g*) if the offender agrees, and subject to the program director's acceptance of the offender, participate actively in a treatment program approved by the province;

(*g*.1) where the lieutenant governor in council of the province in which the probation order is made has established a program for curative treatment in relation to the consumption of alcohol or drugs, attend at a treatment facility, designated by the lieutenant governor in council of the province, for assessment and curative treatment in relation to the consumption by the offender of alcohol or drugs that is recommended pursuant to the program;

(*g*.2) where the lieutenant governor in council of the province in which the probation order is made has established a program governing the use of an alcohol ignition interlock device by an offender and if the offender agrees to participate in the program, comply with the program; and

(*h*) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2) [s. 738(2) relates to restitution orders], for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community.

*g*) si le délinquant y consent et le directeur du programme l'accepte, de participer activement à un programme de traitement approuvé par la province;

*g*.1) si le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où doit être rendue l'ordonnance de probation a institué un programme de traitement curatif pour abus d'alcool ou de drogue, de subir, à l'établissement de traitement désigné par celui-ci, l'évaluation et la cure de désintoxication pour abus d'alcool ou de drogue qui sont recommandées dans le cadre de ce programme;

*g*.2) si le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où est rendue l'ordonnance de probation a institué un programme visant l'utilisation par le délinquant d'un antidémarreur avec éthylomètre et s'il accepte de participer au programme, de se conformer aux modalités du programme;

*h*) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738(2), pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant.

13 Before discussing the issue that arises in this case, I wish to make a few general comments about the power to impose optional conditions under s. 732.1(3). The residual power under s. 732.1(3)(*h*) speaks of "other reasonable conditions" imposed "for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community". Such language is instructive, not only in respect of conditions crafted under this residual power, but in respect of the optional conditions listed under s. 732.1(3): before a condition can be imposed, it must be "reasonable" in the circumstances and must be ordered for the purpose of protecting society and facilitating the particular offender's successful reintegration into the community. Reasonable conditions will generally be linked to the particular offence but need not be. What is required is a nexus between the offender, the protection of the community and his reintegration into the community. See, for example, *R. v. Kootenay* (2000), 150 C.C.C. (3d) 311 (Alta. C.A.), and *R. v. Traverse* (2006), 205 C.C.C. (3d) 33 (Man. C.A.), where appellate courts have upheld conditions

Avant d'aborder la question qui se pose en l'espèce, je tiens à formuler quelques observations générales au sujet du pouvoir d'imposer des conditions facultatives en vertu du par. 732.1(3). Le pouvoir résiduel prévu à l'al. 732.1(3)*h*) fait état d'« autres conditions raisonnables » destinées à « assurer la protection de la société et [à] faciliter la réinsertion sociale du délinquant ». Un tel libellé est intéressant non seulement en ce qui concerne les conditions conçues en vertu de ce pouvoir résiduel, mais également en ce qui a trait aux conditions facultatives énumérées au par. 732.1(3) : la condition imposée doit être « raisonnable » dans les circonstances et viser à assurer la protection de la société et à faciliter la réinsertion sociale du délinquant en question. Les conditions raisonnables sont généralement, mais pas nécessairement, liées à l'infraction en cause. Il doit y avoir un lien entre le délinquant, la protection de la société et la réinsertion sociale de ce délinquant. Voir, par exemple, les arrêts *R. c. Kootenay* (2000), 150 C.C.C. (3d) 311 (C.A. Alb.), et *R. c. Traverse* (2006), 205 C.C.C. (3d) 33 (C.A. Man.), où des cours d'appel ont confirmé la validité

requiring abstinence from alcohol or drugs even though these played no part in the commission of the offence for which the offender was sentenced. On the other hand, conditions of probation imposed to punish rather than rehabilitate the offender have been struck out: *R. v. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (Ont. C.A.); *R. v. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401 (Ont. C.A.); *R. v. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551 (B.C.C.A.); *R. v. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398 (Alta. C.A.). In contrast, punitive conditions may be imposed pursuant to s. 742.3(2)(*f*) as part of a conditional sentence: *Proulx*, at para. 34.

The residual power to craft individualized conditions of probation is very broad. It constitutes an important sentencing tool. The purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code* make it clear that sentencing is an individualized process that must take into account both the circumstances of the offence and of the offender. It would be impossible for Parliament to spell out every possible condition of probation that can meet these sentence objectives. The sentencing judge is well placed to craft conditions that are tailored to the particular offender to assist in his rehabilitation and protect society. However, the residual power to impose individualized conditions is not unlimited. The sentencing judge cannot impose conditions that would contravene federal or provincial legislation or the *Charter*. Further, inasmuch as the wording of the residual provision can inform the sentencing judge's exercise of discretion in imposing one of the listed optional conditions as I have described, the listed conditions in turn can assist in interpreting the scope of "other reasonable conditions" that can be crafted under s. 732.1(3)(*h*). As we shall see, none of the listed conditions is aimed at facilitating the investigation of suspected breaches of probation. I will come back to this point later.

de conditions prescrivant l'abstention de consommer de l'alcool ou des drogues, même si ces substances n'avaient joué aucun rôle dans la perpétration de l'infraction pour laquelle le délinquant avait été condamné. Par ailleurs, des conditions de probation imposées pour punir le délinquant, plutôt que pour le réadapter, ont été annulées : *R. c. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (C.A. Ont.); *R. c. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401 (C.A. Ont.); *R. c. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551 (C.A.C.-B.); *R. c. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398 (C.A. Alb.). Par contre, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement peut être assortie de conditions à caractère punitif, selon l'al. 742.3(2)*f*) : *Proulx*, par. 34.

14 Le pouvoir résiduel de concevoir des conditions de probation individualisées est très large. Il constitue un important outil de détermination de la peine. L'objectif et les principes de la détermination de la peine, énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, indiquent clairement qu'il s'agit d'un processus individualisé qui doit tenir compte à la fois des circonstances de l'infraction et de la situation du délinquant. Il serait impossible au législateur d'énoncer toutes les conditions de probation qui peuvent satisfaire à ces objectifs de la peine. Le juge chargé de la détermination de la peine est bien placé pour concevoir des conditions adaptées au délinquant particulier, qui l'aideront dans sa réadaptation et contribueront à protéger la société. Cependant, le pouvoir résiduel d'imposer des conditions individualisées n'est pas illimité. Le juge chargé de la détermination de la peine ne peut pas imposer des conditions qui contreviendraient à une loi provinciale ou fédérale ou encore à la *Charte*. En outre, dans la mesure où le libellé de la disposition résiduelle peut guider le juge chargé de la détermination de la peine dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'imposer l'une des conditions facultatives énumérées que j'ai décrites, les conditions énumérées peuvent à leur tour aider à interpréter la portée des « autres conditions raisonnables » qui peuvent être conçues en vertu de l'al. 732.1(3)*h*). Comme nous le verrons, aucune des conditions énumérées ne vise à faciliter les enquêtes sur de présumées violations d'une ordonnance de probation. Je reviendrai sur cette question plus loin.

15 The underlying purpose for imposing conditions of probation also serves to define the role of the probation officer. The intervener the Attorney General of Canada aptly describes the probation officer's functions in its factum (at para. 21):

> It is in the nature of a probation officer's duties to act as an officer of the court, to assist the probationer in his rehabilitation, and to monitor compliance with the conditions of probation imposed by the sentencing court. The supervising probation officer simultaneously performs two distinct functions, rehabilitation and enforcement. The twin goals of probation — rehabilitation of the offender and protection of society — require and justify supervision in order to ensure that the probationer in fact observes his conditions. This supervised control is a restraint on the probationer's freedom.

The supervisory function of the probation officer in ensuring compliance with the conditions and the manner in which this function must be performed becomes of central importance in this case when we consider the full implications of enforcing an abstention order by requiring bodily samples. The determinative question is whether the supervisory power to demand samples of bodily substances for enforcement purposes may be conferred upon the probation officer by the court as a discretionary exercise of discretion or whether it must be authorized by statute.

### 3.2 *The Impugned Condition*

16 For ease of reference, I repeat the terms of Condition 9:

> CONDITION 9: Abstain absolutely from the consumption and possession of alcohol and non prescription narcotics and to submit to a urinalysis, blood test or breathalyzer test upon the demand/request of a Peace Officer or Probation Officer to determine compliance with this condition. Any positive reading will be a breach of this condition. [Emphasis added.]

17 As indicated earlier, the sentencing judge did not have the jurisdiction to predetermine that any positive reading would constitute a breach of

L'objectif fondamental de l'imposition de conditions de probation sert aussi à définir le rôle de l'agent de probation. L'intervenant le procureur général du Canada a décrit avec justesse les fonctions de l'agent de probation dans son mémoire (par. 21) :

> [TRADUCTION] Il est du ressort de l'agent de probation d'agir à titre d'auxiliaire de justice, d'aider le probationnaire dans sa réadaptation et de veiller à ce que les conditions de probation imposées par le tribunal qui a déterminé la peine soient respectées. L'agent de probation qui agit comme superviseur cumule deux fonctions distinctes, celles de réadaptation et d'exécution. Le double objectif de la probation — la réadaptation du délinquant et la protection de la société — commande et justifie une supervision destinée à assurer que le probationnaire respecte effectivement les conditions qui lui ont été imposées. Ce contrôle supervisé restreint la liberté du probationnaire.

En l'espèce, la fonction de supervision que l'agent de probation exerce pour assurer le respect des conditions et la façon dont il doit exercer cette fonction revêtent une importance cruciale lorsqu'on examine toutes les répercussions de l'exécution d'une ordonnance d'abstention au moyen d'une demande d'échantillons de substances corporelles. La question déterminante est celle de savoir si la cour peut, à sa discrétion, investir l'agent de probation d'un pouvoir de supervision lui permettant de demander des échantillons de substances corporelles aux fins d'exécution, ou si cela doit être autorisé par la loi.

### 3.2 *La condition contestée*

Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau la condition n° 9 :

> [TRADUCTION]
>
> CONDITION n° 9 : Vous devrez vous abstenir totalement de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et vous soumettre, à la demande d'un agent de la paix ou d'un agent de probation, à des analyses de sang, d'urine et d'haleine permettant de vérifier si la présente condition est respectée. Tout résultat positif constituera une violation de la présente condition. [Je souligne.]

Comme nous l'avons vu, le juge chargé de la détermination de la peine n'avait pas compétence pour décider d'avance que tout résultat d'analyse

probation. Therefore, the last sentence of Condition 9 was properly deleted by the Court of Appeal. The first part of the condition is also not in issue. The abstention condition is expressly authorized under s. 732.1(3)(*c*) and, given Mr. Shoker's particular circumstances, it is entirely reasonable to impose this condition to facilitate his rehabilitation and to protect society. The prohibition against the possession of alcohol and non-prescription drugs, imposed pursuant to the s. 732.1(3)(*h*) residual power, is also not in dispute. What remains at issue is the requirement that bodily samples be provided on demand.

positif constituerait une violation de l'ordonnance de probation. Par conséquent, la dernière phrase de la condition n° 9 a été supprimée à juste titre par la Cour d'appel. La première partie de la condition n'est pas non plus en cause. La condition interdisant la consommation de certaines substances est expressément autorisée par l'al. 732.1(3)*c*) et, compte tenu de la situation particulière de M. Shoker, il est parfaitement raisonnable d'imposer cette condition pour faciliter sa réadaptation et protéger la société. L'interdiction de la possession d'alcool et de drogues non vendues sur ordonnance, imposée conformément au pouvoir résiduel prévu à l'al. 732.1(3)*h*), n'est pas contestée non plus. Ce qui reste en cause est la question de l'obligation de fournir des échantillons de substances corporelles sur demande.

The impugned condition is challenged essentially on *Charter* grounds. In reviewing a sentencing judge's exercise of discretion on *Charter* grounds, an appellate court should first consider whether the sentencing judge acted within his statutory jurisdiction. If a sentence is illegal on the basis that it is unauthorized under the governing legislation, it must be struck down and the constitutional issue does not arise. I will therefore consider whether the requirement to provide bodily samples as a condition of probation falls within the scope of s. 732.1.

18 La contestation de la condition litigieuse repose essentiellement sur la *Charte*. En examinant, pour des motifs liés à la *Charte*, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine, une cour d'appel doit d'abord se demander si le juge a agi conformément à la compétence que lui confère la loi. Si une peine est illégale du fait qu'elle n'est pas autorisée par la loi applicable, elle doit être annulée et la question constitutionnelle ne se pose pas. Je vais donc examiner la question de savoir si l'obligation de fournir des échantillons de substances corporelles, comme condition de probation, est visée par l'art. 732.1.

### 3.3 *Requiring Bodily Samples and Section 732.1 of the Criminal Code*

### 3.3 *La demande d'échantillons de substances corporelles et l'art. 732.1 du Code criminel*

The Crown submits that s. 732.1(3)(*c*) abstention conditions are highly desirable for the rehabilitation of the offender and the protection of the public and that the sentencing objectives of such abstention terms can only be achieved if there is also an effective mechanism to enforce them. Therefore, the Crown argues that ss. 732.1(3)(*c*) and 732.1(3)(*h*), read together, authorize the imposition of random sampling of an offender's bodily substances to ensure compliance with the

19 Le ministère public soutient que les conditions interdisant de consommer certaines substances, prévues à l'al. 732.1(3)*c*), sont très souhaitables aux fins de réadaptation du délinquant et de protection du public. Il ajoute que seule l'existence d'un moyen efficace d'assurer le respect de ces conditions peut permettre d'atteindre les objectifs qu'elles visent en matière de détermination de la peine. Par conséquent, le ministère public fait valoir que les al. 732.1(3)*c*) et *h*),

abstention condition. Mr. Shoker argues that the power to impose enforcement terms to the abstention condition neither flows implicitly from s. 732.1(3)(*c*) nor does it fall within the scope of s. 732.1(3)(*h*) "reasonable conditions". If Parliament had intended to authorize the seizure of bodily samples, he argues, it would have expressly so stated as it has done in other existing legislative schemes.

20 I will deal firstly with s. 732.1(3)(*c*). With respect to Hall J.A.'s opinion to the contrary, the jurisdiction to impose enforcement terms cannot simply flow from the power to impose an abstention condition. The effect of including a s. 732.1(3)(*c*) abstention condition in a probation order is to define a criminal offence, the commission of which is punishable under s. 733.1. Enforcement powers are not implicit from the simple creation of an offence. For example, it cannot reasonably be contended that the prohibition against impaired driving under s. 253 implicitly includes the enforcement scheme for demanding bodily samples contained in ss. 254 to 258. Yet, in essence, that is the argument here. The Crown submits that the enforcement scheme should be implied as necessary to give effect to a s. 732.1(3)(*c*) abstention condition. I do not accept this argument. Breach of probation is a criminal offence under the *Criminal Code* and, as such, it is subject to the usual investigatory techniques and manner of proof as any other offence. Hence, the probationer who is found consuming alcohol with his friends in a drinking establishment can be prosecuted based on the evidence of witnesses to the event. Likewise, the probationer who exhibits signs of alcohol or drug impairment can be prosecuted and the offence can be proven by testimonial evidence much in the same way as an offence for impaired driving. The power to demand bodily samples and the resulting analyses would undoubtedly assist in the enforcement

interprétés conjointement, permettent d'imposer le prélèvement au hasard d'échantillons de substances corporelles d'un délinquant afin d'assurer le respect de la condition lui interdisant de consommer certaines substances. M. Shoker prétend que le pouvoir d'assortir cette condition de modalités d'exécution ne découle pas implicitement de l'al. 732.1(3)*c*) et n'est pas visé non plus par les « conditions raisonnables » mentionnées à l'al. 732.1(3)*h*). Si, affirme-t-il, le législateur avait voulu autoriser le prélèvement de substances corporelles, il l'aurait précisé, comme il l'a fait dans d'autres régimes législatifs existants.

Je vais commencer par examiner l'al. 732.1(3)*c*). Avec respect pour l'opinion contraire exprimée par le juge Hall, la compétence pour imposer des modalités d'exécution ne peut pas simplement découler du pouvoir d'imposer une condition interdisant la consommation de certaines substances. L'inclusion, dans une ordonnance de probation, d'une condition interdisant la consommation de certaines substances, prévue à l'al. 732.1(3)*c*), a pour effet de définir une infraction criminelle punissable en vertu de l'art. 733.1. Les pouvoirs d'exécution ne découlent pas de la simple création d'une infraction. Par exemple, on ne peut pas raisonnablement prétendre que l'interdiction de la conduite avec facultés affaiblies prévue à l'art. 253 inclut implicitement le régime d'exécution consistant à demander des échantillons de substances corporelles prévu aux art. 254 à 258. Pourtant, tel est essentiellement l'argument avancé en l'espèce. Le ministère public fait valoir que le régime d'exécution devrait être implicite dans la mesure où il est nécessaire pour donner effet à une condition interdisant la consommation de certaines substances, prévue à l'al. 732.1(3)*c*). Je ne retiens pas cet argument. La violation d'une ordonnance de probation est une infraction criminelle prévue par le *Code criminel* et, à ce titre, elle est sujette aux techniques d'enquête et au mode de preuve qui sont habituellement utilisés pour n'importe quelle autre infraction. Partant, le probationnaire surpris en train de consommer de l'alcool avec ses amis dans un débit de boissons peut être poursuivi sur la foi du témoignage de ceux qui l'ont vu faire. De

of a s. 732.1(3)(*c*) condition, but it cannot on that basis simply be implied.

The authority to impose enforcement terms, if any, must be found rather in the residual clause. As indicated earlier, s. 732.1(3)(*h*) gives the sentencing judge a broad power to craft other reasonable conditions designed to protect society and facilitate the offender's successful reintegration into the community. Hall J.A. was of the view that the authority could not be found under s. 732.1(3)(*h*) because Parliament has specifically addressed alcohol and drugs in s. 732.1(3)(*c*). The fact that Parliament has specifically addressed alcohol and drugs under s. 732.1(3)(*c*) — and also in ss. 732.1(3)(*g*.1) and 732.1(3)(*g*.2) — is certainly a relevant factor but, in my respectful view, it does not preclude the imposition of "other" alcohol and drug-related "reasonable conditions" under the residual clause. Any number of additional conditions aimed at ensuring that the probationer comply with the abstention condition can be imposed. Indeed, the prescription against the possession of alcohol and drug found in Condition 9 is one example. Similarly, a sentencing judge could prescribe that the offender not enter any premises where alcohol is sold or served; that he not associate with his favourite drinking buddies; or that he obey a curfew. All these conditions could be imposed to ensure better compliance with the abstention condition and thereby facilitate the offender's rehabilitation and protect society. Absent peculiar circumstances, it could not seriously be contended that any such condition would be unreasonable. LeBel J., in his concurring reasons, expressed concerns that a narrow interpretation of the residual clause would cast doubt on a number of useful monitoring methods,

même, le probationnaire qui montre des signes de facultés affaiblies en raison de la consommation d'alcool ou de drogue peut être poursuivi et l'infraction peut être prouvée au moyen d'une preuve testimoniale à peu près de la même façon qu'une infraction de conduite avec facultés affaiblies. Il ne fait aucun doute que le pouvoir de demander des échantillons de substances corporelles et les analyses qui en découleraient aideraient à exécuter une condition imposée en vertu de l'al. 732.1(3)*c*), mais cela n'est pas suffisant pour tout simplement conclure que ce pouvoir existe implicitement.

21 Le pouvoir d'imposer des modalités d'exécution, s'il existe, doit plutôt se dégager de la clause résiduelle. Comme nous l'avons vu, l'al. 732.1(3)*h*) attribue au juge chargé de la détermination de la peine un vaste pouvoir de concevoir d'autres conditions raisonnables destinées à protéger la société et à faciliter la réinsertion sociale du délinquant. Le juge Hall estimait que ce pouvoir ne pouvait pas se dégager de l'al. 732.1(3)*h*) étant donné que le législateur a abordé expressément la question de l'alcool et des drogues à l'al. 732.1(3)*c*). Le fait que le législateur a traité expressément de ces substances à l'al. 732.1(3)*c*) — ainsi qu'aux al. 732.1(3)(*g*.1) et (*g*.2) — est certainement pertinent, mais j'estime, en toute déférence, que cela n'empêche pas d'imposer, en application de la clause résiduelle, d'« autres conditions raisonnables » liées à l'alcool et aux drogues. Il est possible d'imposer toute une série de conditions supplémentaires destinées à assurer le respect, par le probationnaire, de la condition interdisant la consommation et la possession de certaines substances. En fait, l'interdiction d'être en possession d'alcool et de drogues énoncée à la condition n° 9 en est un exemple. De même, un juge chargé de la détermination de la peine pourrait interdire au délinquant de fréquenter les copains avec qui il aime prendre un verre ou tout endroit où de l'alcool est vendu ou servi, ou encore lui imposer un couvre-feu. Toutes ces conditions pourraient être imposées pour assurer un meilleur respect de la condition interdisant la consommation et la possession d'alcool et ainsi faciliter la réadaptation du délinquant et protéger la société. En l'absence de circonstances particulières, on ne saurait sérieusement prétendre

more particularly the use of electronic monitoring. The legality of electronic monitoring under s. 732.1(3)(*h*) is not before us and, hence, this Court is not deciding this issue. We are concerned here only with the compelled seizure of bodily samples as an enforcement mechanism. It is also noteworthy that in each case referred to by LeBel J., the probationer's consent was required for participation in the Saskatchewan electronic monitoring program. Further, the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. McLeod* (1993), 81 C.C.C. (3d) 83, at p. 99, also made it clear that "the constitutionality of this form of sanction was not argued or considered during argument".

22 On the face of it, s. 732.1(3)(*h*) therefore appears wide enough to permit enforcement terms such as the one imposed in this case since, it is argued, submitting to testing would also ensure better compliance with the abstention condition. However, the residual provision must be read in context. Since it provides for "other" reasonable conditions, the listed conditions under ss. 732.1(3)(*a*) to 732.1(3)(*g*.2) can assist in delineating the scope of the residual provision. It is noteworthy that the fulfilment of any of the listed conditions can have no incriminating consequence for the probationer. In addition, when the condition may pose a risk, such as participating in a treatment program, the consent of the offender is required before the condition can be imposed. Section 732.1(3)(*h*) speaks of "other reasonable conditions". It is reasonable to infer that additional conditions imposed under the residual power would be of the same kind as the listed conditions. However, conditions intended to facilitate the gathering of evidence for enforcement purposes do not simply monitor the probationer's behaviour and, as such, are of a different kind and, because of their potential effect, absent the probationer's consent to such conditions, raise

qu'une telle condition serait déraisonnable. Dans ses motifs concordants, le juge LeBel, a dit craindre qu'une interprétation restrictive de la clause résiduelle jette le doute sur un certain nombre de modes de surveillance utiles, plus particulièrement la surveillance électronique. Nous ne sommes pas saisis de la question de la légalité de la surveillance électronique au regard de l'al. 732.1(3)*h*) et, partant, notre Cour ne se prononce pas sur ce point. En l'espèce, nous nous intéressons uniquement au prélèvement forcé d'échantillons de substances corporelles en tant que mécanisme d'exécution. Il vaut également la peine de noter que, dans chacun des cas mentionnés par le juge LeBel, il fallait que le probationnaire consente à participer au programme de surveillance électronique de la Saskatchewan. De plus, dans l'arrêt *R. c. McLeod* (1993), 81 C.C.C. (3d) 83, p. 99, la Cour d'appel de la Saskatchewan a aussi indiqué clairement que [TRADUCTION] « la constitutionnalité de cette forme de sanction n'a pas été débattue ou examinée au cours des plaidoiries ».

À première vue, l'al. 732.1(3)*h*) semble donc avoir une portée assez large pour permettre des conditions d'exécution comme celle imposée en l'espèce étant donné, soutient-on, que les tests de dépistage assureraient également un meilleur respect de la condition interdisant la consommation de certaines substances. Toutefois, la disposition résiduelle doit être interprétée dans son contexte. Comme cette disposition prévoit la possibilité d'imposer d'« autres » conditions raisonnables, les conditions énumérées aux al. 732.1(3)*a*) à *g*.2) peuvent aider à en circonscrire la portée. Il vaut la peine de noter que le respect de l'une ou l'autre des conditions énumérées ne peut avoir aucune conséquence incriminante pour le probationnaire. En outre, une condition susceptible de présenter un risque, comme celle intimant de participer à un programme de traitement, ne peut être imposée qu'avec le consentement du délinquant. L'alinéa 732.1(3)*h*) parle d'« autres conditions raisonnables ». On peut raisonnablement inférer que des conditions supplémentaires imposées en vertu du pouvoir résiduel seraient du même genre que celles qui sont énumérées. Toutefois, du fait qu'elles ne permettent pas simplement de surveiller le comportement du probationnaire, les conditions

constitutional concerns. For example, could Mr. Shoker be compelled, as a condition of his probation, to make his home available for inspection on demand to better monitor the prescription against the possession of alcohol or drugs? Such a condition in effect would subject him to a different standard than that provided by Parliament for the issuance of a search warrant. In my view, it could not reasonably be argued that the sentencing judge would have the jurisdiction to override this scheme under the authority of the open-ended language of s. 732.1(3)(*h*). It would be up to Parliament, if it saw fit, to enact any such scheme.

The sentencing judge's jurisdiction can be no greater in respect of the seizure of bodily samples. The seizure of bodily samples is highly intrusive and, as this Court has often reaffirmed, it is subject to stringent standards and safeguards to meet constitutional requirements. Significantly, in *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, this Court held that where there is no statutory authorization for the seizure of bodily samples, consent must be obtained if the seizure is to be lawful. In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, Cory J., speaking for the majority, held that the seizure of bodily samples such as hair, buccal swabs and dental impressions, was not authorized by the common law power to search incident to arrest. The principle was again reaffirmed in *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83. Again here, it is my view that such statutory authorization cannot be read in the general language of s. 732.1(3)(*h*). In the various circumstances where Parliament has chosen to authorize the collection of bodily samples, it has not only used clear language; it has also included in the legislation, or through regulations, a number of standards and safeguards: see for example, the collection of DNA samples for investigative purposes or, on conviction, for inclusion in the DNA databank (ss. 487.04 to 487.091 of the *Criminal Code*); the collection of breath and blood samples during the

destinées à faciliter l'obtention d'éléments de preuve aux fins d'exécution sont différentes et soulèvent, à cause de leur effet potentiel, des questions d'ordre constitutionnel dans le cas où le probationnaire n'y a pas consenti. Par exemple, M. Shoker pourrait-il se voir imposer, comme condition de sa probation, l'obligation de donner accès sur demande à sa résidence pour qu'on puisse y effectuer des inspections permettant de mieux veiller à ce que l'interdiction d'être en possession d'alcool ou de drogues soit respectée? Une telle condition aurait pour effet de l'assujettir à une norme différente de celle que le législateur prescrit pour la délivrance d'un mandat de perquisition. À mon avis, on ne saurait raisonnablement soutenir que le libellé non limitatif de l'al. 732.1(3)*h*) habiliterait le juge chargé de la détermination de la peine à passer outre à ce régime. Il appartiendrait au législateur d'édicter un tel régime s'il jugeait à propos de le faire.

23 La compétence du juge chargé de la détermination de la peine ne peut pas être plus grande en matière de prélèvement d'échantillons de substances corporelles. Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles est une mesure très envahissante et, comme notre Cour l'a souvent confirmé, il est assujetti à des normes et à des garanties rigoureuses qui permettent de satisfaire aux exigences de la Constitution. Fait révélateur, dans l'arrêt *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, la Cour a conclu que, en l'absence d'autorisation légale de prélever des échantillons de substances corporelles, la légalité du prélèvement est subordonnée au consentement de la personne visée. Dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, le juge Cory a conclu, au nom des juges majoritaires, que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne permettait pas de prélever des échantillons de substances corporelles, comme des cheveux et des poils, d'effectuer des prélèvements dans la bouche et de prendre des empreintes dentaires. Ce principe a été confirmé de nouveau dans l'arrêt *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83. Là encore, j'estime qu'on ne peut pas considérer que le libellé général de l'al. 732.1(3)*h*) accorde une telle autorisation. Dans les différents cas où le législateur a choisi d'autoriser le prélèvement d'échantillons de

investigation of impaired driving offences (ss. 253 to 261 of the *Criminal Code*); and the collection of urine samples from federal inmates and parolees (ss. 54 to 57 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, and ss. 60 to 72 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620).

24 A number of provincial legislatures have also enacted legislation and regulations governing the seizure of bodily samples from inmates of provincial institutions: see, for example, Alberta, *Corrections Act*, R.S.A. 2000, c. C-29, ss. 14.1 and 14.2, and *Correctional Institution Regulation*, Alta. Reg. 205/2001, ss. 48.1 and 48.2; Saskatchewan, *The Correctional Services Act*, S.S. 1993, c. C-39.1, s. 56(1), and *The Correctional Services Administration, Discipline and Security Regulations, 2003*, R.R.S., c. C-39.1, Reg. 3, s. 40(1); Manitoba, *Correctional Services Act*, S.M. 1998, c. 47, C.C.S.M. c. C230, s. 16, *Correctional Institutions Regulation*, Man. Reg. 227/92, ss. 28, 29, 29.1 and 31(1), and *Correctional Services Regulation*, Man. Reg. 128/99, ss. 41 to 45; Prince Edward Island, *Correctional Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-26.1, s. 17(g), and P.E.I. Reg. EC616/92, ss. 10 and 11; Ontario, *Corrections Accountability Act, 2000*, S.O. 2000, c. 40, s. 57.9(1) to (3). The Ontario legislation, unlike other provinces, applies to probationers as well as to provincial inmates.

substances corporelles, il ne l'a pas seulement dit clairement, mais il a également établi, dans la loi ou par voie de règlement, un certain nombre de normes et de garanties : voir, par exemple, le prélèvement d'échantillons d'ADN pour les besoins d'une enquête ou, à la suite d'une déclaration de culpabilité, aux fins d'inclusion dans la banque de données génétiques (art. 487.04 à 487.091 du *Code criminel*), le prélèvement d'échantillons d'haleine et de sang au cours d'une enquête relative à une infraction de conduite avec facultés affaiblies (art. 253 à 261 du *Code criminel*), ainsi que le prélèvement d'échantillons d'urine d'un détenu qui se trouve dans un pénitencier fédéral ou à l'extérieur d'un tel pénitencier à la suite d'une libération conditionnelle (art. 54 à 57 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, et art. 60 à 72 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620).

Un certain nombre de législatures provinciales ont également édicté des lois et des règlements régissant le prélèvement d'échantillons de substances corporelles de détenus incarcérés dans un établissement provincial : voir, par exemple, Alberta, *Corrections Act*, R.S.A. 2000, ch. C-29, art. 14.1 et 14.2, et *Correctional Institution Regulation*, Alta. Reg. 205/2001, art. 48.1 et 48.2; Saskatchewan, *The Correctional Services Act*, S.S. 1993, ch. C-39.1, par. 56(1), et *The Correctional Services Administration, Discipline and Security Regulations, 2003*, R.R.S., ch. C-39.1, Reg. 3, par. 40(1); Manitoba, *Loi sur les services correctionnels*, L.M. 1998, ch. 47, C.P.L.M. ch. C230, art. 16, *Règlement sur les établissements de correction*, Règl. du Man. 227/92, art. 28, 29, 29.1 et par. 31(1), et *Règlement sur les services correctionnels*, Règl. du Man. 128/99, art. 41 à 45; Île-du-Prince-Édouard, *Correctional Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-26.1, al. 17g), et P.E.I. Reg. EC616/92, art. 10 et 11; Ontario, *Loi de 2000 sur la responsabilisation en matière de services correctionnels*, L.O. 2000, ch. 40, par. 57.9(1) à (3). La loi ontarienne, contrairement à celles des autres provinces, s'applique tant aux probationnaires qu'aux détenus incarcérés dans un établissement provincial.

The establishment of these standards and safeguards cannot be left to the discretion of the sentencing judge in individual cases. There is no question that a probationer has a lowered expectation of privacy. However, it is up to Parliament, not the courts, to balance the probationers' *Charter* rights as against society's interest in effectively monitoring their conduct. Since the purpose of s. 8 is preventative, the following principle in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169, is particularly apposite here:

> While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional.

In this case, the Crown argues that reasonable and probable grounds are not required for the search and seizure of bodily substances from probationers and that the seizure of blood samples is also reasonable. Hall J.A. disagreed. He would have deleted the requirement to provide blood samples as too intrusive and conditioned the requirement to provide urine and breath samples upon the establishment of reasonable and probable grounds. Those are precisely the kinds of policy decisions for Parliament to make having regard to the limitations contained in the *Charter*. Parliament has specifically addressed the issue of alcohol and intoxicating substances in ss. 732.1(3)(*c*), 732.1(3)(*g*.1) and 732.1(3)(*g*.2) but it has not provided for a scheme for the collection of bodily samples as it has done in respect of parolees. Such a scheme cannot be judicially enacted on the ground that the court may find it desirable in an individual case. In addition to the constitutional concerns raised by the collection of bodily samples, the establishment of such a scheme requires the expenditure of resources and usually the cooperation of the provinces. This reality is exemplified in this case where the funding for urinalysis has been discontinued in British Columbia rendering the

L'établissement de ces normes et garanties ne saurait être laissé, dans chaque cas, au choix du juge chargé de la détermination de la peine. Il est indubitable qu'un probationnaire a des attentes moins grandes en matière de vie privée. Cependant, il appartient au législateur, et non aux tribunaux, d'établir un équilibre entre les droits que la *Charte* garantit aux probationnaires et l'intérêt qu'a la société à assurer une surveillance efficace de leur conduite. Comme l'art. 8 remplit une fonction préventive, le principe suivant énoncé dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169, est particulièrement pertinent en l'espèce :

> Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

Dans la présente affaire, le ministère public fait valoir que l'existence de motifs raisonnables et probables n'est pas requise pour prélever des échantillons de substances corporelles de probationnaires et que le prélèvement d'échantillons de sang est également raisonnable. Le juge Hall de la Cour d'appel n'était pas de cet avis. Il aurait supprimé l'exigence de fournir des échantillons de sang pour le motif qu'elle constitue une mesure trop envahissante et il aurait assujetti l'exigence de fournir des échantillons d'urine et d'haleine à la preuve de l'existence de motifs raisonnables et probables. C'est précisément le genre de décision de politique générale que le législateur doit prendre compte tenu des restrictions prévues dans la *Charte*. Le législateur a abordé expressément la question de l'alcool et des substances toxiques aux al. 732.1(3)*c*), *g*.1) et *g*.2), mais il n'a prescrit aucun régime de prélèvement d'échantillons de substances corporelles comme il l'a fait pour les personnes en liberté conditionnelle. Il n'appartient pas à un tribunal d'édicter un tel régime parce qu'il peut juger souhaitable de le faire dans un cas particulier. Outre les questions d'ordre constitutionnel soulevées par le prélèvement d'échantillons de substances corporelles, l'établissement d'un tel régime commande l'utilisation de ressources et habituellement, la collaboration des

probation condition moot. This is yet another reason why the matter is one for Parliament.

26 For these reasons, I would conclude that there is no statutory authority for requiring Mr. Shoker to submit bodily samples. In the absence of a legislative scheme authorizing the seizure of bodily samples, the enforcement of abstention conditions must be done in accordance with existing investigatory tools. The majority of the Court of Appeal was therefore correct in deleting that part of Condition 9 following the words "non prescription narcotics". I would dismiss the appeal.

The reasons of Bastarache and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

27 I have read the reasons of my colleague Charron J. Although I agree with her that the appeal should be dismissed, I reach this result on a different basis. In my opinion, there is statutory authority for the kind of order made by the sentencing judge. But the terms of the order were open to review under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As they did not meet the requirements of s. 8, the appeal should fail.

28 I need not return to the facts of this appeal, which were fully reviewed by Charron J. I will focus on the two legal issues raised by the case at bar. I will begin by considering whether statutory authority for the order can be found in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Then, I will turn to the issue of whether the discretion delegated to the sentencing judge was exercised in conformity with the *Charter*.

provinces. Cela se reflète dans la présente affaire où la Colombie-Britannique a cessé de financer les analyses d'urine, de sorte que la condition de probation est désormais théorique. Voilà une raison de plus pour laquelle cette question doit relever du législateur.

Pour ces motifs, je suis d'avis de conclure qu'il n'existe aucun pouvoir légal de contraindre M. Shoker à fournir des échantillons de substances corporelles. En l'absence d'un régime législatif autorisant le prélèvement d'échantillons de substances corporelles, l'exécution des conditions interdisant la consommation de certaines substances doit se faire d'une manière conforme aux outils d'enquête existants. Par conséquent, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de supprimer la partie de la condition n° 9 qui suivait les termes « narcotiques non vendus sur ordonnance ». Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Bastarache et LeBel rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de ma collègue la juge Charron. Je partage son opinion selon laquelle il y a lieu de rejeter le pourvoi, mais à l'issue d'un raisonnement différent. Selon moi, la loi permet de prononcer une ordonnance comme celle rendue par le juge chargé de la détermination de la peine. Cependant, les conditions de l'ordonnance pouvaient faire l'objet d'une révision fondée sur l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Puisqu'elles ne respectaient pas les exigences de l'art. 8, le pourvoi doit être rejeté.

Je n'entends pas revenir sur les faits, que la juge Charron a examinés en détail. Je me concentrerai sur les deux questions de droit que soulève la présente affaire. J'examinerai d'abord si le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, permet de rendre l'ordonnance en cause. Ensuite, je verrai si le pouvoir discrétionnaire délégué au juge chargé de la détermination de la peine a été exercé d'une manière conforme à la *Charte*.

II. Statutory Basis for the Order

This case is, first and foremost, one raising a problem of statutory interpretation. Once more, the courts are trying to ascertain the intention of Parliament using, I assume, the modern approach of purposive interpretation (see S. Beaulac and P.-A. Côté, "Driedger's 'Modern Principle' at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization" (2006), 40 *R.J.T.* 131). In this context, I readily concede that a purely textual reading of the relevant provisions of the *Criminal Code* (ss. 732.1(3)(*c*) and 732.1(3)(*h*)) would not resolve the issue. Nowhere do these provisions grant the sentencing judge, in so many words, the discretion to impose on the accused, in a probation order, an obligation to give samples of bodily substances. The *Criminal Code* expressly lists a number of mandatory and optional conditions, which are reviewed by my colleague in her reasons. Section 732.1(3)(*c*) authorizes the prohibition of the consumption of drugs or alcohol, but says nothing about monitoring the interdiction. Then, s. 732.1(3)(*h*), which plays the role of a basket or residual clause, refers merely to "such other reasonable conditions as the court considers desirable . . . for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community". These words do not by themselves clearly grant a discretion. Read in context, however, they do.

To determine whether statutory authority for the order exists, the court must consider the context, namely probation and sentencing. A probation order is framed in a situation in which the court must address, in an individualized manner, the imperatives of the protection of society and rehabilitation of the accused. The sentencing judge is required to address the circumstances of the case and to devise terms that are reasonable in their context. The focus of the analysis remains the reasonableness of the conditions themselves. They are reasonable, and thus authorized by the statute, if they complement terms provided for in the *Code*

II. Fondement législatif de l'ordonnance

29 La présente affaire soulève d'abord et avant tout un problème d'interprétation législative. Une fois de plus, les tribunaux essaient de déterminer l'intention du législateur à l'aide, je suppose, de la méthode moderne d'interprétation téléologique (voir S. Beaulac et P.-A. Côté, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada : Interpretation, Justification, Legitimization » (2006), 40 *R.J.T.* 131). Dans ce contexte, je reconnais volontiers qu'une interprétation purement textuelle des dispositions pertinentes du *Code criminel* (al. 732.1(3)*c*) et 732.1(3)*h*)) ne permettrait pas de régler la question en litige. Nulle part ces dispositions ne confèrent-elles explicitement au juge chargé de la détermination de la peine le pouvoir discrétionnaire d'imposer à l'accusé, dans une ordonnance de probation, l'obligation de fournir des échantillons de substances corporelles. Le *Code criminel* énumère expressément un certain nombre de conditions obligatoires et facultatives que ma collègue examine dans ses motifs. L'alinéa 732.1(3)*c*) permet d'interdire la consommation de drogues ou d'alcool, mais il demeure silencieux au sujet de la surveillance de l'interdiction. Ensuite, l'al. 732.1(3)*h*), qui sert de clause « fourre-tout » ou résiduelle, mentionne simplement « telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables [. . .] pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant ». Pris isolément, ces mots ne confèrent pas clairement un pouvoir discrétionnaire. Cependant, ils le font si on les interprète dans leur contexte.

30 Pour déterminer si la loi permet de rendre l'ordonnance en cause, le tribunal doit examiner le contexte, qui est celui de la probation et de la détermination de la peine. Une ordonnance de probation est rédigée dans des circonstances où le tribunal doit donner suite, d'une manière individualisée, aux impératifs de protection de la société et de réhabilitation de l'accusé. Le juge chargé de la détermination de la peine doit examiner les circonstances de l'affaire et concevoir des conditions raisonnables dans leur contexte. L'analyse doit être axée sur le caractère raisonnable des conditions elles-mêmes. Des conditions sont raisonnables, et donc autorisées

and address the objectives of the protection of society and the reintegration of the accused into the community.

31 In a legal and factual environment such as this, the *Code* cannot provide for everything. Parliament has wisely delegated to sentencing judges a reasonable discretion to frame terms that will allow them to address the particular situation of each accused. A reasonable condition that can be connected with the categories of terms contemplated by the *Code* is grounded in an implied, but solid, statutory authority. The condition may then face a second level of scrutiny under the *Charter*, but it would not lie outside the jurisdiction of the sentencing judge.

32 The *Criminal Code* provides for conditions concerning alcohol and drug use. Prohibitions or restrictions on their use appear to have become almost standard terms of many probation orders. Nevertheless, the *Code* remains vague, even silent, about the monitoring of these conditions, although, according to well-known textbooks on sentencing, probation orders often incorporate monitoring procedures (C. C. Ruby, *Sentencing* (6th ed. 2004), at para. 10.57; A. Manson, P. Healy and G. Trotter, *Sentencing and Penal Policy in Canada* (2000), at p. 280).

33 The residual clause in s. 732.1(3)(*h*) appears to have been designed to address the difficulties faced by trial judges in framing orders that fit the distinct situations of individual accused and that must be made effective. It is there to fill in gaps, allowing the sentencing judge to flesh out the terms of the probation order by adding reasonable conditions. Conditions will be reasonable if they address the situation of the accused and meet the standards of s. 8 of the *Charter*.

34 The residual clause was not adopted for the purpose of collecting evidence for future prosecution.

par la loi, si elles complètent celles prévues dans le *Code* et répondent aux objectifs de protection de la société et de réinsertion sociale de l'accusé.

Dans un contexte juridique et factuel comme celui qui nous occupe, le *Code* ne saurait tout prévoir. Le législateur a eu la sagesse de déléguer aux juges chargés de la détermination de la peine un pouvoir discrétionnaire raisonnable de concevoir des conditions adaptées à la situation particulière de chaque accusé. Une condition raisonnable qui peut être reliée aux catégories prévues par le *Code* doit être considérée comme étant implicitement, mais indéniablement, autorisée par la loi. Cette condition peut ensuite faire l'objet d'un deuxième examen cette fois fondé sur la *Charte*, mais elle n'excéderait pas la compétence du juge chargé de la détermination de la peine.

Le *Code criminel* prescrit des conditions relatives à la consommation d'alcool et de drogues. Les interdictions ou les restrictions concernant la consommation de ces substances semblent presque devenues la norme dans maintes ordonnances de probation. Néanmoins, le *Code* reste vague, voire muet, à l'égard de la surveillance de l'exécution de ces conditions, quoique, selon des ouvrages de doctrine bien connus en matière de détermination de la peine, les ordonnances de probation sont souvent assorties de modes de surveillance (C. C. Ruby, *Sentencing* (6e éd. 2004), par. 10.57; A. Manson, P. Healy et G. Trotter, *Sentencing and Penal Policy in Canada* (2000), p. 280).

La clause résiduelle qui figure à l'al. 732.1(3)*h*) semble avoir pour objet d'aplanir les difficultés auxquelles se heurtent les juges du procès lorsqu'ils sont appelés à formuler des ordonnances à la fois efficaces et adaptées à la situation particulière de chaque accusé. Elle vise à combler des lacunes en permettant au juge chargé de la détermination de la peine d'étoffer l'ordonnance de probation par l'ajout de conditions raisonnables. Des conditions seront alors raisonnables si elles tiennent compte de la situation de l'accusé et si elles respectent les normes de l'art. 8 de la *Charte*.

La clause résiduelle ne vise pas à permettre l'obtention d'éléments de preuve destinés à être utilisés

It exists to make sure that the terms of probation orders are effective and can be implemented in a practical way. The fact that the *Criminal Code* contains no specific monitoring provisions simply reflects the generally individualized nature of the sentencing process and of probation orders.

dans des poursuites ultérieures. Elle a pour objet d'assurer que les conditions des ordonnances de probation soient efficaces et puissent être exécutées concrètement. L'absence dans le *Code criminel* de dispositions précises en matière de surveillance reflète simplement la nature généralement individualisée du processus de détermination de la peine et des ordonnances de probation.

The need for a monitoring mechanism may result from the nature of the obligations imposed on the accused by the probation order. Absent a monitoring procedure in such circumstances, it might rightly be said that Parliament spoke for nothing. To deny the existence of implied statutory powers in the present case does not comport with the approach of this Court, which has not hesitated to acknowledge the existence of such powers when the need for them flows from the nature of the substantive provisions of a law. For example, in one *Charter* case, which concerned public schools and their students, the Court found implied authority for conducting reasonable searches of students in the statutory obligations of schools and teachers to maintain order and discipline (*R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 51, *per* Cory J.):

35 La nécessité d'un mécanisme de surveillance peut découler de la nature des obligations que l'ordonnance de probation impose à l'accusé. Si aucun mode de surveillance n'était prévu dans ces cas, on pourrait affirmer à juste titre que le législateur a parlé pour ne rien dire. Nier l'existence de pouvoirs légaux implicites ne respecte pas l'opinion de notre Cour, qui n'a pas hésité à reconnaître l'existence de tels pouvoirs dans les cas où leur nécessité tient à la nature des dispositions substantielles d'une loi. Par exemple, dans une affaire liée à la *Charte*, à propos des rapports entre les écoles publiques et leurs élèves, la Cour a conclu que les obligations légales des écoles et des enseignants de maintenir l'ordre et la discipline permettaient implicitement de soumettre les élèves à des fouilles raisonnables (*R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 51, le juge Cory) :

> If it is to be reasonable the search must be conducted reasonably and must be authorized by a statutory provision which is itself reasonable. There is no specific authorization to search provided in the *Education Act*, R.S.N.S. 1989, [c. 136,] or its regulations. Nonetheless, the responsibility placed upon teachers, and principals to maintain proper order and discipline in the school and to attend to the health and comfort of students by necessary implication authorizes searches of students. See s. 54(b) and Regulation 3(7) and (9). Teachers must be able to search students if they are to fulfil the statutory duties imposed upon them. It is reasonable, if not essential to provide teachers and principals with this authorization to search. It is now necessary to consider the circumstances in which the search itself may be considered to be reasonable.

> Pour être raisonnable, la fouille doit être effectuée de manière raisonnable et être autorisée par une disposition législative qui est elle-même raisonnable. On ne trouve aucune autorisation particulière de procéder à des fouilles dans l'*Education Act*, R.S.N.S. 1989, [ch. 136,] ou dans son règlement d'application. Cependant, la responsabilité qui incombe aux enseignants et aux directeurs de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école et de veiller à la santé et au bien-être des élèves autorise, par déduction nécessaire, les fouilles d'élèves. Voir l'al. 54b) de la Loi et les par. 3(7) et (9) du Règlement. Les enseignants doivent pouvoir fouiller les élèves pour être en mesure de s'acquitter des responsabilités que leur impose la loi. Il est raisonnable, voire essentiel, de donner cette autorisation de fouiller aux enseignants et aux directeurs. Il faut maintenant examiner les circonstances dans lesquelles la fouille elle-même peut être jugée raisonnable.

With respect for those who hold other views, under very well-established rules of statutory interpretation, the *Criminal Code* grants the sentencing

36 En toute déférence pour les tenants d'autres points de vue, des règles d'interprétation législative très bien établies veulent que le *Code criminel*

judge the authority to include monitoring procedures in probation orders. To hold otherwise might well cause unforeseen and undesirable effects, as the inflexibility of such an interpretative approach would likely require Parliament to attempt to foresee a wide range of individual situations and to address them in minute detail. A drafting technique such as this would hardly be consistent with the canons of sound legal drafting, even if it were feasible.

habilite le juge chargé de la détermination de la peine à inclure des modes de surveillance dans une ordonnance de probation. Conclure différemment pourrait bien entraîner des effets inattendus et peu souhaitables, parce que la rigidité d'une telle méthode d'interprétation forcerait vraisemblablement le législateur à tenter de prévoir une vaste gamme de situations particulières et à en traiter de manière très détaillée. Même s'il était possible de l'utiliser, cette technique de rédaction ne serait guère compatible avec les règles fondamentales d'une bonne rédaction législative.

37 Moreover, a narrow interpretation of the residual clause would cast doubt on a number of useful monitoring methods, which sentencing judges appear to be resorting to with increasing frequency. For example, it might prevent the use of electronic monitoring, which allows probation officers or public authorities to make sure that conditions relating to house arrest or curfews are complied with. I note that a number of judges have found such conditions to be valid:

De plus, une interprétation restrictive de la clause résiduelle jetterait le doute sur un certain nombre de modes de surveillance utiles auxquels semblent recourir de plus en plus les juges chargés de la détermination de la peine. Elle pourrait notamment empêcher le recours à la surveillance électronique qui permet aux agents de probation ou aux autorités publiques de s'assurer que les conditions prescrivant la détention à domicile ou un couvre-feu sont respectées. D'ailleurs, je constate qu'un certain nombre de juges ont conclu à la validité de ces conditions :

The conclusion is that section 732.1(3)(h) allows orders which restrict a defendant's lifestyle, such as curfews, orders that he or she not frequent specified places, or associate with specified persons, or orders that a defendant be confined on electronic monitoring.

[TRADUCTION] Il faut conclure que l'al. 732.1(3)h) permet de rendre des ordonnances qui restreignent le mode de vie d'un défendeur par l'imposition d'un couvre-feu notamment, qui lui intiment de ne pas fréquenter certains endroits ou certaines personnes ou qui le placent sous surveillance électronique.

. . .

. . .

The terms of probation can control the defendant's lifestyle. For example, a defendant might be . . . ordered to wear an electronic monitoring device . . . .

Les conditions de probation peuvent régir le mode de vie du défendeur. Par exemple, un défendeur pourrait se voir [. . .] ordonner de porter un dispositif de surveillance électronique . . .

. . .

. . .

Thus, curfews, house arrest (with or without electronic monitoring), bed checks . . . *etc.*, can all be appropriate "other conditions". It does not matter whether one sees them as rehabilitative measures, control measures, or punishment. What counts is not the label but an intent that the condition should further public protection or the acceptance of the defendant in the community, and some reasonable grounds for belief that it will

Ainsi, les couvre-feux, les détentions à domicile (avec ou sans surveillance électronique), les contrôles de présence à domicile [. . .] *etc.*, peuvent tous constituer « d'autres conditions » appropriées. Il importe peu que ces conditions soient perçues comme des mesures de réadaptation, des modes de contrôle ou des sanctions. Ce qui compte est non pas la façon de désigner une condition mais plutôt l'intention que cette condition

have a tendency to effect those purposes. [Emphasis added.]

(T. W. Ferris, *Sentencing: Practical Approaches* (2005), at pp. 79, 116 and 216-17)

Ferris reports that the courts in the following cases held that electronic monitoring is lawful under s. 732.1(3)(*h*) : *R. v. Carlson* (1996), 141 Sask. R. 168 (C.A.); *R. v. Curtis* (1996), 144 Sask. R. 156 (C.A.); *R. v. McLeod* (1992), 109 Sask. R. 8 (C.A.).

The range of possible conditions is broad. The purpose of such conditions is often to control aspects of the lifestyle of an accused to ensure that the goals of probation — protection of society and reintegration into the community — are achieved.

We should not assume that such a discretion would be abused by sentencing judges or exercised in an unconstitutional manner in the absence of a detailed statutory framework. In another context — a case concerning an exercise of discretion by an administrative authority — this Court asserted that it should not rely on assumptions of prospective breaches of the *Charter*:

I do not think there is any constitutional rule that requires Parliament to deal with Customs' treatment of constitutionally protected expressive material by legislation (as the appellants contend) rather than by way of regulation (as Parliament contemplated in s. 164(1)(*j*)) or even by ministerial directive or departmental practice. Parliament is entitled to proceed on the basis that its enactments "will be applied constitutionally" by the public service.

. . .

[I]t is in the nature of government work that the power of the state is exercised and the *Charter* rights of the citizen may therefore be engaged. While there is evidence of actual abuse here, there is the *potential* for

contribue à protéger le public ou à faciliter la réinsertion sociale du défendeur, ainsi que l'existence de motifs raisonnables de croire qu'elle contribuera à l'atteinte de ces objectifs. [Je souligne.]

(T. W. Ferris, *Sentencing : Practical Approaches* (2005), p. 79, 116 et 216-217)

Ferris indique que, dans les affaires suivantes, les tribunaux ont statué que l'al. 732.1(3)*h*) autorise la surveillance électronique : *R. c. Carlson* (1996), 141 Sask. R. 168 (C.A.); *R. c. Curtis* (1996), 144 Sask. R. 156 (C.A.); *R. c. McLeod* (1992), 109 Sask. R. 8 (C.A.).

38 Il existe un large éventail de conditions possibles. Ces conditions visent souvent à régir certains aspects du mode de vie d'un accusé de manière à assurer la réalisation des objectifs de la probation, à savoir la protection de la société et la réinsertion sociale de l'accusé.

39 Nous ne devrions pas supposer qu'en l'absence d'un cadre législatif détaillé les juges chargés de la détermination de la peine abuseraient d'un tel pouvoir discrétionnaire ou qu'ils l'exerceraient d'une manière non conforme à la Constitution. Dans un autre contexte où il était question de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une autorité administrative, notre Cour a souligné qu'elle ne devrait pas s'appuyer sur des présomptions de violation éventuelle de la *Charte* :

Je ne crois pas qu'il y ait quelque règle constitutionnelle obligeant le Parlement à prescrire au moyen d'une loi (comme le prétendent les appelants) plutôt que d'un règlement (comme l'a prévu le Parlement à l'al. 164(1)*j*)) ou même d'une directive ministérielle ou d'une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le matériel expressif protégé par la Constitution. Le Parlement a le droit d'agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu'il adopte « s[eront] appliqué[s] [. . .] d'une manière conforme à la Constitution » par les fonctionnaires.

. . .

[I]l est normal, de par la nature des activités de l'État, que celui-ci soit appelé à exercer son pouvoir et que les droits garantis au citoyen par la *Charte* puissent en conséquence être touchés. Quoiqu'il y ait preuve d'abus

abuse in many areas, and a rule requiring Parliament to enact in each case special procedures for the protection of *Charter* rights would be unnecessarily rigid. [Underlining added.]

(*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at paras. 71 and 137)

40 Any challenge in the instant case should have related to the reasonableness of the order under s. 8 of the *Charter*. The authority to impose the monitoring conditions exists. It remains to be seen whether the conditions meet the standards of the *Charter* (see Ruby, at para. 10.63).

41 Before I move on to some brief comments on the application of s. 8 in the context of the case at bar, I must add that I agree with Charron J. that the part of the order that would, in essence, turn a positive test into a breach of the conditions set out in the order is contrary to the principles of criminal law. Guilt must be proved in the usual manner, that is, beyond a reasonable doubt, and the accused is entitled to the protection of the law of criminal evidence and criminal procedure.

III. Application of Section 8

42 Section 8 raises difficulties in respect of parts of the order. I agree that the part compelling the accused to undergo blood tests would be far too intrusive and would breach s. 8 absent a statutory framework consistent with the standards of the *Charter*.

43 Although it may very well be a more efficient way to monitor compliance, random drug testing at the probation officer's discretion could become highly arbitrary. Courts would have difficulty defining a proper framework to supplement the silence of the *Code*. This is a situation where Parliament would be in a better position to address the issue. Its solution would then be open to review by the courts under s. 8 and s. 1 of the *Charter*.

réel en l'espèce, il y a *risque* d'abus dans de nombreux domaines, et une règle qui obligerait le Parlement à édicter dans chaque cas des procédures spéciales pour protéger les droits garantis par la *Charte* serait inutilement rigide. [Je souligne.]

(*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 71 et 137)

En l'espèce, toute contestation aurait dû porter sur le caractère raisonnable de l'ordonnance au regard de l'art. 8 de la *Charte*. L'imposition des conditions en matière de surveillance est permise. Il reste à voir si ces conditions respectent les normes de la *Charte* (voir Ruby, par. 10.63).

Avant de commenter brièvement l'application de l'art. 8 dans le cadre du présent pourvoi, je dois ajouter que je conviens avec la juge Charron que la partie de l'ordonnance qui, pour l'essentiel, ferait d'un test positif une violation des conditions énoncées dans cette ordonnance, contrevient aux principes du droit criminel. La culpabilité doit être établie de la manière habituelle, c'est-à-dire hors de tout doute raisonnable, et l'accusé a droit à la protection des règles de preuve et de procédure en matière criminelle.

III. Application de l'art. 8

Certaines parties de l'ordonnance présentent des difficultés au regard de l'art. 8. Je suis d'accord pour dire que, en l'absence d'un cadre législatif conforme aux normes de la *Charte*, la partie qui oblige l'accusé à se soumettre à des analyses sanguines serait beaucoup trop envahissante et contreviendrait à l'art. 8.

Bien qu'ils puissent très bien représenter un moyen plus efficace de veiller au respect des conditions imposées, les tests de dépistage de drogue faits au hasard, à la discrétion de l'agent de probation, risqueraient de devenir très arbitraires. Les tribunaux auraient de la difficulté à définir un cadre approprié pour suppléer au silence du *Code*. Il s'agit d'un cas où le législateur serait mieux placé pour régler la question. La solution qu'il retiendrait pourrait ensuite faire l'objet d'un examen judiciaire fondé sur l'art. 8 et l'article premier de la *Charte*.

For these reasons, I agree with my colleague that the appeal should be dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Garth Barriere, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Kapoor & Stribopoulos, Toronto.*

Pour ces motifs, je partage l'opinion de ma collègue selon laquelle il y a lieu de rejeter le pourvoi. 44

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Garth Barriere, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Kapoor & Stribopoulos, Toronto.*

**Donald J. Ritchie and Harold Marcus Limited** *Appellants*

*v.*

**Stephanie Suzanne Walker, Gary Walker, Rosemary Walker, Laura Walker, Alyssa Walker and Christine Walker, an infant by her litigation guardian, Gary Walker** *Respondents*

**Donald J. Ritchie et Harold Marcus Limited** *Appelants*

*c.*

**Stephanie Suzanne Walker, Gary Walker, Rosemary Walker, Laura Walker, Alyssa Walker et Christine Walker, une mineure représentée par son tuteur à l'instance, Gary Walker** *Intimés*

INDEXED AS: WALKER *v.* RITCHIE

**Neutral citation: 2006 SCC 45.**

File No.: 31001.

2006: May 10; 2006: October 13.

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

RÉPERTORIÉ : WALKER *c.* RITCHIE

**Référence neutre : 2006 CSC 45.**

N° du greffe : 31001.

2006 : 10 mai; 2006 : 13 octobre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Civil procedure — Costs — Risk premiums — Plaintiffs' counsel carrying lengthy personal injury litigation without remuneration because plaintiffs lacked financial resources to pay — Defendants not admitting liability — Whether plaintiffs' costs award payable by unsuccessful defendants may be increased to take into account risk of non-payment to plaintiffs' counsel — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 49, 57.01(1).*

In a personal injury suit concerning a motor vehicle accident, counsel for the impecunious plaintiffs carried the litigation in the face of the defendants' denial of liability through its four-year duration without remuneration. During the litigation, the plaintiffs had issued an offer to settle pursuant to Rule 49 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, but the defendants had rejected the offer. At trial, the defendants were found liable. As the plaintiffs' award exceeded their Rule 49 offer, they were entitled to partial indemnity costs for the litigation up to the date of service of the offer and substantial indemnity costs from that point onward. On the basis of the risk of non-payment to the plaintiffs' counsel and of the result achieved, the trial judge held it was appropriate to award a premium of $192,600. The Ontario Court

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

*Procédure civile — Dépens — Primes de risque — Avocat ayant représenté les demandeurs dans une longue action en dommages-intérêts pour préjudice corporel sans être rémunéré en raison de l'impécuniosité de ses clients — Dénégation de responsabilité par les défendeurs — Les dépens payables aux demandeurs par les défendeurs ayant succombé peuvent-ils être majorés pour tenir compte du risque de non-paiement couru par l'avocat des demandeurs? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 49, 57.01(1).*

Dans une action pour préjudice corporel intentée par suite d'un accident d'automobile, l'avocat des demandeurs impécunieux s'est occupé de leur dossier sans rémunération pendant les quatre années qu'a duré le litige, et ce, malgré le fait que les défendeurs niaient toute responsabilité. Au cours de l'instance, les demandeurs ont présenté une offre de transaction sous le régime de la règle 49 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, mais les défendeurs ont rejeté cette offre. À l'issue du procès, le tribunal a conclu à la responsabilité des défendeurs. Comme la somme accordée aux demandeurs excédait le montant de l'offre de transaction fondée sur la règle 49, ces derniers avaient droit à des dépens d'indemnisation partielle jusqu'à la date de la signification de l'offre et à des dépens d'indemnisation

of Appeal upheld the risk premium awarded by the trial judge. The propriety of a risk premium between a lawyer and client is not challenged in this appeal. At issue is whether the plaintiffs' costs award, payable by the unsuccessful defendants, should be increased to take into account the risk of non-payment to the plaintiffs' counsel.

*Held*: The appeal should be allowed.

The risk premium should be set aside. The risk of non-payment to the plaintiffs' lawyer was not a relevant factor under the costs scheme in Rule 57.01(1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* at the time costs were fixed in this case. [42]

Rule 57.01(1) guides a court's determination of the quantum of a costs award. While indemnification is one of the cornerstones of a costs award, the scheme in place at the relevant time was not one of full indemnity. Rather, the quantum a party would receive as an indemnity was governed by the factors set out in Rule 57.01(1) and the Tariff. Risk of non-payment to plaintiff's counsel is not an enumerated factor under that rule. While the words "any other matter relevant to the question of costs" in clause (i) of Rule 57.01(1) are broad, they are not unlimited. An examination of the factors that were expressly included in clauses (a) to (h) reveals some common features among them and provides guidance as to matters that might be considered relevant in clause (i). In that context, the application of the limited class rule would suggest that the framers of clause (i) did not intend it to include the risk of non-payment to plaintiff's counsel as a relevant factor to consider. Unsuccessful defendants should expect to pay similar amounts by way of costs across similar pieces of litigation involving similar conduct and counsel, regardless of what arrangements the particular plaintiff may have concluded with counsel, since a defendant has no knowledge of these private arrangements and thus has no means of measuring the risk of engaging in litigation. There is no basis for a difference in approach under Rule 49 to the issue of a risk premium as between an award of partial or substantial indemnity costs. Lastly, requiring unsuccessful defendants to pay a premium to the plaintiffs in personal injury cases is not compelled on the theory of promoting access to justice. The opportunity for counsel to charge his or her own client a risk premium, or now a contingency

substantielle à compter de cette date. Compte tenu du risque de non-paiement couru par l'avocat des demandeurs et du résultat obtenu, le juge a estimé qu'il convenait d'accorder une prime de 192 600 $. La Cour d'appel de l'Ontario a maintenu la prime de risque accordée par le juge de première instance. Le bien-fondé des primes de risque demandées par les avocats à leurs clients n'est pas remis en cause dans le présent pourvoi. Il s'agit plutôt de décider si les dépens payables aux demandeurs par les défendeurs ayant succombé doivent être majorés pour tenir compte du risque de non-paiement couru par l'avocat des premiers.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

La prime de risque est annulée. Le risque de non-paiement qu'a couru l'avocat des demandeurs ne constituait pas un facteur pertinent pour l'application de la règle 57.01(1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario au moment où les dépens ont été adjugés en l'espèce. [42]

La règle 57.01(1) guide le tribunal dans la détermination du montant des dépens. Bien que l'indemnisation constitue l'un des principes fondamentaux de l'adjudication des dépens, les règles applicables à l'époque pertinente ne prévoyaient pas l'indemnisation intégrale. La somme accordée à une partie à titre d'indemnité était plutôt établie en fonction des facteurs énumérés à la règle 57.01(1) et au tarif. Le risque de non-paiement couru par l'avocat d'un demandeur n'est pas un facteur énuméré à cette règle. Bien que les mots « autres facteurs pertinents à la question des dépens » à l'al. i) de la règle 57.01(1) aient une large portée, cette portée n'est pas illimitée. L'examen des facteurs expressément prévus par les al. a) à h) révèle qu'ils possèdent des caractéristiques communes et donne des indications sur les éléments qui peuvent être considérés comme pertinents au sens de l'al. i). Dans ce contexte, l'application de la règle des choses de même ordre tend à indiquer qu'il n'entrait pas dans l'intention des rédacteurs de l'al. i) d'inclure le risque de non-paiement couru par l'avocat d'un demandeur ayant gain de cause dans les facteurs pertinents à considérer. Les défendeurs qui succombent doivent pouvoir supposer qu'ils seront condamnés, au titre des dépens, à des sommes similaires à celles accordées dans des litiges analogues montrant des similarités relativement à la conduite des parties et aux avocats en présence, et ce, quels que soient les arrangements conclus par les demandeurs concernés et leurs avocats, étant donné qu'un défendeur n'est pas au fait des ententes privées qu'ont conclues le demandeur et son avocat et n'est donc pas en mesure d'évaluer le risque qu'il court en s'engageant dans l'instance. Pour l'application

fee, encourages competent counsel to take on the cases of impecunious clients. [24] [28] [30] [40]

**Cases Cited**

**Applied:** *Finlayson v. Roberts* (2000), 136 O.A.C. 271; **considered:** *City of Burlington v. Dague*, 505 U.S. 557 (1992); **referred to:** *Lurtz v. Duchesne* (2005), 194 O.A.C. 119; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257; *Stribbell v. Bhalla* (1990), 73 O.R. (2d) 748; *Desmoulin (Committee of) v. Blair* (1994), 21 O.R. (3d) 217; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms.*
*Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6.
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 131(1).
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 49, 49.10(1), (2), 57.01(1), (3).
*Solicitors Act*, R.S.O. 1990, c. S.15 [am. 2002, c. 24, Sch. A].

**Authors Cited**

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Catzman, Gillese and Lang JJ.A.) (2005), 197 O.A.C. 81, 25 C.C.L.I. (4th) 60, 31 C.C.L.T. (3d) 205, 12 C.P.C. (6th) 51, [2005] O.J. No. 1600 (QL), reversing in part a decision of Brockenshire J. (2004), 2 C.P.C. (6th) 163, [2004] O.J. No. 787 (QL). Appeal allowed.

*Earl A. Cherniak, Q.C.*, and *Andra L. Maxwell-Baker*, for the appellants.

*Ronald G. Slaght, Q.C.*, and *Rebecca Jones*, for the respondents.

de la règle 49, rien ne justifie de traiter différemment la prime de risque selon qu'il s'agit de dépens d'indemnisation partielle ou de dépens d'indemnisation substantielle. Enfin, la promotion de l'accès à la justice n'exige pas que le défendeur qui succombe ait à verser une prime au demandeur dans une action pour préjudice corporel. La possibilité qu'ont les avocats de demander une prime de risque ou, maintenant, des honoraires conditionnels à leurs clients encourage les avocats chevronnés à représenter des clients impécunieux. [24] [28] [30] [40]

**Jurisprudence**

**Arrêt appliqué :** *Finlayson c. Roberts* (2000), 136 O.A.C. 271; **arrêt examiné :** *City of Burlington c. Dague*, 505 U.S. 557 (1992); **arrêts mentionnés :** *Lurtz c. Duchesne* (2005), 194 O.A.C. 119; *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257; *Stribbell c. Bhalla* (1990), 73 O.R. (2d) 748; *Desmoulin (Committee of) c. Blair* (1994), 21 O.R. (3d) 217; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 303, 2004 CSC 9.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés.*
*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6.
*Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S.15 [mod. 2002, ch. 24, ann. A].
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 131(1).
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 49, 49.10(1), (2), 57.01(1), (3).

**Doctrine citée**

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'Ontario (les juges Catzman, Gillese et Lang) (2005), 197 O.A.C. 81, 25 C.C.L.I. (4th) 60, 31 C.C.L.T. (3d) 205, 12 C.P.C. (6th) 51, [2005] O.J. No. 1600 (QL), qui a infirmé en partie une décision du juge Brockenshire (2004), 2 C.P.C. (6th) 163, [2004] O.J. No. 787 (QL). Pourvoi accueilli.

*Earl A. Cherniak, c.r.*, et *Andra L. Maxwell-Baker*, pour les appelants.

*Ronald G. Slaght, c.r.*, et *Rebecca Jones*, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

## I. Introduction

This appeal involves the appropriateness of an increase to a costs award, payable by the unsuccessful defendants to the plaintiffs, on the basis that counsel for the impecunious plaintiffs carried the risk of non-payment through the course of the litigation. This Court is asked to determine whether this risk was a relevant consideration within the costs scheme in place in Ontario at the time costs were fixed in this case. I conclude that it was not.

## II. Facts

Stephanie Walker suffered serious personal injuries as a result of a motor vehicle accident. Ms. Walker and her family (the "plaintiffs") initiated litigation against Donald Ritchie, a truck driver, and his employer, Harold Marcus Limited (the "defendants"). The defendants denied liability throughout the course of the litigation and did not admit facts. The matter took four years to proceed to trial and involved issues the trial judge described as complex. During the litigation, the plaintiffs issued an offer to settle pursuant to Rule 49 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. The defendants rejected this offer.

At trial, the defendants were found 100 percent liable for the accident. Brockenshire J. awarded the plaintiffs $5,168,317 in damages, inclusive of pre-judgment interest. As the plaintiffs' award exceeded their Rule 49 offer, the plaintiffs were entitled under Rule 49 to partial indemnity costs for the litigation up to the date of service of the offer and substantial indemnity costs from that point onward.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

## I. Introduction

Le présent appel concerne le bien-fondé de la majoration des dépens payables aux demandeurs par les défendeurs ayant succombé pour tenir compte du risque de non-paiement qu'a couru, pendant toute la durée du litige, l'avocat des premiers, lesquels étaient impécunieux, sans ressources. La Cour est appelée à décider si ce risque constituait un facteur pertinent pour l'application des règles qui régissaient l'adjudication des dépens en Ontario au moment où ceux-ci ont été adjugés en l'espèce. Je conclus qu'il ne s'agissait pas d'un facteur pertinent. 1

## II. Les faits

Stephanie Walker a subi des blessures graves par suite d'un accident d'automobile. Madame Walker et sa famille (les « demandeurs ») ont poursuivi Donald Ritchie, un camionneur, ainsi que son employeur, Harold Marcus Limited (les « défendeurs »). Ces derniers ont nié leur responsabilité pendant toute la durée du litige et n'ont pas admis les faits. L'affaire a mis quatre ans avant d'être instruite et soulevait des questions que le juge du procès a qualifiées de complexes. Au cours de l'instance, les demandeurs ont présenté une offre de transaction sous le régime de la règle 49 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194. Les défendeurs ont rejeté cette offre. 2

À l'issue du procès, le tribunal a conclu à l'entière responsabilité des défendeurs. Le juge Brockenshire a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts de 5 168 317 $, incluant l'intérêt avant jugement. Comme cette somme excédait le montant de l'offre de transaction faite par les demandeurs sous le régime de la règle 49, ces derniers avaient droit, en vertu de cette règle, à des dépens d'indemnisation partielle jusqu'à la date de la signification de l'offre et à des dépens d'indemnisation substantielle à compter de cette date. 3

## III. Decisions Below

### A. *Ontario Superior Court of Justice* (2004), 2 C.P.C. (6th) 163

4 Brockenshire J. awarded $577,879.69 to the plaintiffs for fees and disbursements, inclusive of G.S.T. He did so after reviewing the bill of costs submitted by the plaintiffs, which included claims for disbursements and fees for each step in the litigation.

5 Brockenshire J. noted that a "huge amount of time went into this file" (para. 13). Nevertheless, he found that most of the hours claimed by the plaintiffs' counsel in the bill of costs were reasonable. This determination was based primarily upon the complexity of the proceedings and the fact that the plaintiffs were put to their proof on every issue because of the defendants' refusal to admit facts. Moreover, Brockenshire J. held that it was appropriate for the hourly rate for the plaintiffs' primary counsel to be set at the highest level on both the partial indemnity and the substantial indemnity scales under the Tariff. As Brockenshire J. stated: "the top rate is for the most experienced lawyer in the most complex and important cases" (para. 18).

6 In addition, Brockenshire J. also ordered the defendants to pay a premium of $192,600, inclusive of G.S.T. He found that counsel for the plaintiffs had carried the litigation for four years without remuneration because the plaintiffs could not afford it. Liability was not admitted, and as such, plaintiffs' counsel faced the risk of non-payment. On the basis of this risk and the result achieved, Brockenshire J. held it was appropriate to award the premium.

### B. *Ontario Court of Appeal* (2005), 12 C.P.C. (6th) 51

7 Gillese and Lang JJ.A., for a unanimous panel, upheld the risk premium of $192,600 awarded by Brockenshire J. A premium payable by defendants

## III. Les décisions des juridictions inférieures

### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2004), 2 C.P.C. (6th) 163

Après examen du mémoire de dépens soumis par les demandeurs, lequel comprenait des demandes d'honoraires et de débours pour chaque étape de l'instance, le juge Brockenshire a adjugé à ces derniers des dépens de 577 879,69 $, incluant la TPS, au titre des honoraires et des débours.

Bien que le juge Brockenshire ait signalé qu'un [TRADUCTION] « temps considérable avait été consacré à ce dossier » (par. 13), il a néanmoins estimé que les heures déclarées par l'avocat des demandeurs dans le mémoire de dépens étaient pour l'essentiel raisonnables. Cette conclusion reposait principalement sur le fait que l'instance avait été complexe et que le refus des défendeurs d'admettre les faits avait obligé les demandeurs à prouver chacune de leurs allégations. De plus, le juge Brockenshire a conclu qu'il y avait lieu, dans le cas de l'avocat principal, d'appliquer le taux horaire le plus élevé prévu par le tarif, tant pour les dépens d'indemnisation partielle que pour les dépens d'indemnisation substantielle, car, d'affirmer le juge, [TRADUCTION] « le tarif maximal s'applique aux avocats les plus expérimentés, dans les affaires les plus complexes et les plus importantes » (par. 18).

Le juge Brockenshire a également ordonné aux défendeurs de payer une prime de 192 600 $ incluant la TPS, parce que l'avocat des demandeurs avait occupé dans ce dossier pendant quatre ans sans être payé, en raison de l'impécuniosité des demandeurs, et que, comme les défendeurs n'avaient pas reconnu leur responsabilité, il avait couru le risque de ne toucher aucune rémunération. Compte tenu de ce risque et du résultat obtenu, le juge a estimé qu'il convenait d'accorder la prime.

### B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2005), 12 C.P.C. (6th) 51

Rendant l'arrêt unanime de la Cour d'appel, les juges Gillese et Lang ont confirmé la prime de risque de 192 600 $ accordée par le juge

had been upheld by the Ontario Court of Appeal previously, where the defendant was required to pay substantial indemnity costs: *Lurtz v. Duchesne* (2005), 194 O.A.C. 119. Gillese and Lang JJ.A. held that a risk premium can be awarded against a defendant where the plaintiff is entitled to substantial indemnity costs under Rule 49, but rejected the argument that premiums are available when the plaintiff is only entitled to partial indemnity costs.

Brockenshire. La Cour d'appel de l'Ontario avait déjà maintenu le paiement d'une telle prime par un défendeur condamné à des dépens d'indemnisation substantielle : *Lurtz c. Duchesne* (2005), 194 O.A.C. 119. Les juges Gillese et Lang ont statué qu'un défendeur peut être condamné à payer une prime de risque dans les cas où le demandeur a droit à des dépens d'indemnisation substantielle en vertu de la règle 49, mais ils ont écarté l'argument selon lequel une telle prime peut être octroyée lorsque le demandeur n'a droit qu'à des dépens d'indemnisation partielle.

Gillese and Lang JJ.A. emphasized that risk premiums should rarely be awarded. The imposition of such a premium can only be justified where there is both risk of non-payment and an "outstanding result".

8 Les juges Gillese et Lang de la Cour d'appel ont souligné que des primes de risque ne doivent être accordées que rarement. Une condamnation à une telle prime ne saurait être justifiée que dans les cas où il y a à la fois risque de non-paiement et [TRADUCTION] « résultat exceptionnel ».

They defined risk as having the following features: (1) the plaintiff lacked the financial resources to fund lengthy and complex litigation; (2) plaintiff's counsel financed the litigation; (3) the defendant contested liability; and (4) plaintiff's counsel assumed the risk not only of delayed but possible non-payment of fees.

9 Ils ont décrit ainsi les caractéristiques que doit présenter le risque de non-paiement : (1) le demandeur n'avait pas les ressources financières pour engager une instance longue et complexe; (2) l'avocat du demandeur a financé la poursuite; (3) le défendeur a nié sa responsabilité; (4) l'avocat du demandeur a assumé non seulement le risque que le versement de ses honoraires soit reporté mais également le risque de ne pas être payé du tout.

## IV. Analysis

### A. *Development of Risk Premiums as Between Plaintiff and Plaintiff's Counsel*

While this case does not concern fee arrangements between solicitor and client, it is first necessary to provide some background about these arrangements before turning to the question of whether a risk premium should be payable by an unsuccessful defendant.

10 Bien que la présente affaire ne concerne pas les conventions d'honoraires entre les avocats et leurs clients, certaines précisions sont quand même nécessaires à cet égard avant d'aborder la question de savoir si un défendeur dont la responsabilité à été retenue devrait payer une prime de risque.

As between solicitor and client, fees for litigation may be payable without regard to the outcome of the case or may be contingent on the result obtained. A contingency fee arrangement is typically used by plaintiff's counsel where there is the prospect of receiving a damages award. If the

11 Les honoraires que le client doit verser à son avocat peuvent être établis soit indépendamment de l'issue de l'affaire, soit en fonction du résultat obtenu. Les conventions d'honoraires conditionnels entre avocats et clients se rencontrent généralement lorsque le client est demandeur dans une affaire

## IV. Analyse

### A. *Développement des primes de risque dans les rapports entre les demandeurs et leurs avocats*

plaintiff's case is lost, the lawyer receives no payment. If the plaintiff's case is won, the lawyer receives a pre-determined percentage of the damages award or a fixed fee. Thus, where counsel expends time and incurs disbursements on behalf of a client, that lawyer assumes the risk of non-payment for those services and disbursements should the litigation prove unsuccessful. To compensate for this risk, a contingency fee will typically be higher than that which would have been payable had counsel billed the client irrespective of the outcome.

12 Prior to 2002, and at the time applicable to this case, contingency fee arrangements were barred in Ontario. Contingency fee arrangements had been seen as violating the rule against champerty, as it was considered undesirable for lawyers to have a pecuniary interest in the outcome of their clients' litigation. As a means of promoting access to justice, contingency fee arrangements are now permitted in Ontario, but are regulated by the *Solicitors Act*, R.S.O. 1990, c. S.15 (as amended by S.O. 2002, c. 24, Sch. A). See also *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257 (C.A.).

13 Even before the introduction of contingency fee arrangements, lawyers still represented impecunious plaintiffs. Given the plaintiff's impecuniosity, efforts to enforce a debt for fees and disbursements against the plaintiff might prove fruitless. However, where the plaintiff successfully received a damage award, he/she would now have the means to pay counsel. In *Stribbell v. Bhalla* (1990), 73 O.R. (2d) 748 (H.C.J.), Osborne J. (as he then was) held it was not champertous for an impecunious plaintiff to pay his counsel fees out of his damage award. In his view, such a payment by the plaintiff was necessary to ensure access to justice and to ensure that deserving actions be prosecuted by competent counsel.

pouvant donner lieu à l'attribution de dommages-intérêts. Si le demandeur est débouté de son action, l'avocat ne touche pas d'honoraires, mais si celle-ci est accueillie, il reçoit un pourcentage préétabli des dommages-intérêts accordés ou des honoraires déterminés. En conséquence, l'avocat qui consacre du temps et engage des frais pour le compte de son client risque de n'être ni payé pour ses services ni remboursé pour ses dépenses si le client n'a pas gain de cause. Pour compenser ce risque, les honoraires conditionnels sont généralement plus élevés que ceux qui seraient payables par le client si l'avocat facturait ses services sans égard à l'issue de l'affaire.

Avant 2002, et à l'époque visée en l'espèce, les conventions d'honoraires conditionnels étaient interdites en Ontario. On considérait en effet qu'elles contrevenaient à la règle prohibant les pactes d'honoraires d'avocats, établie parce qu'il ne paraissait pas souhaitable qu'un avocat ait un intérêt pécuniaire dans l'issue de l'instance de son client. Dans le but de favoriser l'accès à la justice, les conventions d'honoraires conditionnels sont désormais permises en Ontario, mais elles sont réglementées par la *Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S.15 (modifiée par L.O. 2002, ch. 24, ann. A). Voir également *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257 (C.A.).

Même avant l'introduction des conventions d'honoraires conditionnels, il arrivait quand même que des avocats représentent des demandeurs impécunieux. Toutefois, l'impécuniosité de ces clients pouvait rendre futile tout effort de recouvrement de la créance pour honoraires et débours. Par ailleurs, lorsque des dommages-intérêts étaient accordés, le client avait alors les moyens de rémunérer son avocat. Dans *Stribbell c. Bhalla* (1990), 73 O.R. (2d) 748 (H.C.J.), le juge Osborne (plus tard juge en chef adjoint de l'Ontario) a statué qu'un demandeur impécunieux qui payait les honoraires de son avocat sur les dommages-intérêts que lui avait accordés le tribunal ne concluait pas de pacte illicite. Selon lui, ce mode de rémunération s'imposait pour que la justice soit accessible et pour que des actions méritant d'être instruites soient menées par des avocats compétents.

In *Desmoulin (Committee of) v. Blair* (1994), 21 O.R. (3d) 217 (C.A.), Austin J.A. upheld a risk premium payable by a plaintiff to his counsel out of his award of damages. The plaintiff was impecunious. Counsel pursued the lengthy personal injury litigation without being paid and obtained a large judgment in favour of the plaintiff. After the successful conclusion of the trial, plaintiff's counsel rendered a bill to the client, a portion of which represented an amount over and above counsel's hourly rate. This premium was added by counsel to take into account the risk of non-payment borne by counsel. Austin J.A. held that the premium was justified as the taking on of litigation on behalf of impecunious plaintiffs should be encouraged in appropriate ways. The plaintiff did not qualify for legal aid but could not otherwise fund the litigation, as contingency fee agreements were not permitted in Ontario at the time. Austin J.A. emphasized that premiums should only be assessed where there "was a very real risk of an adverse finding on the issue of liability": *Desmoulin*, at p. 223.

Dans *Desmoulin (Committee of) c. Blair* (1994), 21 O.R. (3d) 217 (C.A.), le juge Austin a maintenu la prime de risque payable par le demandeur sur les dommages-intérêts obtenus par celui-ci. Ce demandeur était impécunieux. Son avocat, qui l'avait représenté sans être payé dans une longue action en dommages-intérêts pour préjudice corporel, avait obtenu une somme substantielle pour son client, à la suite de quoi il lui avait présenté une note d'honoraires comportant une somme excédant son tarif horaire. L'avocat avait ajouté cette prime pour tenir compte du risque de non-paiement qu'il avait couru. Le juge Austin a conclu que la prime était justifiée, car il convenait d'encourager les avocats, par des moyens appropriés, à représenter des demandeurs démunis. Dans cette affaire, bien qu'inadmissible à l'aide juridique, le demandeur n'aurait par ailleurs pas pu financer autrement le litige, puisque les conventions d'honoraires conditionnels étaient alors interdites en Ontario. Le juge a souligné que les primes ne devaient être imposées que dans le cas où il [TRADUCTION] « existait un risque très réel de décision défavorable sur la question de la responsabilité » : *Desmoulin*, p. 223. 14

As indicated, when counsel took on the plaintiffs' claims in this case, contingency arrangements were not permitted. The trial judge found plaintiffs' counsel carried the litigation, in the face of the defendants' denial of liability, through its four-year duration with no remuneration due to the impecuniosity of the plaintiffs. According to *Desmoulin*, it appears plaintiffs' counsel may have been entitled to charge the plaintiffs a risk premium.

Comme il a été mentionné, les conventions d'honoraires conditionnels n'étaient pas permises lorsque l'avocat des demandeurs a accepté de représenter ceux-ci en l'espèce. Le juge de première instance a estimé que, malgré le fait que les défendeurs niaient toute responsabilité, l'avocat des demandeurs s'était occupé de leur dossier pendant les quatre années qu'a duré le litige, et ce, sans rémunération vu l'impécuniosité de ses clients. Suivant l'arrêt *Desmoulin*, il semble que l'avocat des demandeurs puisse avoir eu droit d'exiger de ceux-ci le paiement d'une prime de risque. 15

The propriety of a risk premium between lawyer and client is not challenged in this appeal. At issue is whether the plaintiffs' costs award, payable by the unsuccessful defendants, should be increased to take into account the risk of non-payment to the plaintiffs' counsel.

Le bien-fondé des primes de risque demandées par les avocats à leurs clients n'est pas remis en cause dans le présent pourvoi. Il s'agit plutôt de décider si les dépens payables par les défendeurs ayant succombé doivent être majorés pour tenir compte du risque de non-paiement couru par l'avocat des demandeurs. 16

B. *Ontario Costs Scheme at the Relevant Time*

17 Costs awards made by trial judges should be accorded a high degree of deference: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71, at paras. 42-43; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9, at para. 27. However, as LeBel J. stated in *Okanagan Indian Band*, at para. 43: "An appellate court may and should intervene where it finds that the trial judge has misdirected himself as to the applicable law". In this case, the Court must look to the law governing costs in Ontario.

18 Ontario courts have discretion over costs; however, that discretion is not unlimited. Section 131(1) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, provides:

> **131.**—(1) Subject to the provisions of an Act or rules of court, the costs of and incidental to a proceeding or a step in a proceeding are in the discretion of the court, and the court may determine by whom and to what extent the costs shall be paid.

19 Thus, the determination of whether risk of non-payment to plaintiff's counsel was an appropriate consideration requires an examination of the relevant Ontario legislative scheme governing the fixation of costs, which is contained in the *Rules of Civil Procedure*.

20 Rule 57.01(1) sets out the factors a court is to consider when exercising its discretion over costs. At the time costs were fixed in this case, Rule 57.01(1) read:

> **57.01** (1) In exercising its discretion under section 131 of the *Courts of Justice Act* to award costs, the court may consider, in addition to the result in the proceeding and any offer to settle or to contribute made in writing,

B. *Les règles relatives aux dépens en Ontario pendant la période pertinente*

Les décisions des juges de première instance concernant les dépens appellent un degré élevé de déférence (*Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, par. 42-43; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 303, 2004 CSC 9, par. 27). Toutefois, comme l'a déclaré le juge LeBel au par. 43 de l'arrêt *Bande indienne Okanagan* : « Une cour d'appel peut et doit intervenir lorsqu'elle estime que le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ». En l'espèce, la Cour doit examiner le droit applicable en matière de dépens en Ontario.

Les tribunaux ontariens possèdent, en matière de dépens, un pouvoir discrétionnaire, mais ce pouvoir n'est toutefois pas absolu. Le paragraphe 131(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, prévoit ce qui suit :

> **131** (1) Sous réserve des dispositions d'une loi ou des règles de pratique, les dépens de l'instance ou d'une mesure prise dans le cadre de celle-ci, et qui sont accessoires à l'instance ou à la mesure, ceux qui les paient et la part qui incombe à chacun relèvent du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

En conséquence, pour décider si le risque de non-paiement qu'a couru l'avocat des demandeurs pouvait à bon droit être pris en considération, il faut examiner les principes régissant l'établissement des dépens, lesquels sont énoncés dans les *Règles de procédure civile* de l'Ontario.

Les facteurs que le tribunal peut prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens sont énumérés à la règle 57.01(1), qui était rédigée ainsi à la date où les dépens ont été adjugés en l'espèce :

> **57.01** (1) Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens que lui confère l'article 131 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, le tribunal peut prendre en considération, outre le résultat de l'instance et l'offre de transaction ou de contribution présentée par écrit :

(a) the amount claimed and the amount recovered in the proceeding;

(b) the apportionment of liability;

(c) the complexity of the proceeding;

(d) the importance of the issues;

(e) the conduct of any party that tended to shorten or to lengthen unnecessarily the duration of the proceeding;

(f) whether any step in the proceeding was,

(i) improper, vexatious or unnecessary, or

(ii) taken through negligence, mistake or excessive caution;

(g) a party's denial of or refusal to admit anything that should have been admitted;

(h) whether it is appropriate to award any costs or more than one set of costs where a party,

(i) commenced separate proceedings for claims that should have been made in one proceeding, or

(ii) in defending a proceeding separated unnecessarily from another party in the same interest or defended by a different solicitor; and

(i) any other matter relevant to the question of costs.

Rule 57.01(1) guides a court's determination of the quantum of a costs award. While indemnification is and always has been one of the cornerstones of a costs award, the scheme in place at the time costs were fixed in this case was not one of full indemnity. An entitled party did not simply send its lawyer's bill to the other side. Rather, the quantum a party would receive as an indemnity was governed by the factors set out in Rule 57.01(1) and the Tariff. Rule 57.01(3) provided: "When the court awards costs, it shall fix them in accordance with subrule (1) and the Tariffs."

At the time costs were fixed in this case, the fee portion of the Tariff consisted of a costs grid with

a) le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu;

b) le partage de la responsabilité;

c) le degré de complexité de l'instance;

d) l'importance des questions en litige;

e) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abréger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;

f) une mesure prise dans l'instance qui :

(i) était irrégulière, vexatoire ou inutile,

(ii) l'a été par négligence, erreur ou prudence excessive;

g) la dénégation, par une partie, d'un fait qui aurait dû être reconnu ou son refus de reconnaître un tel fait;

h) l'opportunité de condamner aux dépens d'une ou de plusieurs instances, si une partie :

(i) a introduit des instances distinctes relativement à des demandes qui auraient dû être jointes dans une seule instance,

(ii) a séparé inutilement sa défense de celle d'une autre partie ayant le même intérêt ou s'est fait représenter par un procureur distinct;

i) les autres facteurs pertinents à la question des dépens.

21 La règle 57.01(1) guide le tribunal dans la détermination du montant des dépens. Bien que l'indemnisation constitue depuis toujours l'un des principes fondamentaux de l'adjudication des dépens, les règles applicables à l'époque pertinente ne prévoyaient pas l'indemnisation intégrale. La partie ayant droit aux dépens ne pouvait pas simplement se contenter d'envoyer le compte d'honoraires et de débours de son avocat à l'autre partie. La somme qu'elle recevait à titre d'indemnité était plutôt établie en fonction des facteurs énumérés à la règle 57.01(1) et au tarif. La règle 57.01(3) était ainsi libellée : « Lorsque le tribunal adjuge les dépens, il fixe ceux-ci conformément au paragraphe (1) et aux tarifs. »

22 À la date où les dépens ont été fixés en l'espèce, la section du tarif se rapportant aux

two scales: "partial indemnity" and "substantial indemnity". Each scale set hourly or daily maximums for various steps in the litigation process taking into consideration the experience and expertise of counsel.

23 Where a plaintiff makes an offer under Rule 49 and the plaintiff obtains a judgment as favourable or more favourable than that offer, the plaintiff is entitled to costs on the partial indemnity scale up to the point of offer and on the substantial indemnity scale from the point of offer onward unless the court orders otherwise. In this way, Rule 49 acts as a settlement incentive for a defendant to accept a reasonable offer. This settlement incentive under Rule 49, however, works both ways. If a defendant makes an offer to settle and the plaintiff obtains a judgment as favourable or less favourable than the offer, the plaintiff is entitled to costs on the partial indemnity scale up to the date of the service of the offer, but the unsuccessful defendant is entitled to costs on the partial indemnity scale from the point of offer onward unless the court orders otherwise. Rules 49.10(1) and 49.10(2) provide:

**49.10** (1) Where an offer to settle,

(a) is made by a plaintiff at least seven days before the commencement of the hearing;

(b) is not withdrawn and does not expire before the commencement of the hearing; and

(c) is not accepted by the defendant,

and the plaintiff obtains a judgment as favourable as or more favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff is entitled to partial indemnity costs to the date the offer to settle was served and substantial indemnity costs from that date, unless the court orders otherwise.

(2) Where an offer to settle,

(a) is made by a defendant at least seven days before the commencement of the hearing;

(b) is not withdrawn and does not expire before the commencement of the hearing; and

honoraires comportait une grille de dépens composée de deux barèmes : le « barème d'indemnisation partielle » et le « barème d'indemnisation substantielle ». Chaque barème établissait les taux horaires ou quotidiens maximaux applicables aux diverses étapes d'une instance, en fonction de l'expérience et de l'expertise de l'avocat.

Suivant la règle 49, lorsque le demandeur qui a présenté une offre de transaction obtient un jugement aussi favorable, ou plus favorable, que cette offre, il a droit aux dépens d'indemnisation partielle jusqu'à la date de l'offre et aux dépens d'indemnisation substantielle à compter de cette date, sauf ordonnance contraire du tribunal. La règle 49 agit ainsi comme une mesure propre à inciter le défendeur à transiger lorsqu'une offre raisonnable lui est présentée. Toutefois, cet incitatif joue dans les deux sens. Si un défendeur présente une offre de transaction et que le demandeur obtient un jugement aussi favorable, ou moins favorable que l'offre en question, le demandeur a droit aux dépens d'indemnisation partielle jusqu'à la date de signification de l'offre, mais le défendeur ayant succombé a droit aux dépens d'indemnisation partielle à compter de la date de l'offre, sauf ordonnance contraire du tribunal. Voici le texte des par. (1) et (2) de la règle 49.10 :

**49.10** (1) Si une offre de transaction :

a) est présentée par un demandeur au moins sept jours avant le début de l'audience;

b) n'est pas retirée et n'expire pas avant le début de l'audience;

c) n'est pas acceptée par le défendeur,

et que le demandeur obtient un jugement aussi favorable, ou plus favorable, que les conditions de l'offre, il a droit aux dépens d'indemnisation partielle à la date de la signification de l'offre et aux dépens d'indemnisation substantielle à compter de cette date, sauf ordonnance contraire du tribunal.

(2) Si une offre de transaction :

a) est présentée par un défendeur au moins sept jours avant le début de l'audience;

b) n'est pas retirée et n'expire pas avant le début de l'audience;

(c) is not accepted by the plaintiff,

and the plaintiff obtains a judgment as favourable as or less favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff is entitled to partial indemnity costs to the date the offer was served and the defendant is entitled to partial indemnity costs from that date, unless the court orders otherwise.

c) n'est pas acceptée par le demandeur,

et que le demandeur obtient un jugement aussi favorable, ou moins favorable, que les conditions de l'offre, le demandeur a droit aux dépens d'indemnisation partielle à la date de la signification de l'offre et le défendeur a droit aux dépens d'indemnisation partielle à compter de cette date, sauf ordonnance contraire du tribunal.

### C. *Does Risk of Non-Payment to Plaintiffs' Counsel Fall Within Rule 57.01(1)(i)?*

### C. *Le risque de non-paiement couru par l'avocat d'un demandeur est-il un facteur visé la règle 57.01(1)i)?*

Risk of non-payment to plaintiffs' counsel is not an enumerated factor under Rule 57.01(1). Can it be said that such risk falls within clause (i) as "any other matter relevant to the question of costs"? While these words are broad, from the scheme of Rule 57.01(1) I infer they are not unlimited. If the court's discretion to consider costs was unlimited, there would have been no need for clauses (a) to (h). On the contrary, I think the enumerated considerations in clauses (a) to (h) provide guidance as to matters that might be considered relevant in clause (i).

24 Le risque de non-paiement couru par l'avocat d'un demandeur n'est pas un facteur énuméré à la règle 57.01(1). Peut-on considérer qu'il s'agit néanmoins d'un « autr[e] facteu[r] pertinen[t] à la question des dépens » au sens de l'al. i)? Bien que ces mots aient une large portée, je conclus du régime établi par la règle 57.01(1) que cette portée n'est pas illimitée. Si le tribunal jouissait d'un pouvoir discrétionnaire illimité en matière d'adjudication de dépens, il n'aurait pas été nécessaire d'édicter les al. a) à h). Je pense plutôt que les facteurs énumérés à ces alinéas donnent des indications sur les éléments qui peuvent être considérés comme pertinents au sens de l'al. i).

Indeed, the Latin maxim *ejusdem generis*, or the limited class rule, is helpful in determining legislative intent when a court is faced with a list of items followed by a general term. As R. Sullivan explains in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 175-77, the scope of the general term may be limited to any genus or class to which the specific items all belong. An examination of the factors that were expressly included at the time the costs award was fixed in this case reveals some common features among them.

25 En effet, la maxime latine *ejusdem generis* ou règle des choses de même ordre constitue un outil utile lorsqu'un tribunal doit dégager l'intention du législateur dans le cas d'une énumération complétée par un terme générique. Comme l'explique R. Sullivan de *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 175-177, le genre ou la catégorie des termes de l'énumération peuvent restreindre la portée du terme générique. En l'espèce, il ressort de l'examen des facteurs expressément prévus par la disposition applicable au moment de l'adjudication des dépens que ces facteurs possédaient des caractéristiques communes.

First, the factors in place at the relevant time could be described as neutral. They applied to either a plaintiff or a defendant and typically either increased or decreased a costs award against one of those parties. Risk of non-payment to plaintiff's counsel lacks such neutrality. Taking risk

26 Premièrement, les facteurs alors applicables peuvent être décrits comme neutres. Ils s'appliquaient indifféremment au demandeur ou au défendeur et ils avaient généralement pour effet de hausser ou de réduire le montant des dépens que l'une des parties était condamnée à payer. Le risque de

into consideration would result in an increase in the costs awarded only against the defendant.

27 Second, the enumerated factors in place at the relevant time fell within one of two categories. They dealt either with the nature of the case or the conduct of the parties in the litigation. Parties to litigation have knowledge about the nature of the case and can control their own conduct in the litigation. Therefore, the parties are capable of predicting, generally, how such factors would affect a costs award against them, and may thereby be guided as to whether or not to settle or to proceed. By contrast, a risk premium is a financial arrangement between the plaintiffs and their counsel. It is not a matter about which the defendant would normally have knowledge, nor is it a matter about which the defendant is entitled to know. The risk premium does not fall within either of the categories of knowledge or control. It is a function of either the plaintiff's financial circumstances or simply the fee agreement between the plaintiff and counsel.

28 Application of the *ejusdem generis* rule would suggest that it was not the intention of its framers that clause (i) would include the risk of nonpayment to plaintiffs' counsel as a relevant factor to consider in an award of costs against an unsuccessful defendant. Unsuccessful defendants should expect to pay similar amounts by way of costs across similar pieces of litigation involving similar conduct and counsel, regardless of what arrangements the particular plaintiff may have concluded with counsel.

29 In the Ontario Court of Appeal, Gillese and Lang JJ.A. concluded that the specific arrangement between plaintiff and counsel was not to be considered when an award of partial indemnity costs was ordered. Thus, a risk premium could not be assessed against a different unsuccessful defendant in this case. (At trial, an award of damages and

non-paiement couru par l'avocat du demandeur ne présente pas cette neutralité. En effet, la prise en considération de ce facteur ne peut que se traduire par l'augmentation des dépens adjugés contre le défendeur.

Deuxièmement, ces facteurs appartenaient à l'une ou l'autre de deux catégories. Ils se rapportaient soit à la nature de l'affaire soit à la conduite des parties pendant l'instance. Les parties à une instance connaissent la nature de celle-ci et sont maîtres de leur conduite pendant son déroulement. Par conséquent, elles sont en mesure de prévoir, de façon générale, comment ces facteurs pourraient jouer si elles étaient condamnées aux dépens et elles peuvent, à partir de là, décider s'il convient de transiger ou de poursuivre l'instance. La prime de risque, elle, procède d'une entente financière entre un demandeur et son avocat. Ce n'est pas un fait dont le défendeur connaît généralement l'existence ou qu'il a le droit de savoir. Elle n'entre ni dans la catégorie de la connaissance ni dans celle de la conduite. Elle dépend de la situation financière du demandeur ou simplement de la convention intervenue entre celui-ci et son avocat relativement aux honoraires.

L'application de la règle *ejusdem generis* tend à indiquer qu'il n'entrait pas dans l'intention des rédacteurs de l'al. i) d'inclure le risque de nonpaiement couru par l'avocat d'un demandeur ayant gain de cause dans les facteurs à considérer pour fixer les dépens que devra lui payer le défendeur. Les défendeurs qui succombent doivent pouvoir supposer qu'ils seront condamnés, au titre des dépens, à des sommes similaires à celles accordées dans des litiges analogues montrant des similarités relativement à la conduite des parties et aux avocats en présence, et ce, quels que soient les arrangements conclus par les demandeurs et leurs avocats.

Les juges Gillese et Lang de la Cour d'appel de l'Ontario ont conclu que, dans les cas où des dépens d'indemnisation partielle sont adjugés, la convention particulière intervenue entre un demandeur et son avocat ne doit pas être prise en considération. Par conséquent, une prime de risque ne pouvait être imposée à un autre défendeur ayant succombé

partial indemnity costs including a risk premium was made against the Wawanesa Mutual Insurance Company. The Court of Appeal reversed on the issue of risk premium and that aspect of the decision was not appealed to this Court.) At para. 113 of their reasons, Gillese and Lang JJ.A. stated:

A defendant has no knowledge of the private arrangements between the plaintiff and his or her counsel and thus has no means of measuring the risk of engaging in litigation. Defendants would be unable to gauge their exposure to costs when deciding whether and how to defend as exposure would be dependent, at least in part, on the financial means of the plaintiff. This difficulty would be compounded by the fact that many plaintiffs would happily agree to any amount of premium if the premium were to be paid by the losing party. In situations where a party realistically understands that his or her exposure for costs is limited to an award on a partial indemnity basis, counsel ought not to be concerned that the normal elements of costs will be inflated by a private arrangement made between the other side and his or her counsel.

I agree with that reasoning. However, I see no reason why it would not be applicable when the court, under Rule 49, makes an award of costs on the substantial indemnity scale as opposed to the partial indemnity scale. Substantial indemnity costs were defined simply as costs payable on a higher scale than partial indemnity costs. As their name suggests, they were not intended to fully indemnify a party for any amount it may have undertaken to pay its counsel. I therefore see no basis for a difference in approach to the issue of a risk premium as between an award of partial or substantial indemnity costs.

In *Finlayson v. Roberts* (2000), 136 O.A.C. 271 (C.A.), Carthy J.A. found that a risk premium was not assessable against the unsuccessful defendant when costs were awarded pursuant to Rule 49. At para. 25 he stated:

en l'espèce. (En première instance, la Compagnie Mutuelle d'Assurance Wawanesa avait été condamnée à des dommages-intérêts et à des dépens d'indemnisation partielle incluant une prime de risque. La Cour d'appel a infirmé la décision relative à la prime de risque et cet aspect de l'arrêt n'a pas été porté en appel devant notre Cour.) Au paragraphe 113 de leurs motifs, les juges ont écrit ceci :

[TRADUCTION] Un défendeur n'est pas au fait des ententes privées qu'ont conclues le demandeur et son avocat. Il n'est donc pas en mesure d'évaluer le risque qu'il court en s'engageant dans l'instance. Les défendeurs seraient incapables, au moment où ils doivent prendre une décision sur l'opportunité et les modalités d'une défense, d'estimer les dépens qu'ils pourraient être appelés à payer, car ceux-ci dépendraient, en partie du moins, des moyens financiers du demandeur. Cette difficulté ne manquerait pas d'être exacerbée par le fait que bon nombre de demandeurs donneraient volontiers leur accord à quelque prime que ce soit si celle-ci était à la charge de la partie qui succombe. Dans le cas où une partie peut penser de façon réaliste que le risque auquel elle s'expose, en matière de dépens, se limite à des dépens d'indemnisation partielle, les avocats ne devraient pas avoir à se demander si la composition habituelle des dépens ne gonflera pas du fait d'une entente privée entre l'autre partie et son avocat.

30 Je souscris à ce raisonnement. Toutefois, je ne vois pas pourquoi il ne s'appliquerait pas lorsque le tribunal adjuge, en vertu de la règle 49, des dépens d'indemnisation substantielle plutôt que des dépens d'indemnisation partielle. Les dépens d'indemnisation substantielle ont été définis comme étant tout simplement des dépens établis suivant un barème plus élevé que les dépens d'indemnisation partielle. Comme leur nom l'indique, ils ne visent pas à indemniser intégralement une partie de la somme qu'elle s'est engagée à verser à son avocat. Je ne vois donc pas pourquoi il faudrait traiter différemment la prime de risque selon qu'il s'agit de dépens d'indemnisation partielle ou de dépens d'indemnisation substantielle.

31 Dans *Finlayson c. Roberts* (2000), 136 O.A.C. 271 (C.A.), le juge Carthy a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'inclure la prime de risque dans les dépens adjugés en application de la règle 49 contre le défendeur qui succombe. Il a dit ce qui suit au par. 25 :

A premium fee does not fit with rule 49 concerns and is unfair to a defendant. On the date of an offer to settle, the risk of refusal is of future costs which can be measured against general experience. A defendant has no knowledge of private arrangements between the plaintiff and her counsel, and thus has no means of measuring the risk of refusing the plaintiff's offer. . . . To inflict [a risk premium] upon the defendant under rule 49 turns the rule from one that induces and encourages settlements, to a rule that penalizes a defendant for not accepting an offer by imposing what may be a totally unexpected obligation in an unknown amount. It also introduces the added difficulty presented by typical plaintiffs who would happily agree to any amount of premium that an insurer pays to counsel.

[TRADUCTION] Une prime de risque ne cadre pas avec les facteurs de la règle 49, et elle est injuste pour le défendeur. À la date de l'offre de transaction, le risque afférent au refus concerne les dépens à intervenir, que l'expérience permet d'évaluer. Mais le défendeur ne connaît pas les ententes privées intervenues entre le demandeur et son avocat, et il lui est donc impossible de mesurer le risque découlant du refus de l'offre du demandeur. [. . .] En imposant [une prime de risque] au défendeur sous le régime de la règle 49, on fait perdre à cette règle sa vocation de promotion des règlements pour la rendre pénalisante à l'endroit des défendeurs qui ont refusé une offre, en les assujettissant à une obligation qui est peut-être tout à fait imprévue et dont le montant est inconnu. On introduit également une difficulté supplémentaire du fait que le demandeur moyen consentirait volontiers à toute prime qui serait payée par un assureur à l'avocat.

32 *Finlayson* was distinguished in *Lurtz* on the basis that in *Finlayson* liability was admitted and the risk premium was pursuant to an agreement and not necessarily because the plaintiff was impecunious. However, I see nothing in Carthy J.A.'s reasons that purports to limit his view to cases where liability is admitted or to cases in which the risk premium agreement is not as a result of the impecuniosity of the plaintiff. As I read *Finlayson*, its reasoning can and should be applied to any assessment of costs flowing from a Rule 49 offer to settle. Carthy J.A. concludes at para. 28 of *Finlayson*:

Dans *Lurtz*, la Cour d'appel a distingué l'affaire dont elle était saisie de l'affaire *Finlayson*, au motif que, dans la seconde, il y avait eu aveu de responsabilité et que la prime de risque résultait d'une entente et pas nécessairement de l'impécuniosité du demandeur. Cependant, je ne vois rien dans les motifs du juge Carthy qui aurait pour effet de limiter l'application de son raisonnement aux cas où la responsabilité est reconnue ou à ceux où l'entente concernant la prime de risque ne résulte pas de l'impécuniosité du demandeur. Selon mon interprétation de l'arrêt *Finlayson*, le raisonnement exposé dans celui-ci peut et doit être appliqué à toute liquidation de dépens dans le cadre d'une offre de transaction fondée sur la règle 49. Le juge Carthy a tiré la conclusion suivante au par. 28 de *Finlayson* :

I therefore conclude that what is commonly known as a "risk premium" should not be included in a solicitor and client assessment under rule 49.

[TRADUCTION] Je conclus donc que ce qu'on appelle communément la « prime de risque » ne doit pas faire partie de dépens liquidés en application de la règle 49 sur la base avocat-client.

Carthy J.A.'s approach, with which I am in substantial agreement, provides strong reasoning as to why a risk premium is not to be included in an award of substantial indemnity costs under Rule 49.

L'analyse du juge Carthy, à laquelle je souscris pour l'essentiel, constitue un raisonnement solide expliquant pourquoi il ne faut pas inclure de prime de risque dans des dépens d'indemnisation substantielle adjugés en vertu de la règle 49.

33 The assessment of risk premiums against unsuccessful defendants has been rejected in the United States. While there are different considerations as between the United States and Ontario cost

Aux États-Unis, on a rejeté la possibilité d'imposer une prime de risque aux défendeurs ayant succombé. Bien que les règles régissant les dépens aux États-Unis et en Ontario fassent intervenir des

schemes, the risk analysis by the United States Supreme Court is instructive. As pointed out by Scalia J. for the majority of the Court in *City of Burlington v. Dague*, 505 U.S. 557 (1992), where payment to plaintiff's counsel is dependent upon the plaintiff achieving a favourable result, counsel's risk of non-payment is directly related to the plaintiff's risk of losing his/her case. Scalia J. determined that a plaintiff's risk of loss is a product of two factors: (1) the factual or legal merits of the plaintiff's case; and (2) the difficulty in establishing those merits. He explained that assessing costs against the defendant for the first component of risk leads to undesirable consequences while the second component of risk is already subsumed in the costs award without the need for a premium.

considérations différentes, l'analyse relative au risque qu'a effectuée la Cour suprême des États-Unis est instructive. Le juge Scalia, qui a formulé l'opinion majoritaire de la Cour dans l'arrêt *City of Burlington c. Dague*, 505 U.S. 557 (1992), a souligné que, lorsque la rémunération de l'avocat du demandeur dépend du succès obtenu par celui-ci, le risque de non-paiement assumé par l'avocat est en corrélation directe avec le risque que le demandeur n'ait pas gain de cause, risque qui, selon le juge Scalia, est fonction de deux facteurs : (1) le bien-fondé factuel et juridique de la cause du demandeur; et (2) la difficulté d'établir ce bien-fondé. Le juge a expliqué que l'adjudication de dépens contre le défendeur pour tenir compte du premier facteur entraîne des conséquences non souhaitables et que, comme le deuxième facteur de risque est déjà intégré aux dépens, il n'est pas nécessaire d'ajouter une prime.

In my view the same reasoning applies to the Ontario costs scheme. As to the legal and factual merits of the plaintiff's claim, the more risky a case is to the plaintiff, the more defensible it is to the defendant. The threat of a risk premium would incline defendants with meritorious defences to settle. This increased tendency to settle brings with it an undesirable corollary effect — it would encourage plaintiffs to pursue the least meritorious claims. Encouraging plaintiffs to pursue the least meritorious claims is not an objective which the costs scheme should promote.

34 À mon avis, le même raisonnement s'applique au régime ontarien en matière de dépens. S'agissant du bien-fondé factuel et juridique d'une demande, plus une affaire est risquée pour le demandeur plus il est possible de lui opposer une défense. La menace d'une prime de risque pourrait donc pousser au règlement des défendeurs qui auraient par ailleurs des moyens de défense valables à invoquer. Une tendance accrue à régler de la sorte s'accompagnerait d'un effet indésirable : elle encouragerait les demandeurs à persister dans les actions les moins bien fondées. Encourager un tel comportement n'est pas un objectif que devraient favoriser les règles applicables en matière de dépens.

As to the difficulty of establishing the legal and factual merits of the plaintiff's claim, the complexity of the legal and factual issues in a particular case and the unwillingness of a defendant to admit liability or facts make it more difficult for the plaintiff to prove his/her case. This necessarily increases the risk of the plaintiff achieving an unfavourable result, and in turn, increases the risk to a lawyer whose payment is contingent upon that result. Moreover, these factors often lead to protracted litigation requiring additional time on behalf of plaintiff's counsel thereby increasing counsel's investment in the matter. Complexity may also require

35 Pour ce qui est de la difficulté de démontrer le bien-fondé en droit et en fait d'une demande, la complexité des questions juridiques et factuelles en cause dans une affaire donnée et le refus d'un défendeur de reconnaître sa responsabilité accroissent les difficultés de preuve, ce qui amplifie nécessairement le risque de résultat défavorable pour le demandeur et, de ce fait, le risque couru par l'avocat de celui-ci, dont la rémunération est tributaire du résultat. Qui plus est, ces facteurs allongent souvent l'instance, forçant l'avocat du demandeur à consacrer davantage de temps à l'affaire, ce qui implique un investissement plus substantiel de sa

a more experienced or expert counsel to achieve a favourable result, whose investment of time is more valuable.

36 These factors, however, should already be taken into account by a court when it fixes costs. Complexity, length, result, and a failure to admit are enumerated factors under Rule 57.01(1) and experience and expertise of counsel were taken into consideration according to the express terms of the Tariff. Indeed, in this case the trial judge noted that while the costs award was "substantial" it was fair and reasonable. A full reading of his reasons indicates that he considered all of the above factors in arriving at that award. Compensating for these factors again through the addition of a risk premium arguably constitutes a double count in the costs award against the unsuccessful defendant.

D. *Do Access to Justice Considerations Make Risk of Non-Payment a Relevant Factor Under Rule 57.01(1)(i)?*

37 The plaintiffs argued that risk premiums payable by defendants encourage counsel to take on the cases of impecunious plaintiffs and therefore promote access to justice. They rely on *Okanagan Indian Band* in arguing that access to justice makes risk of non-payment to plaintiffs' counsel a relevant consideration under the Ontario scheme.

38 *Okanagan Indian Band* involved an interim award of costs payable by the government to enable the Indian Band to engage in the litigation. LeBel J. emphasized that a defendant should only be required to carry the burden of ensuring an opponent's access to justice in the most exceptional of circumstances. One of the requirements of the test is that the plaintiff "no other realistic option exists for bringing the issues to trial": *Okanagan Indian Band*, at para. 40.

part. Il se peut aussi que, pour mener à bon port une affaire complexe, il faille un avocat plus spécialisé ou plus expérimenté, dont les services sont plus dispendieux.

Toutefois, ces facteurs entrent déjà en ligne de compte dans l'adjudication des dépens. La complexité et la durée de l'instance, son résultat et le défaut de reconnaître un fait qui aurait dû l'être sont des facteurs énumérés à la règle 57.01(1), et l'expérience et l'expertise de l'avocat ont été prises en considération conformément au texte du tarif. D'ailleurs, en l'espèce, le juge de première instance a souligné que, bien que [TRADUCTION] « substantiels », les dépens adjugés étaient justes et raisonnables. L'examen de l'ensemble de ses motifs indique qu'il a tenu compte de tous les facteurs susmentionnés en adjugeant les dépens. On peut soutenir qu'en ajoutant la compensation supplémentaire que représenterait la prime de risque on se trouverait à faire compter ces facteurs deux fois dans l'adjudication des dépens contre un défendeur ayant succombé.

D. *Le risque de non-paiement peut-il, pour des considérations fondées sur l'accès à la justice, constituer un facteur pertinent dans l'application de la règle 57.01(1)i)?*

Les demandeurs ont fait valoir que l'octroi de primes de risque payables par les défendeurs encourage les avocats à accepter de représenter des parties impécunieuses et favorise, de ce fait, l'accès à la justice. Invoquant l'arrêt *Bande indienne Okanagan*, ils soutiennent que l'accès à la justice est une considération faisant du risque de non-paiement un facteur pertinent pour l'application des règles de l'Ontario relatives aux dépens.

Cet arrêt concernait l'octroi d'une provision pour frais payable par le gouvernement à la bande indienne afin de lui permettre de financer le procès. Le juge LeBel a souligné qu'un défendeur ne devrait avoir le fardeau d'assurer l'accès à la justice de la partie adverse que dans des circonstances très exceptionnelles. L'une des exigences du critère est que le demandeur « ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal » : *Bande indienne Okanagan*, par. 40.

Personal injury cases involve the prospect of receiving a favourable judgment out of which an impecunious plaintiff can pay a lawyer's fee. Thus, if successful, counsel will receive payment for the disbursements made and services rendered, i.e. what counsel would have received on an ongoing basis had the client been financially capable of paying. In addition to the delay in payment, however, such counsel bears the risk of non-payment if success is not achieved. This requires a further incentive for counsel to be willing to take on such cases. In other words, counsel will look to be compensated for providing the additional service of financing the litigation at his/her own risk.

39 Les actions en dommages-intérêts pour préjudice corporel offrent au demandeur impécunieux la possibilité de payer son avocat sur la somme qu'il recevra en cas de jugement favorable. Ainsi, l'avocat qui obtient gain de cause est défrayé des débours qu'il a effectués et il est payé pour les services qu'il a rendus, comme il l'aurait été sur une base régulière si son client avait eu les moyens de le rémunérer. Dans un tel cas, toutefois, non seulement l'avocat accepte-t-il d'être payé plus tard, mais il risque en outre de ne pas être payé du tout si le tribunal rejette l'action. Il faut donc un incitatif supplémentaire pour que les avocats acceptent de tels mandats. Autrement dit, l'avocat voudra être compensé pour avoir en plus financé la cause à ses risques.

This is the concern that the Ontario courts first responded to by permitting counsel to charge plaintiffs a risk premium. In addition, it is now met through legislation permitting counsel to charge contingency fees: see the *Solicitors Act* and the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6. The opportunity for counsel to charge his or her own client a risk premium, or now a contingency fee, encourages competent counsel to take on the cases of impecunious plaintiffs. Such a charge is not dependent upon the amount the plaintiff recovers from the opposing party in a costs award. The appropriate source of encouragement lies with the client not with his or her opponent. Requiring unsuccessful defendants to pay a premium to the plaintiffs in personal injury cases is not compelled on the theory of promoting access to justice.

40 C'est à ce besoin que les tribunaux ontariens ont, les premiers, voulu répondre en permettant aux avocats de demander une prime de risque. Maintenant, des dispositions législatives permettant aux avocats de demander des honoraires conditionnels répondent également à ce besoin : voir la *Loi sur les procureurs* et la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6. La possibilité de demander une prime de risque ou, maintenant, des honoraires conditionnels à leurs clients encourage les avocats chevronnés à représenter des demandeurs impécunieux. Ces sommes ne dépendent pas du montant que le demandeur recevra de la partie adverse au titre des dépens. C'est du client que doit venir l'encouragement, non de la partie adverse. La promotion de l'accès à la justice n'exige pas que le défendeur qui succombe ait à verser une prime au demandeur dans une action pour préjudice corporel.

The plaintiffs have also argued that risk premiums payable by unsuccessful defendants are required to provide access to justice to impecunious plaintiffs who, even if successful, will receive no or minimal damages given the nature of their case, such as a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the absence of the prospect of a significant damage award out of which fees may be charged, there is little incentive for competent counsel to take on such cases. Nonetheless, I have difficulty placing serious weight on this argument. There are a number of other alternatives that

41 Les demandeurs ont également soutenu que la prime de risque imposée à un défendeur est nécessaire pour assurer l'accès à la justice d'un demandeur impécunieux qui, même s'il a gain de cause, n'obtiendra que peu ou pas de dommages-intérêts en raison de la nature de sa cause, mentionnons les contestations fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Effectivement, en l'absence de possibilité que le client obtienne un jugement lui accordant des dommages-intérêts substantiels sur lesquels celui-ci pourrait payer les honoraires de son avocat, les avocats chevronnés sont peu incités

bring these cases to trial. For example, plaintiffs in such cases may qualify for some form of legal aid, receive funds to pursue the litigation from a private source, find counsel to take on the case on a *pro bono* basis, or, in rare cases, be entitled to an interim costs award. While there may be a plaintiff who is unable to secure one of these alternatives, the costs scheme does not aim at perfection. Risk premiums cannot be justified on this basis.

à se charger de telles affaires. Néanmoins, il m'est difficile d'accorder beaucoup de poids à cet argument. Il existe d'autres solutions pour saisir la justice de telles affaires. Par exemple, le demandeur pourrait être admissible à l'aide juridique, recevoir des fonds d'une source privée pour financer la contestation, trouver un avocat qui accepterait de se charger bénévolement de sa cause ou, dans des cas exceptionnels, obtenir d'un tribunal une provision pour frais. Certes, il pourra arriver qu'un demandeur ne puisse se prévaloir d'aucune de ces mesures, mais les règles en matière de dépens ne sauraient atteindre la perfection. On ne peut justifier les primes de risque sur ce fondement.

## V. Conclusion

## V. Conclusion

42 I conclude that risk of non-payment to the plaintiffs' lawyer was not a relevant factor under the costs scheme in Rule 57.01(1) at the time costs were fixed in this case. The appeal is allowed with costs and the premium in the amount of $192,600 is set aside.

Je conclus que, au moment où les dépens ont été adjugés en l'espèce, le risque de non-paiement qu'a couru l'avocat des demandeurs ne constituait pas un facteur pertinent pour l'application de la règle 57.01(1). Le pourvoi est accueilli avec dépens, et la prime de 192 600 $ est annulée.

43 These reasons apply to the costs scheme in place in Ontario at the time costs were fixed in this case. Since that time the costs scheme has been modified in a number of ways. Whether or not the reasoning in this judgment applies to the costs scheme currently in place will be an issue for the courts as the occasion arises.

Les présents motifs s'appliquent au régime tel qu'il existait en Ontario lorsque les dépens ont été adjugés en l'espèce. Les règles ayant changé de diverses façons depuis, l'applicabilité au régime actuel du raisonnement formulé dans le présent jugement devra être déterminée par les tribunaux lorsque la question se posera.

*Appeal allowed with costs.*

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Solicitors for the appellants: Lerners, Toronto.*

*Procureurs des appelants : Lerners, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**Imperial Oil Limited** *Respondent*

- and -

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**Inco Limited** *Respondent*

and

**Teck Cominco Limited** *Intervener*

**INDEXED AS: IMPERIAL OIL LTD. *v.* CANADA; INCO LTD. *v.* CANADA**

**Neutral citation: 2006 SCC 46.**

File Nos.: 30695, 30849.

2006: February 7; 2006: October 20.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation — Income tax — Computation of business income — Capital losses — Discount on certain obligations — Foreign exchange losses — Debentures issued by taxpayer companies in U.S. dollars — Appreciation of U.S. dollar against Canadian dollar resulted in foreign exchange losses on redemption of debt obligations — Whether s. 20(1)(f) of Income Tax Act permits deductions from income of foreign exchange losses incurred on redemption of debt obligations — Whether s. 20(1)(f) limited to deduction of original issue discounts — Whether foreign exchange losses constitute capital losses pursuant to s. 39(2) of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 20(1)(f), 39(2).*

In 1989, Imperial Oil issued debentures in U.S. dollars and later redeemed a portion of those debentures

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**Compagnie pétrolière Impériale limitée** *Intimée*

- et -

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**Inco limitée** *Intimée*

et

**Teck Cominco Limited** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : CIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE *c.* CANADA; INCO LTÉE *c.* CANADA**

**Référence neutre : 2006 CSC 46.**

N^os^ du greffe : 30695, 30849.

2006 : 7 février; 2006 : 20 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Calcul du revenu d'entreprise — Pertes en capital — Rabais sur émission de certains titres — Pertes sur change — Sociétés contribuables émettant des débentures libellées en dollars américains — Augmentation de la valeur du dollar américain par rapport au dollar canadien à l'origine de pertes sur change lors du rachat de titres de créance — L'article 20(1)f) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet-il de déduire du revenu les pertes sur change subies lors du rachat de titres de créance? — L'article 20(1)f) n'autorise-t-il que la déduction de l'escompte initial d'émission? — Les pertes sur change constituent-elles des pertes en capital selon l'art. 39(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e^ suppl.), art. 20(1)f), 39(2).*

En 1989, la Compagnie pétrolière Impériale a émis des débentures libellées en dollars américains dont elle

in 1999. The U.S. dollar had appreciated against the Canadian dollar and Imperial Oil suffered a loss on redemption which represented the original discount and the foreign exchange loss. It took the position that it was entitled to deduct from income the entire loss under s. 20(1)(*f*)(i) of the *Income Tax Act* ("*ITA*") or, in the alternative, that it was entitled to a deduction of 75% of the loss under s. 20(1)(*f*)(ii) and that the non-deductible 25% under that formula was by default a capital loss under s. 39(2). The Minister of National Revenue decided that the loss was predominantly a capital loss under s. 39(2) and not deductible under s. 20(1)(*f*). The Tax Court of Canada upheld the Minister's assessment with a minor adjustment. The Federal Court of Appeal allowed Imperial Oil's appeal, in part. It allowed a deduction of 75% of the foreign exchange loss under s. 20(1)(*f*)(ii), but refused any further deduction.

Similarly, in 1989, Inco issued debentures in U.S. dollars at a discount, later redeeming a portion of them in 2000. Unlike Imperial Oil, Inco had sufficient U.S. funds on hand to redeem or purchase the debentures in the open market. In computing its income for 2000, Inco nevertheless deducted, under s. 20(1)(*f*) of the *ITA*, a foreign exchange loss allegedly resulting from the purchase of the 1989 debentures. The Minister disallowed the deduction. The Tax Court of Canada confirmed the Minister's assessment, finding that the change in the value of the Canadian dollar during the term of the debentures had not resulted in any realized loss or cost to Inco. The Federal Court of Appeal, on the basis of its earlier decision in *Imperial Oil*, set aside that decision and sent the matter back to the Minister for reassessment.

*Held* (Binnie, Fish and Charron JJ. dissenting): The appeals should be allowed. The Minister's assessments, as varied by the Tax Court of Canada in *Imperial Oil*, should be confirmed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps and Abella JJ.: Section 20(1)(*f*) of the *ITA* does not permit the deduction of foreign exchange losses, which must be claimed as a capital loss under s. 39. Since the purpose of s. 20(1)(*f*) is to address a specific class of financing costs arising out of the issuance of debt instruments at a discount, s. 20(1)(*f*) should not be construed as a broad provision allowing for the deductibility of a wide range of costs attendant upon financing in foreign currency, in

a, par la suite, racheté une partie en 1999. Le dollar américain ayant augmenté de valeur par rapport au dollar canadien, la compagnie a subi une perte sur rachat constituée de l'escompte initial et de la perte sur change. Elle a fait valoir que le sous-al. 20(1)*f*)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« *LIR* ») lui permettait de déduire de son revenu la totalité de la perte ou, subsidiairement, qu'elle avait droit à une déduction de 75 % de cette perte aux termes du sous-al. 20(1)*f*)(ii) et que les 25 % non déductibles suivant cette formule constituaient par défaut une perte en capital visée par le par. 39(2). Le ministre du Revenu national a décidé que la perte était avant tout une perte en capital visée par le par. 39(2) et n'était pas déductible en application de l'al. 20(1)*f*). La Cour canadienne de l'impôt a maintenu la cotisation du ministre sous réserve d'un léger rajustement. La Cour d'appel fédérale a accueilli en partie l'appel de la compagnie. Elle a autorisé la déduction de 75 % de la perte sur change en application du sous-al. 20(1)*f*)(ii), mais a refusé toute autre déduction.

De même, en 1989, Inco a émis des débentures à escompte libellées en dollars américains dont elle a, par la suite, racheté une partie en 2000. À la différence de la Compagnie pétrolière Impériale, Inco disposait de fonds en dollars américains suffisants pour racheter ou acheter les débentures sur le marché libre. Dans le calcul de son revenu pour l'année 2000, Inco a néanmoins déduit, en application de l'al. 20(1)*f*) *LIR*, une perte sur change qui aurait résulté de l'achat des débentures de 1989. Le ministre a refusé cette déduction. La Cour canadienne de l'impôt a confirmé la cotisation du ministre, concluant que le changement de la valeur du dollar canadien pendant la durée de vie des débentures n'avait entraîné aucune perte réalisée ni aucun coût pour Inco. Se fondant sur son jugement antérieur *Compagnie pétrolière Impériale*, la Cour d'appel fédérale a annulé cette décision et renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation.

*Arrêt* (les juges Binnie, Fish et Charron sont dissidents) : Les pourvois sont accueillis. Les cotisations établies par le ministre, telles que la Cour canadienne de l'impôt les a modifiées dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, sont confirmées.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps et Abella : L'alinéa 20(1)*f*) *LIR* ne permet pas la déduction des pertes sur change, qui doivent être déclarées à titre de pertes en capital en vertu de l'art. 39. Étant donné qu'il est censé s'appliquer à une catégorie précise de frais de financement découlant de l'émission de titres de créance à escompte, l'al. 20(1)*f*) ne doit pas être considéré comme étant une disposition générale prévoyant la déductibilité d'un large éventail de frais liés

the absence of any mention of such costs in the text of the *ITA*, and despite the fact that such costs are usually regarded as being on capital account. The text, scheme and context of s. 20(1)(*f*) indicate that the deduction is limited to original issue discounts — shallow discounts in para. (*f*)(i) and deep discounts in para. (*f*)(ii). Although the word "discount" does not appear in s. 20(1)(*f*), the opening words of s. 20(1)(*f*)(i) set out what is commonly accepted as the definition of a discount. Moreover, there is no express mention in s. 20(1)(*f*) of a foreign currency exchange. These factors suggest that the primary referent of s. 20(1)(*f*) is something other than foreign exchange losses, namely, payments in the nature of discounts. Furthermore, the scheme of s. 20, which provides deductions for virtually all costs of borrowing, does not imply that foreign exchange losses are also deductible under s. 20. The other costs enumerated in s. 20 are intrinsic costs of borrowing. Foreign exchange losses arise only where the debtor chooses to deal in foreign currency. They belong to a different class than the costs referred to in s. 20. [1] [62] [64-65] [67]

If s. 20(1)(*f*) applied to foreign exchange losses, the section would operate quite differently in relation to obligations denominated in foreign currency than it does in relation to obligations denominated in Canadian dollars. In the context of foreign currency obligations, the deduction would reflect the appreciation or depreciation of the principal amount over time, whereas in the context of Canadian dollar obligations, the deduction would reflect a point-in-time expense — the discount at the date of issue. In the context of foreign currency obligations, the s. 20(1)(*f*) deduction would accordingly be available even where there was no original issue discount. Such an approach would have the additional effect of altering the distinction between shallow discounts under s. 20(1)(*f*)(i) and deep discounts under s. 20(1)(*f*)(ii), which would be replaced by a distinction of a different nature — one that can be ascertained only at the time of repayment. [66]

If s. 20(1)(*f*) applied to foreign exchange losses, the section would also conflict with the general treatment of capital gains and losses in the *ITA*. In particular, such an interpretation would not properly appreciate the role of s. 39 of the *ITA*. That provision sets out a meaning of capital gains and losses and includes express rules for the treatment of gains and losses resulting from currency fluctuations. Although s. 39 is a residual provision, this section is a statement of Parliament's intent to treat foreign exchange losses as capital losses. [19] [66] [68]

au financement en devises étrangères, en l'absence de mention de ces frais dans le texte de la *LIR* et malgré le fait que ces frais sont généralement considérés comme étant au titre du capital. Le texte, l'esprit et le contexte de l'al. 20(1)*f*) indiquent que la déduction se limite à l'escompte initial d'émission — faible escompte au sous-al. *f*)(i) et fort escompte au sous-al. *f*)(ii). Bien que le terme « escompte » ne figure pas à l'al. 20(1)*f*), les mots introductifs du sous-al. 20(1)*f*)(i) énoncent ce qui est communément reconnu comme étant la définition de l'escompte. De plus, l'al. 20(1)*f*) ne traite pas expressément de change. Ces facteurs indiquent que le principal référent de l'al. 20(1)*f*) est quelque chose d'autre que la perte sur change, soit les paiements tenant de l'escompte. En outre, l'esprit de l'art. 20, qui prescrit la déduction de presque tous les coûts d'emprunt, n'implique pas que les pertes sur change sont également déductibles en vertu de cet article. Les autres coûts énumérés à l'art. 20 constituent des coûts d'emprunt intrinsèques. Les pertes sur change ne surviennent que lorsque le débiteur décide de faire du commerce en devises étrangères. Elles appartiennent à une catégorie différente de celle des autres coûts mentionnés à l'art. 20. [1] [62] [64-65] [67]

Si l'alinéa 20(1)*f*) s'appliquait aux pertes sur change, son application différerait énormément selon qu'il s'agirait de titres libellés en devises étrangères ou de titres libellés en dollars canadiens. Dans le cas de titres en devises étrangères, la déduction refléterait l'appréciation ou la dépréciation du principal au fil du temps, alors que, dans le cas de titres en dollars canadiens, elle refléterait une dépense ponctuelle — l'escompte à la date d'émission. Dans le cas de titres en devises étrangères, la déduction prévue à l'al. 20(1)*f*) serait donc possible même en l'absence de tout escompte initial d'émission. Cette interprétation aurait pour effet additionnel de modifier la distinction entre les escomptes faibles visés par le sous-al. 20(1)*f*)(i) et les escomptes forts visés par le sous-al. 20(1)*f*)(ii), qui serait remplacée par une distinction d'une nature différente, qui ne peut être établie qu'au moment du remboursement. [66]

S'il s'appliquait aux pertes sur change, l'al. 20(1)*f*) entrerait également en conflit avec la méthode de traitement générale des gains et pertes en capital dans la *LIR*. Plus particulièrement, cette interprétation n'apprécierait pas correctement le rôle de l'art. 39 *LIR*. Cet article énonce un sens de gain en capital et de perte en capital et contient des règles explicites concernant le traitement des gains et pertes découlant des fluctuations monétaires. Même s'il constitue une disposition résiduelle, l'art. 39 est un énoncé de l'intention du législateur de traiter les pertes sur change comme des pertes en capital. [19] [66] [68]

Finally, the Federal Court of Appeal decision in *Gaynor* does not support the proposition that all elements of a statutory formula must be converted into their Canadian dollar value at the relevant time. Converting the amounts in the statutory formula merely simplified the method of calculating the amount of the capital gain in that case. *Gaynor* did not purport to establish a new general principle. [52]

*Per* Binnie, Fish and Charron JJ. (dissenting): In the nature of things foreign currencies fluctuate in value against the Canadian dollar. These fluctuations are not incidental or collateral to the foreign debt transaction but are as inherent and inescapable as if the debt was denominated in bars of silver. The respondent taxpayers in these cases both issued debentures denominated in U.S. dollars, which they subsequently retired at a time when the U.S. dollar was trading at a higher premium to the Canadian dollar than it had at the date of issuance. The taxpayers' claim thus fits squarely with s. 20(1)(*f*) of the *ITA*. This provision permits a deduction of the amount by which the original issue proceeds of the debt are exceeded by the amount paid in satisfaction of the principal amount of the debt. This deduction is not limited to the "original issue discount" and may include the increase in the cost to the taxpayers of buying U.S. dollars between the date the obligations were issued and the date they were satisfied. The extra cost of buying the U.S. dollars payable to satisfy the requirements of a debenture is part of the cost of the financing arising directly out of the debtor-creditor relationship. The Crown's argument limiting s. 20(1)(*f*) to "original issue discounts" rests on its attempt to bifurcate a single foreign loan transaction into a "loan" contract and a "foreign exchange" loss. Such an argument does not respect the precise nature of the taxpayer's actual legal relationships and obligations. Furthermore, the limitation of s. 20(1)(*f*) to "original issue discounts" would be contrary to the Minister's treatment of other commodity-type loans where the Minister has routinely allowed a s. 20(1)(*f*) deduction. There is no principled reason to treat foreign currency loans differently than other commodity-type loans under s. 20(1)(*f*). [70] [72] [77-79] [83-84] [88]

When the relevant language of ss. 20(1)(*f*) and 248(1) of the *ITA* is read in light of the statutory purpose, the only way the "maximum total amount . . . payable on account of the obligation" can be ascertained (as required by the definition of "principal amount" in s. 248(1)) is by using the exchange rate prevailing when

Enfin, l'arrêt *Gaynor* de la Cour d'appel fédérale ne permet pas d'affirmer que tous les éléments d'une formule établie par la loi doivent être convertis en dollars canadiens à l'époque pertinente. La conversion des montants figurant dans la formule établie par la loi ne faisait que simplifier la méthode de calcul du gain en capital dans cette affaire. L'arrêt *Gaynor* n'était pas censé établir un nouveau principe général. [52]

*Les* juges Binnie, Fish et Charron (dissidents) : Il est dans l'ordre des choses que la valeur des devises étrangères fluctue par rapport au dollar canadien. Ces fluctuations ne sont ni consécutives ni liées à la créance en monnaie étrangère, mais elles sont inhérentes et inévitables comme si la créance était libellée en lingots d'argent. Dans les présents pourvois, les contribuables intimées ont toutes les deux émis des débentures libellées en dollars américains, qu'elles ont subséquemment rachetées au moment où la valeur du dollar américain par rapport au dollar canadien dépassait ce qu'elle était à la date d'émission. La déduction demandée par les contribuables est donc entièrement conforme à l'al. 20(1)*f*) *LIR*. Cet alinéa permet de déduire l'excédent de la somme payée en acquittement du principal de la dette sur le produit initial d'émission de la dette. Cette déduction ne se limite pas à l'« escompte initial d'émission » et peut viser l'augmentation du coût des dollars américains que les contribuables ont connue entre la date d'émission des obligations et la date de leur acquittement. Le coût plus élevé des dollars américains requis pour acquitter une débenture fait partie des frais de financement découlant directement de la relation débiteur-créancier. L'argument du ministre, selon lequel l'al. 20(1)*f*) ne vise que l'« escompte initial d'émission », repose sur sa tentative de scinder une seule opération de prêt en monnaie étrangère en un contrat de « prêt » et une perte sur « change ». Cet argument ne tient pas compte de la nature particulière des relations et des obligations juridiques réelles de la contribuable. De plus, limiter l'al. 20(1)*f*) à l'« escompte initial d'émission » irait à l'encontre de la façon dont le ministre traite les autres prêts basés sur le cours d'une marchandise et qui consiste à autoriser systématiquement la déduction prévue à l'al. 20(1)*f*). Il n'y a aucune raison logique de traiter les prêts en devises étrangères différemment des autres prêts basés sur le cours d'une marchandise lorsqu'il s'agit d'appliquer l'al. 20(1)*f*). [70] [72] [77-79] [83-84] [88]

Lorsqu'on interprète les passages pertinents de l'al. 20(1)*f*) et du par. 248(1) *LIR* à la lumière de l'objet de la Loi, on constate que la « somme globale maximale [. . .] payable [. . .] au titre de l'obligation » ne peut être établie (comme l'exige la définition légale du terme "principal" au par. 248(1)) qu'au moyen du taux de

the obligation becomes payable. It is at that time the "obligation" arose on the part of the taxpayers to purchase U.S. dollars to retire their debt. It follows that the relevant exchange rate is the rate prevailing at the date of redemption because it is not until that date that it is possible to determine the maximum amount "payable on account of the obligation". It is thus the redemption, not the issuance, that triggers the tax deduction. Since the principal amount of the obligation must be ascertained at the date of redemption, the debentures in these cases do not meet the criteria of s. 20(1)(*f*)(i). Consequently, the taxpayers are entitled only to the deduction permitted by s. 20(1)(*f*)(ii). [77] [86-87]

**Cases Cited**

By LeBel J.

**Distinguished:** *Gaynor v. The Queen*, 91 D.T.C. 5288, aff'g 88 D.T.C. 6394, aff'g 87 D.T.C. 279; **referred to:** *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; *Mathew v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703; *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 745; *Alberta Gas Trunk Line Co. v. Minister of National Revenue*, [1972] S.C.R. 498; *Imperial Tobacco Co. v. Kelly*, [1943] 2 All E.R. 119; *Bentley v. Pike* (1981), 53 T.C. 590; *Pattison (Inspector of Taxes) v. Marine Midland Ltd.*, [1984] 1 A.C. 362; *Capcount Trading v. Evans* (1992), 65 T.C. 545; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29.

By Binnie J. (dissenting)

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 745; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canada v. Canadian Pacific Ltd.*, [2002] 3 F.C. 170, 2001 FCA 398; *Montreal Coke and Manufacturing Co. v. Minister of National Revenue*, [1944] A.C. 126, aff'g [1942] S.C.R. 89 (*sub nom. Montreal Light, Heat and Power Consolidated v. Minister of National Revenue*); *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305.

**Statutes and Regulations Cited**

*Currency Act*, R.S.C. 1985, c. C-52, ss. 3(1), 14.

change en vigueur au moment où l'obligation devient payable. C'est à cette époque qu'est née l'« obligation » des contribuables d'acheter des dollars américains pour rembourser leur dette. Il s'ensuit que le taux de change applicable est celui en vigueur à la date de rachat parce que ce n'est qu'à cette date qu'il est possible de déterminer la somme maximale « payable [. . .] au titre de l'obligation ». C'est donc le rachat et non l'émission qui donne lieu à la déduction fiscale. Étant donné que le principal du titre doit être déterminé à la date de rachat, les débentures en cause dans les présentes affaires ne satisfont pas aux critères du sous-al. 20(1)*f*)(i). Par conséquent, les contribuables n'ont droit qu'à la déduction autorisée par le sous-al. 20(1)*f*)(ii). [77] [86-87]

**Jurisprudence**

Citée par le juge LeBel

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Gaynor c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 348 (QL), conf. 88 D.T.C. 6394, conf. 87 D.T.C. 279; **arrêts mentionnés :** *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, 2005 CSC 55; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Tip Top Tailors Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703; *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 745; *Alberta Gas Trunk Line Co. c. Ministre du Revenu national*, [1972] R.C.S. 498; *Imperial Tobacco Co. c. Kelly*, [1943] 2 All E.R. 119; *Bentley c. Pike* (1981), 53 T.C. 590; *Pattison (Inspector of Taxes) c. Marine Midland Ltd.*, [1984] A.C. 362; *Capcount Trading c. Evans* (1992), 65 T.C. 545; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 745; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Canada c. Canadien Pacifique Ltée*, [2002] 3 C.F. 170, 2001 CAF 398; *Montreal Coke and Manufacturing Co. c. Minister of National Revenue*, [1944] A.C. 126, conf. [1942] R.C.S. 89 (*sub nom. Montreal Light, Heat and Power Consolidated c. Minister of National Revenue*); *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305.

**Lois et règlements cités**

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 3, 9, 18(1)*b*), 20(1), 39, 79, 80, 248 « montant », « principal ».

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 3, 9, 18(1)(*b*), 20(1), 39, 79, 80, 248 "amount", "principal amount".

**Authors Cited**

Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Advance Income Tax Ruling, No. 1999-0008753 (F), "Débentures échangeables ", January 1, 2000.

Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Advance Income Tax Ruling, No. 90063-3 (E), "Exchangeable Debenture", July 30, 1990.

Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Advance Income Tax Ruling, No. 2000-0060103 (E), "Principal Amount of Debt Obligation", January 1, 2001.

Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Technical Interpretation, No. 9703377 (E), "Consumer Based Loan", April 17, 1997.

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.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Carswell, 2004.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sharlow and Malone JJ.A.), [2005] 1 C.T.C. 65, 2004 D.T.C. 6702, 327 N.R. 329, [2004] F.C.J. No. 1793 (QL), 2004 FCA 361, allowing Imperial Oil's appeal, in part, from a judgment of Miller J., [2004] 2 C.T.C. 3030, 2004 D.T.C. 2377, [2004] T.C.J. No. 122 (QL), 2004 TCC 207. Appeal allowed, Binnie, Fish and Charron JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Nadon and Sexton JJ.A.), [2005] 1 C.T.C. 369, 2005 D.T.C. 5109, [2005] F.C.J. No. 169 (QL), 2005 FCA 38, allowing Inco's appeal from a judgment of Bonner J., [2005] 1 C.T.C. 2096, 2004 D.T.C. 3586, [2004] T.C.J. No. 531 (QL), 2004 TCC 468. Appeal allowed, Binnie, Fish and Charron JJ. dissenting.

*Wendy Burnham* and *Rhonda Nahorniak*, for the appellant.

*Al Meghji* and *Edward C. Rowe*, for the respondent Imperial Oil Limited.

*Loi sur la monnaie*, L.R.C. 1985, ch. C-52, art. 3(1), 14.

**Doctrine citée**

Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l'impôt. Décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, nº 1999-0008753 (F), « Débentures échangeables », 1er janvier 2000.

Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l'impôt. Décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, nº 90063-3 (E), « Exchangeable Debenture », 30 juillet 1990.

Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l'impôt. Décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, nº 2000-0060103 (E), « Principal Amount of Debt Obligation », 1er janvier 2001.

Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l'impôt. Interprétation technique, nº 9703377 (E), « Consumer Based Loan », 17 avril 1997.

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

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto : Carswell, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sharlow et Malone), [2005] 1 C.T.C. 65, 2004 D.T.C. 6702, 327 N.R. 329, [2004] A.C.F. nº 1793 (QL), 2004 CAF 361, qui a accueilli en partie l'appel de la Compagnie pétrolière Impériale contre un jugement du juge Miller, [2004] 2 C.T.C. 3030, 2004 D.T.C. 2377, [2004] A.C.I. nº 122 (QL), 2004 CCI 207. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, Fish et Charron sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Nadon et Sexton), [2005] 1 C.T.C. 369, 2005 D.T.C. 5109, [2005] A.C.F. nº 169 (QL), 2005 CAF 38, qui a accueilli l'appel d'Inco contre un jugement du juge Bonner, [2005] 1 C.T.C. 2096, 2004 D.T.C. 3586, [2004] A.C.I. nº 531 (QL), 2004 CCI 468. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, Fish et Charron sont dissidents.

*Wendy Burnham* et *Rhonda Nahorniak*, pour l'appelante.

*Al Meghji* et *Edward C. Rowe*, pour l'intimée la Compagnie pétrolière Impériale limitée.

*Warren J. A. Mitchell, Q.C.*, and *Michael W. Colborne*, for the respondent Inco Limited.

Written submissions only by *Wilfrid Lefebvre, Q.C.*, and *Dominic C. Belley*, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps and Abella JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

These two appeals turn on the proper interpretation of a provision of the federal *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"), namely s. 20(1)(*f*). In general terms, s. 20(1) permits the deduction of various financing costs in the computation of business income. The question is whether s. 20(1)(*f*) permits the deduction of foreign exchange losses incurred in the redemption of debt obligations or whether it is limited to the deduction of original issue discounts. With minor changes in the *Imperial Oil* case, the judgments of the Tax Court upheld the assessments of the Minister of National Revenue ("Minister") which had disallowed the deduction of the foreign exchange losses. The Federal Court of Appeal allowed the appeals of Imperial Oil and Inco. For the reasons that follow, I would reverse the Court of Appeal's judgments and reinstate the assessments, in accordance with the approach adopted by Miller J. in the *Imperial Oil* case. Section 20(1)(*f*) does not permit the deductions claimed by the respondents, who are only entitled to claim a capital loss under s. 39 of the *ITA*.

II. Background

A. *Imperial Oil*

In 1989, Imperial Oil issued 30-year debentures with a face amount of US$300,000,000. In 1999,

*Warren J. A. Mitchell, c.r.*, et *Michael W. Colborne*, pour l'intimée Inco limitée.

Argumentation écrite seulement par *Wilfrid Lefebvre, c.r.*, et *Dominic C. Belley*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps et Abella rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Les deux présents pourvois portent sur l'interprétation que doit recevoir une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* fédérale, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) (« *LIR* »), soit l'al. 20(1)*f*). De façon générale, le par. 20(1) permet la déduction de divers frais de financement dans le calcul du revenu d'entreprise. Il s'agit de savoir si l'al. 20(1)*f*) permet la déduction des pertes sur change subies lors du rachat de titres de créance ou s'il n'autorise que la déduction de l'escompte initial d'émission. Sous réserve des légères modifications apportées dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, les jugements de la Cour de l'impôt ont maintenu les cotisations du ministre du Revenu national (« ministre ») qui avaient refusé la déduction des pertes sur change. La Cour d'appel fédérale a accueilli les appels interjetés par la Compagnie pétrolière Impériale et Inco. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'infirmer les arrêts de la Cour d'appel et de rétablir les cotisations, conformément à l'approche adoptée par le juge Miller dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*. L'alinéa 20(1)*f*) ne permet pas les déductions demandées par les intimées, qui peuvent seulement déduire une perte en capital en vertu de l'art. 39 *LIR*.

1

II. Contexte

A. *Compagnie pétrolière Impériale*

En 1989, la Compagnie pétrolière Impériale a émis des débentures d'une durée de 30 ans,

2

it redeemed a portion of those debentures with a face value of US$87,130,000. The United States dollar had appreciated against the Canadian dollar and the respondent suffered a loss on redemption of C$27,831,712 representing the original discount and the foreign exchange loss. The respondent took the position that it was entitled to deduct the entire loss under s. 20(1)(*f*)(i) of the *ITA*. In the alternative, it took the position that it was entitled to a deduction under s. 20(1)(*f*)(ii) and that the non-deductible 25% under that formula was by default a capital loss under s. 39(2). The Minister decided that the C$27,831,712 loss was predominantly a capital loss under s. 39(2). The respondent appealed, and three questions were referred to the Tax Court of Canada: what portion was deductible under s. 20(1)(*f*)(i); what portion was deductible under s. 20(1)(*f*)(ii); and, what portion was a capital loss under s. 39(2)?

ayant une valeur nominale de 300 000 000 $US. En 1999, elle a racheté une partie de ces débentures d'une valeur nominale de 87 130 000 $US. Le dollar américain ayant augmenté de valeur par rapport au dollar canadien, l'intimée a subi une perte sur rachat de 27 831 712 $CAN, constituée de l'escompte initial et de la perte sur change. L'intimée a fait valoir que le sous-al. 20(1)*f*)(i) *LIR* lui permettait de déduire la totalité de la perte. Subsidiairement, elle a soutenu qu'elle avait droit à une déduction aux termes du sous-al. 20(1)*f*)(ii), et que les 25 % non déductibles suivant cette formule constituaient par défaut une perte en capital visée par le par. 39(2). Le ministre a décidé que la perte de 27 831 712 $CAN était avant tout une perte en capital visée par le par. 39(2). L'intimée a interjeté appel et les trois questions suivantes ont été soumises à la Cour canadienne de l'impôt : Quelle fraction était déductible en application du sous-al. 20(1)*f*)(i)? Quelle fraction était déductible en application du sous-al. 20(1)*f*)(ii)? Quelle fraction était une perte en capital visée par le par. 39(2)?

B. *Inco*

B. *Inco*

3 In 1989, Inco issued sinking fund debentures of US$150,000,000 at a discount of 2.6% (or US$3,900,000). It converted the discount to Canadian dollars ($4,652,827) at the exchange rate in effect when the debentures were issued, and deducted 20% of the converted amount as a financing expense under s. 20(1)(*e*) of the *ITA* in each of the taxation years 1989 to 1993. The Minister did not challenge these deductions. Inco receives a substantial portion of its revenues in U.S. dollars, which it deposits in U.S. dollar bank accounts. The proceeds of the issuance were deposited in U.S. dollar accounts or used to pay debts denominated in U.S. dollars. Inco had sufficient U.S. funds on hand in the United States to redeem or purchase the debentures in the open market. Between February 21 and May 9, 2000, Inco purchased US$29,120,000 of the 1989 debentures in the open market, paying US$29,012,850 for them. On June 15, 2000, by mandatory and optional payments into the sinking fund, it redeemed more of the 1989 debentures with an aggregate face amount of

En 1989, Inco a émis pour 150 000 000 $US de débentures à fonds d'amortissement à un taux d'escompte de 2,6 % (soit 3 900 000 $US). Elle a converti l'escompte en dollars canadiens (4 652 827 $) selon le taux de change en vigueur au moment de l'émission des débentures, puis a déduit 20 % de la somme convertie à titre de frais d'émission visés par l'al. 20(1)*e*) *LIR*, au cours de chacune des années d'imposition 1989 à 1993. Le ministre n'a pas contesté ces déductions. Inco touche une partie importante de ses revenus en dollars américains qu'elle dépose dans des comptes bancaires libellés en dollars américains. Le produit de l'émission a été déposé dans des comptes libellés en dollars américains ou utilisé pour payer des dettes libellées en dollars américains. Inco disposait, aux États-Unis, de fonds en dollars américains suffisants pour racheter ou acheter les débentures sur le marché libre. Entre le 21 février et le 9 mai 2000, Inco a acheté sur le marché libre une tranche de 29 120 000 $US des débentures de 1989, qu'elle a payée 29 012 850 $.

US$22,500,000. In 1992, Inco issued debentures with a face amount of US$200,000,000. Between March 3 and November 8, 2000, Inco purchased US$21,692,000 of the 1992 debentures in the open market, paying US$21,269,708 for them. In computing its income for 2000, Inco deducted, under s. 20(1)(*f*) of the *ITA*, a foreign exchange loss allegedly resulting from the purchase of the 1989 debentures. The Minister disallowed the deduction and Inco appealed to the Tax Court of Canada.

Le 15 juin 2000, grâce à des versements obligatoires et facultatifs au fonds d'amortissement, elle a racheté d'autres débentures de 1989 d'une valeur nominale totale de 22 500 000 $US. En 1992, Inco a émis des débentures ayant une valeur nominale de 200 000 000 $US. Entre le 3 mars et le 8 novembre 2000, Inco a acheté sur le marché libre une tranche de 21 692 000 $US des débentures de 1992, qu'elle a payée 21 269 708 $US. Dans le calcul de son revenu pour l'année 2000, Inco a déduit, en application de l'al. 20(1)*f*) *LIR*, une perte sur change qui aurait résulté de l'achat des débentures de 1989. Le ministre a refusé la déduction et Inco a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

## III. Judicial History

### A. *Imperial Oil Limited*

#### (1) Tax Court of Canada, [2004] 2 C.T.C. 3030, 2004 TCC 207

Miller J. mostly agreed with the Minister on the outcome of the appeal filed in the Tax Court of Canada. However, he did not agree with any of the interpretations of s. 20(1)(*f*) advanced by the taxpayer or the Minister. The result was that he made a minor adjustment to the assessment and that, in the end, Imperial Oil lost their appeal.

Miller J. began by noting that the parties agreed that s. 20(1)(*f*)(i) applied rather than s. 20(1)(*f*)(ii). The deduction under s. 20(1)(*f*)(i), he observed, equals the lesser of the principal amount and the amount paid in the year in satisfaction of the principal amount less the amount for which the obligation was issued. Miller J. added that the parties also agreed that the exchange rate at the time of redemption applied to "the amount paid in satisfaction" and that the exchange rate at the time of issuance applied to "the issue amount", but disagreed as to what rate applied to the "principal amount". He concluded that no ambiguity arose if the calculation was done entirely in U.S. dollars and only the resulting loss was converted into Canadian dollars using the rate at the time of redemption. In his

## III. Historique des procédures judiciaires

### A. *Compagnie pétrolière Impériale limitée*

#### (1) Cour canadienne de l'impôt, [2004] A.C.I. nº 122 (QL), 2004 CCI 207

Le juge Miller a souscrit, pour l'essentiel, à l'opinion du ministre quant à l'issue de l'appel interjeté devant la Cour canadienne de l'impôt. Il a toutefois exprimé son désaccord avec les interprétations de l'al. 20(1)*f*) proposées par la contribuable ou le ministre. Aussi a-t-il légèrement rajusté la cotisation et, en fin de compte, la Compagnie pétrolière Impériale a vu son appel rejeté. 4

Le juge Miller a d'abord souligné que les parties s'entendaient pour dire que la disposition applicable était le sous-al. 20(1)*f*)(i) et non le sous-al. 20(1)*f*)(ii). La déduction prévue au sous-al. 20(1)*f*)(i), a-t-il affirmé, équivaut à l'excédent du moins élevé du principal et de la somme payée au cours de l'année en acquittement du principal sur la somme pour laquelle le titre a été émis. Le juge Miller a ajouté que les parties, qui convenaient également que le taux de change en vigueur au moment du rachat s'appliquait à la « somme payée en acquittement » et que le taux de change en vigueur au moment de l'émission s'appliquait au « montant de l'émission », n'étaient cependant pas d'accord sur le taux à appliquer au « principal ». Il a conclu qu'aucune ambiguïté ne se présentait si 5

opinion, s. 20(1)(*f*)(i) was not intended to apply to foreign exchange gains or losses.

6 Miller J. rejected an interpretation of *Gaynor v. The Queen*, 91 D.T.C. 5288 (F.C.A.), according to which every transaction resulting in an asset, liability, revenue item or expense must be converted into Canadian dollars at the exchange rate in effect on the date of the transaction. He concluded that *Gaynor* applies only to computations of capital gains and that nothing in *Gaynor* requires that it be applied to income computations or dictates that the word "amount" refers to "Canadian amount" wherever it appears in the *ITA*. Miller J. distinguished capital gains, which result from the change in the value of an asset over time, that is, between the times of acquisition and disposition, from income expenses, which require a snapshot at the time of payment without the measurement of a change in value over time. He decided that the formula under s. 20(1)(*f*)(i) does not address increases or decreases in value but applies at a single point in time and that it was therefore sufficient to convert only the resulting loss into Canadian dollars. He added that, if he was wrong in this respect, the object of the section required that each amount of the formula be converted at the 1999 exchange rate because the "one time snapshot rate" has to be the rate at the time of redemption (para. 46).

7 Miller J. concluded that Parliament had not intended foreign exchange losses to be deductible under s. 20(1)(*f*), as they pertained to the capital element of borrowing. He stated that s. 20(1)(*f*) deals with obligations issued at less than face value and allows the discount to be deducted at the time of payment. In his view, foreign exchange losses incurred in the course of borrowing are not akin to the other costs of borrowing listed as deductible expenses in s. 20(1). He noted that foreign exchange losses are not specifically identified as a capital

le calcul s'effectuait entièrement en dollars américains et que seule la perte résultante était convertie en dollars canadiens selon le taux en vigueur au moment du rachat. À son avis, le sous-al. 20(1)*f*)(i) n'était pas censé s'appliquer aux profits ou pertes sur change.

Le juge Miller a rejeté l'interprétation de l'arrêt *Gaynor c. Canada*, [1991] A.C.F. nº 348 (QL) (C.A.), voulant que toute opération donnant lieu à un bien, à une obligation, à un poste de revenu ou à une dépense doive être convertie en dollars canadiens selon le taux de change en vigueur à la date de cette opération. Il a conclu que l'arrêt *Gaynor* ne s'applique qu'au calcul du gain en capital, et que rien dans ce jugement n'exige qu'il s'applique au calcul du revenu ou que, partout où il est employé dans la *LIR*, le mot « montant » s'entende d'un « montant en dollars canadiens ». Le juge Miller a établi une distinction entre les gains en capital, qui résultent du changement de valeur d'un bien au fil du temps, c'est-à-dire entre les dates d'acquisition et de disposition, et les dépenses au titre du revenu, qui exigent un examen ponctuel ciblé sur le moment du paiement sans qu'il soit nécessaire de mesurer un changement de valeur au fil du temps. Il a décidé que la formule prévue au sous-al. 20(1)*f*)(i) ne porte pas sur les hausses ou les baisses de valeur, mais s'applique à un moment déterminé dans le temps, et qu'il suffisait donc de convertir la perte résultante en dollars canadiens. Il a ajouté que, s'il avait tort sur ce point, il faudrait, pour respecter l'objet de la disposition, que chaque montant de la formule soit converti selon le taux de change de 1999 parce que le « taux ponctuel unique » doit être celui en vigueur au moment du rachat (par. 46).

Le juge Miller a conclu que le législateur n'avait pas eu l'intention de rendre les pertes sur change déductibles en vertu de l'al. 20(1)*f*), étant donné qu'elles ont trait à la partie représentant le capital d'un emprunt. Il a affirmé que l'al. 20(1)*f*) porte sur les titres émis à une valeur inférieure à la valeur nominale et autorise la déduction de l'escompte au moment du paiement. À son avis, les pertes sur change subies dans le cadre d'un emprunt ne s'apparentent pas aux autres coûts d'emprunt énumérés comme des dépenses déductibles au par. 20(1).

item to be treated as a current expense and that the other costs for which deductions are available are known at the time of the contract and derive from the contract of origin. Miller J. concluded that the deduction in s. 20(1)(*f*) encompasses only original issue discounts and the part of the foreign exchange loss that pertains specifically to the deductible discounts. On that basis, he held that $1,548,325 was deductible under s. 20(1)(*f*)(i), that nothing was deductible under s. 20(1)(*f*)(ii), and that there was a capital loss of $26,283,387.

Il a souligné que les pertes sur change ne sont pas expressément désignées comme un élément de capital qu'il faut traiter comme une dépense courante, et que les autres coûts susceptibles d'être déduits sont connus au moment du contrat et résultent du contrat initial. Le juge Miller a alors conclu que la déduction prévue à l'al. 20(1)*f*) vise seulement l'escompte d'émission initial et la fraction de la perte sur change qui se rapporte expressément à l'escompte déductible. Pour ce motif, il a statué que la somme de 1 548 325 $ était déductible en vertu du sous-al. 20(1)*f*)(i), qu'aucune somme n'était déductible en vertu du sous-al. 20(1)*f*)(ii) et qu'il existait une perte en capital de 26 283 387 $.

(2) Federal Court of Appeal, [2005] 1 C.T.C. 65, 2004 FCA 361

(2) Cour d'appel fédérale, [2004] A.C.F. nº 1793 (QL), 2004 CAF 361

Imperial Oil appealed and the Minister cross-appealed. The Court of Appeal allowed Imperial Oil's appeal in part. It allowed a deduction of 75% of the foreign exchange loss under s. 20(1)(*f*)(ii), but refused any further deduction.

8 La Compagnie pétrolière Impériale a interjeté appel et le ministre a formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel de la Compagnie pétrolière Impériale. Elle a autorisé la déduction de 75 % de la perte sur change en application du sous-al. 20(1)*f*)(ii), mais a refusé toute autre déduction.

Sharlow J.A., for the court, concluded that the principal amount of a debt denominated in foreign currency fluctuates with the exchange rate for the purposes of s. 20(1)(*f*) and that, in the instant case, the amount increased between the dates of issuance and redemption. She concluded that *Gaynor* was binding and that, according to it, each element of a computation under s. 20(1)(*f*) must be converted into Canadian dollars at the exchange rate prevailing at the time of the transaction in question. She calculated the principal amount at the time of redemption using the exchange rate on the redemption date, and the issue amount using the exchange rate on the date of issue, and concluded that the principal amount had increased from $102,517,158 to $129,119,689. Sharlow J.A. concluded that a principal amount can increase during the term of a loan if the increase is mandated by a contractual term governing the debt, and that a foreign currency loan implicitly involves such a contractual term. Because a foreign currency loan is for units of foreign currency on terms that require the

9 La juge Sharlow, s'exprimant au nom de la cour, a conclu que, pour les besoins de l'al. 20(1)*f*), le principal d'une dette libellée en monnaie étrangère fluctue en même temps que le taux de change et qu'en l'espèce ce montant a augmenté entre les dates d'émission et de rachat. Elle a décidé que l'arrêt *Gaynor* s'appliquait et que, selon cet arrêt, chaque élément du calcul prévu à l'al. 20(1)*f*) doit être converti en dollars canadiens selon le taux de change en vigueur au moment de l'opération en cause. Elle a calculé le principal au moment du rachat à l'aide du taux de change en vigueur à la date du rachat et le montant de l'émission à l'aide du taux de change en vigueur à la date d'émission, puis a conclu qu'il était passé de 102 517 158 $ à 129 119 689 $. La juge Sharlow a affirmé que le principal peut augmenter pendant la durée d'un prêt si l'augmentation résulte d'une clause contractuelle régissant la dette, et qu'un prêt en monnaie étrangère comporte implicitement une telle clause. Étant donné qu'un prêt en monnaie étrangère est un prêt d'unités de la monnaie étrangère

same number of units of the foreign currency to be returned at the end of the term, the effect is that the Canadian dollar equivalent of the repayment may be more or less than the Canadian dollar equivalent of the borrowed amount. She found that s. 248(26) of the *ITA* does not compel a conclusion that the principal amount was necessarily the same at the times of issuance and redemption, because all it does is clarify s. 80, and even if it were applied to s. 20(1)(*f*), it would merely confirm that the original principal amount was $102,517,158.

10 Sharlow J.A. stated that the deduction provided for in s. 20(1)(*f*) is available where the threshold test established in the opening words of the provision is met and that this provision most commonly applies when debt is issued at a discount, although it may also apply in other circumstances. Because the full deduction under s. 20(1)(*f*)(i) is available only where the obligation was issued for not less than 97% of the principal amount, and because this condition had not been met in the case at bar, the respondent was entitled only to the 75% deduction under s. 20(1)(*f*)(ii). Sharlow J.A. rejected an argument that the non-deductible 25% was excluded from the computation of income and fell by default into s. 39(2) as a deemed capital loss. She concluded that s. 248(28) prevents double counting and that the total redemption cost falls within s. 20(1)(*f*)(ii). She observed that the deduction is designed to be equivalent to the tax relief for a capital loss and that to allow a further deduction under s. 39(2) would be to allow more relief than Parliament had intended. In light of these conclusions, Sharlow J.A. was of the view that there was no need to address the Minister's cross-appeal.

B. *Inco Limited*

(1) Tax Court of Canada, [2005] 1 C.T.C. 2096, 2004 TCC 468

11 Bonner J. heard the appeal in *Inco* after the decision of his colleague Miller J. in *Imperial Oil*. He

à des conditions qui font que le même nombre d'unités de cette monnaie étrangère devra être retourné à l'échéance, l'équivalent en dollars canadiens du remboursement pourra être supérieur ou inférieur à l'équivalent en dollars canadiens de la somme empruntée. Selon elle, le par. 248(26) *LIR* n'amène pas nécessairement à conclure que le principal demeurait forcément le même au moment de l'émission et du rachat puisque cette disposition se borne à clarifier l'art. 80 et que, même si elle s'appliquait à l'al. 20(1)*f*), elle ne ferait que confirmer que le principal initial était de 102 517 158 $.

La juge Sharlow a indiqué que la déduction prévue à l'al. 20(1)*f*) est permise si le critère minimal établi dans les mots introductifs de cette disposition est rempli, et que cette disposition s'applique le plus souvent lorsque la dette est émise à escompte, quoiqu'elle puisse également être utilisée dans d'autres cas. Parce que la déduction complète prévue au sous-al. 20(1)*f*)(i) est possible uniquement si le titre a été émis pour une somme non inférieure aux 97 % de son principal, et que cette condition n'a pas été remplie en l'espèce, l'intimée n'avait droit qu'à la déduction de 75 % prévue au sous-al. 20(1)*f*)(ii). La juge Sharlow a rejeté l'argument selon lequel les 25 % non déductibles étaient exclus du calcul du revenu et relevaient par défaut du par. 39(2) à titre de perte en capital présumée. Elle a conclu que le par. 248(28) empêche le comptage double et que le coût total de rachat relève du sous-al. 20(1)*f*)(ii). Elle a souligné que la déduction est censée équivaloir à l'allégement fiscal pour une perte en capital et que le fait d'admettre une autre déduction en vertu du par. 39(2) reviendrait à permettre un allégement supérieur à celui voulu par le législateur. Compte tenu de ces conclusions, la juge Sharlow a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner l'appel incident du ministre.

B. *Inco limitée*

(1) Cour canadienne de l'impôt, [2004] A.C.I. nº 531 (QL), 2004 CCI 468

Le juge Bonner a entendu l'appel d'Inco après que son collègue le juge Miller eut rendu sa

stated that he did not agree with parts of Miller J.'s reasoning and wrote his own reasons for dismissing the appeal and confirming the assessment.

Bonner J. held that s. 20(1)(*f*) of the *ITA* did not permit the deduction of the foreign exchange losses. He noted that Inco had borrowed U.S. dollars in 1989 and 1992, had either deposited the funds in U.S. dollar accounts or used them to repay U.S. dollar debt, and had then drawn on U.S. dollar accounts to retire the debentures. He found that the change in the value of the Canadian dollar during the term of the debentures had not resulted in any realized loss or cost to Inco and that Inco was seeking to deduct what was, in his opinion, a phantom loss. In his view, it was impossible to imagine that s. 20(1)(*f*) was intended to permit a deduction in the absence of a realized loss or cost. The foreign exchange fluctuations neither added to nor subtracted from the cost of borrowing. He rejected an argument that, for the purposes of s. 20(1)(*f*), the "principal amount" of a borrowing fluctuates with exchange rates over the life of the instrument. In his opinion, the "principal amount" referred to in s. 20(1)(*f*) is the face amount of the instrument when it is issued, which does not vary, and there is no basis in logic for a view that the expression of that principal amount in a foreign currency gives the Canadian dollar equivalent of the principal amount a variable quality. He stated that treating the principal amount as one that fluctuates with exchange rates would include amounts in the deduction that were never in Parliament's contemplation. Given his conclusion, he declined to consider whether s. 20(1)(*f*) would apply to purchases of obligations on the open market for cancellation by the debtor.

décision dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*. Il a affirmé qu'il ne souscrivait pas à certaines parties du raisonnement du juge Miller et a rédigé ses propres motifs dans lesquels il a rejeté l'appel et confirmé la cotisation.

12 Selon le juge Bonner, l'al. 20(1)*f*) *LIR* ne permettait pas de déduire les pertes sur change. Il a souligné qu'Inco avait emprunté des dollars américains en 1989 et en 1992, qu'elle avait déposé ces fonds dans des comptes libellés en dollars américains ou les avait utilisés pour rembourser une dette en dollars américains, et qu'elle avait ensuite effectué des retraits dans des comptes libellés en dollars américains pour racheter ou rembourser les débentures. Il a conclu que le changement de la valeur du dollar canadien pendant la durée de vie des débentures n'avait entraîné aucune perte réalisée ni aucun coût pour Inco, et que celle-ci cherchait à déduire une perte imaginaire, à son avis. D'après le juge Bonner, il était impossible de croire que l'al. 20(1)*f*) visait à permettre une déduction en l'absence d'une perte réalisée ou d'un coût. Les fluctuations de change n'ajoutaient ni ne retranchaient rien au coût de l'emprunt. Il a rejeté l'argument voulant que, pour les besoins de l'al. 20(1)*f*), le « principal » d'un emprunt fluctue avec les taux de change pendant la durée de vie du titre. Selon lui, le « principal » mentionné à l'al. 20(1)*f*) correspond à la valeur nominale du titre au moment de son émission, laquelle ne varie pas, et il n'existe aucune raison logique de conclure que le fait que ce principal soit libellé dans une monnaie étrangère rend variable l'équivalent en dollars canadiens. Il a affirmé qu'assimiler le principal à un montant qui fluctue avec les taux de change aurait pour effet d'inclure dans la déduction des sommes qui n'ont jamais été envisagées par le législateur. Vu sa conclusion, il a refusé d'examiner la question de savoir si l'al. 20(1)*f*) s'appliquerait à l'achat de titres sur le marché libre en vue de leur annulation par le débiteur.

(2) Federal Court of Appeal, [2005] 1 C.T.C. 369, 2005 FCA 38

(2) Cour d'appel fédérale, [2005] A.C.F. nº 169 (QL), 2005 CAF 38

13 Inco's appeal to the Federal Court of Appeal was successful. Nadon J.A. held that the Court had

Inco a eu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale. Le juge Nadon a affirmé que la cour

decided the relevant issues in its previous decision in the *Imperial Oil* case and that the two cases could not be distinguished. For these reasons, he set aside the Tax Court's decision and sent the matter back to the Minister for reassessment.

avait tranché les questions pertinentes dans la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale* et qu'aucune distinction ne pouvait être établie entre les deux affaires. Pour ces motifs, il a annulé la décision de la Cour de l'impôt et a renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation.

## IV. Analysis

### A. *Issues*

14 The parties disagree on the tax treatment of foreign exchange losses incurred upon redemption or, at least in part in the *Inco* case, upon repurchase and cancellation of debentures issued in U.S. dollars. The outcome of the appeals turns on the interpretation of s. 20(1)(*f*) of the *ITA*, which permits the following deduction when computing business income:

**20.** (1) . . .

(*f*) an amount paid in the year in satisfaction of the principal amount of any bond, debenture, bill, note, mortgage, hypothecary claim or similar obligation issued by the taxpayer after June 18, 1971 on which interest was stipulated to be payable, to the extent that the amount so paid does not exceed,

(i) in any case where the obligation was issued for an amount not less than 97% of its principal amount, and the yield from the obligation, expressed in terms of an annual rate on the amount for which the obligation was issued (which annual rate shall, if the terms of the obligation or any agreement relating thereto conferred on its holder a right to demand payment of the principal amount of the obligation or the amount outstanding as or on account of its principal amount, as the case may be, before the maturity of the obligation, be calculated on the basis of the yield that produces the highest annual rate obtainable either on the maturity of the obligation or conditional on the exercise of any such right) does not exceed 4/3 of the interest stipulated to be payable on the obligation, expressed in terms of an annual rate on

(A) the principal amount of the obligation, if no amount is payable on account of the principal amount before the maturity of the obligation, or

## IV. Analyse

### A. *Questions en litige*

Les parties ne s'entendent pas sur le traitement fiscal des pertes sur change subies lors du rachat ou, en partie du moins dans l'affaire *Inco*, du rachat et de l'annulation de débentures émises en dollars américains. L'issue des pourvois tient à l'interprétation de l'al. 20(1)*f*) *LIR*, qui permet la déduction suivante lors du calcul du revenu d'entreprise :

**20.** (1) . . .

*f*) une somme payée au cours de l'année en acquittement du principal de quelque obligation, effet, billet, créance hypothécaire ou titre semblable émis par le contribuable après le 18 juin 1971 et sur lequel un intérêt a été déclaré payable, dans la mesure où la somme ainsi payée ne dépasse pas :

(i) chaque fois que le titre a été émis pour une somme non inférieure aux 97 % de son principal et que le rendement du titre, exprimé en pourcentage annuel de la somme pour laquelle il a été émis (pourcentage annuel qui doit, si les conditions d'émission du titre ou les dispositions d'une convention y afférente donnaient à leur détenteur le droit d'exiger le paiement du principal du titre ou de la somme restant à rembourser sur ce principal avant l'échéance de ce titre, être calculé sur la base du rendement qui permet d'obtenir le pourcentage annuel le plus élevé possible soit à l'échéance du titre, soit sous réserve de l'exercice de tout droit de ce genre) ne dépasse pas les 4/3 de l'intérêt déclaré payable sur le titre, exprimé en pourcentage annuel :

(A) du principal du titre, si aucune somme n'est payable sur le principal avant l'échéance du titre,

> (B) the amount outstanding from time to time as or on account of the principal amount of the obligation, in any other case,
>
> the amount by which the lesser of the principal amount of the obligation and all amounts paid in the year or in any preceding year in satisfaction of its principal amount exceeds the amount for which the obligation was issued, and
>
> (ii) in any other case, 3/4 of the lesser of the amount so paid and the amount by which the lesser of the principal amount of the obligation and all amounts paid in the year or in any preceding taxation year in satisfaction of its principal amount exceeds the amount for which the obligation was issued;

On a proper interpretation, is the deduction in this provision limited to original issue discounts? Should it be viewed as encompassing a broader range of financing costs, including foreign exchange losses? Are such losses deductible only as capital losses under s. 39 of the *ITA*? In these two appeals, although the parties purport to base their arguments on the same principles of interpretation of tax statutes, their answers to these questions and their propositions regarding the scope of s. 20(1)(*f*) are in stark conflict.

The scope of the present litigation has been narrowed and clarified since the Minister issued his assessments. Imperial Oil now relies solely on s. 20(1)(*f*)(ii) and asks for only 75% of its currency exchange loss, as permitted by that provision. It no longer claims a full deduction under s. 20(1)(*f*)(i) or a capital loss under s. 39 for the remaining 25%. In *Inco*, the Minister has abandoned the argument that the taxpayer's currency losses are purely notional or phantom losses. In this appeal, the Minister's factum raises an issue which is specific to *Inco*, namely whether currency losses incurred as a result of a repurchase of debt instruments on the open market are deductible only under s. 39(3). There are no real evidentiary difficulties. The two cases proceeded on the basis of joint statements of facts. In addition, in *Inco*, the Minister presented expert evidence about the meanings attributed by the financial industry to some of the terms used in s. 20(1)(*f*). In essence, the two appeals raise similar

> (B) de la somme restant à rembourser sur le principal du titre, dans les autres cas,
>
> l'excédent du moins élevé du principal du titre et du total des sommes payées au cours de l'année ou d'une année antérieure en acquittement du principal de ce titre sur la somme pour laquelle le titre a été émis,
>
> (ii) dans les autres cas, les 3/4 du moins élevé de la somme ainsi payée et de l'excédent du moins élevé du principal du titre et du total des sommes payées au cours de l'année ou d'une année d'imposition antérieure en acquittement du principal du titre sur la somme pour laquelle le titre a été émis;

15 Correctement interprétée, la déduction prévue dans cette disposition se limite-t-elle à l'escompte initial d'émission? Doit-on la considérer comme englobant un plus large éventail de frais de financement, dont les pertes sur change? Ces pertes ne sont-elles déductibles qu'à titre de pertes en capital selon l'art. 39 *LIR*? Dans les deux présents pourvois, bien que les parties prétendent fonder leurs arguments sur les mêmes principes d'interprétation des lois fiscales, leurs réponses à ces questions et leurs affirmations concernant la portée de l'al. 20(1)*f*) se contredisent nettement.

16 La portée du présent litige a été restreinte et précisée depuis que le ministre a établi ses cotisations. La Compagnie pétrolière Impériale invoque désormais uniquement le sous-al. 20(1)*f*)(ii) et ne demande que la déduction de 75 % de sa perte sur change, comme le permet cette disposition. Elle ne réclame plus de déduction complète en vertu du sous-al. 20(1)*f*)(i) ni de déduction de perte en capital, fondée sur l'art. 39, à l'égard des 25 % restants. Dans l'affaire *Inco*, le ministre a laissé tomber l'argument voulant que les pertes sur change de la contribuable soient purement fictives ou imaginaires. Dans le présent pourvoi, le mémoire du ministre soulève une question propre à l'affaire *Inco*, celle de savoir si les pertes sur change subies à la suite du rachat de titres de créance sur le marché libre ne sont déductibles qu'en application du par. 39(3). Il n'y a pas de véritable problème de preuve. Les deux affaires ont été débattues à partir d'exposés conjoints des faits. En outre, dans l'affaire *Inco*,

issues. Before I turn to those issues, I will outline the statutory framework that governs the present litigation.

le ministre a présenté une preuve d'expert relativement au sens qu'attribue le secteur financier à certains termes utilisés dans l'al. 20(1)*f*). Les deux pourvois soulèvent donc essentiellement des questions semblables. Avant d'examiner celles-ci, je vais donner un aperçu du cadre législatif qui régit le présent litige.

B. *Statutory Framework*

B. *Cadre législatif*

17 Despite its undeniable — and growing — complexity, the current federal *ITA* displays some fundamental structural characteristics. One of these characteristics, which is provided for in s. 3, is the distinction between income and capital. Capital gains are only partially brought into income for taxation purposes. The rules governing the computation of income, gains and losses are found in ss. 9 to 37. They include a general rule stated in s. 18(1)(*b*), which prohibits the deduction of capital amounts unless another provision of the *ITA* expressly authorizes such a deduction:

En dépit de sa complexité indéniable et croissante, la *LIR* fédérale actuelle présente certaines caractéristiques structurelles fondamentales. L'une de ces caractéristiques, qui est prévue à l'art. 3, tient à la distinction entre le revenu et le capital. Les gains en capital ne sont que partiellement inclus dans le revenu imposable. Les règles régissant le calcul du revenu, des gains et des pertes sont exposées aux art. 9 à 37. Elles comprennent une règle générale, énoncée à l'al. 18(1)*b*), qui interdit la déduction de montants en capital, à moins que cette déduction ne soit expressément permise par une autre disposition de la *LIR* :

> **18.** (1) In computing the income of a taxpayer from a business or property no deduction shall be made in respect of . . .
>
> (*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;

> **18.** (1) Dans le calcul du revenu du contribuable tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles : . . .
>
> *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;

18 A series of exceptions to this rule are set out in s. 20, which provides for a broad range of deductions in respect of a variety of financing costs, such as interest (s. 20(1)(*c*)), financing expenses, including commissions to securities dealers (s. 20(1)(*e*)), and annual fees on debt (s. 20(1)(*e.1*)). Section 20(1)(*f*) is a part of this list.

Une liste des exceptions à cette règle est dressée à l'art. 20, qui prévoit une vaste gamme de déductions relativement à divers frais de financement, comme les intérêts (al. 20(1)*c*)), les frais d'émission tels que les commissions versées aux courtiers en valeurs mobilières (al. 20(1)*e*)), et les frais annuels relatifs à une dette (al. 20(1)*e.1*)). L'alinéa 20(1)*f*) fait partie de cette liste.

19 Section 39 then sets out the meaning of capital gains and losses. It includes express rules in s. 39(2) for the treatment of gains and losses resulting from currency fluctuations:

L'article 39 clarifie ensuite le sens de gain en capital et de perte en capital. Il contient, au par. 39(2), des règles explicites concernant le traitement des gains et pertes découlant des fluctuations monétaires :

**39.** . . .

(2) Notwithstanding subsection (1), where, by virtue of any fluctuation after 1971 in the value of the currency or currencies of one or more countries other than Canada relative to Canadian currency, a taxpayer has made a gain or sustained a loss in a taxation year, the following rules apply:

(*a*) the amount, if any, by which

(i) the total of all such gains made by the taxpayer in the year (to the extent of the amounts thereof that would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (1)(*a*) of this section, be included in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year)

exceeds

(ii) the total of all such losses sustained by the taxpayer in the year (to the extent of the amounts thereof that would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (1)(*a*) of this section, be deductible in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year), and

(iii) if the taxpayer is an individual, $200,

shall be deemed to be a capital gain of the taxpayer for the year from the disposition of currency of a country other than Canada, the amount of which capital gain is the amount determined under this paragraph; and

(*b*) the amount, if any, by which

(i) the total determined under subparagraph (*a*)(ii),

exceeds

(ii) the total determined under subparagraph (*a*)(i), and

(iii) if the taxpayer is an individual, $200,

shall be deemed to be a capital loss of the taxpayer for the year from the disposition of currency of a country other than Canada, the amount of which capital loss is the amount determined under this paragraph.

**39.** . . .

(2) Malgré le paragraphe (1), lorsque, par suite de toute fluctuation, postérieure à 1971, de la valeur de la monnaie ou des monnaies d'un ou de plusieurs pays étrangers par rapport à la monnaie canadienne, un contribuable a réalisé un gain ou subi une perte au cours d'une année d'imposition, les règles suivantes s'appliquent :

*a*) est réputé être un gain en capital du contribuable pour l'année, tiré de la disposition de la monnaie d'un pays étranger, gain en capital qui est le montant déterminé en vertu du présent alinéa, l'excédent éventuel :

(i) du total de ces gains réalisés par le contribuable au cours de l'année (jusqu'à concurrence des montants de ceux-ci qui, si l'article 3 était lu de la manière indiquée à l'alinéa (1)*a*) du présent article, ne seraient pas inclus dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour toute autre année d'imposition),

sur :

(ii) le total des pertes subies par le contribuable au cours de l'année (jusqu'à concurrence des montants de celles-ci qui, si l'article 3 était lu de la manière indiquée à l'alinéa (1)*a*) du présent article, ne seraient pas déductibles dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour toute autre année d'imposition),

(iii) si le contribuable est un particulier, 200 $;

*b*) est réputé être une perte en capital du contribuable pour l'année, résultant de la disposition de la monnaie d'un pays étranger, perte en capital qui est le montant déterminé en vertu du présent alinéa, l'excédent éventuel :

(i) du total déterminé en vertu du sous-alinéa *a*)(ii),

sur :

(ii) le total déterminé en vertu du sous-alinéa *a*)(i),

(iii) si le contribuable est un particulier, 200 $.

20 In addition, s. 39(3) provides specific rules in respect of gains and losses arising out of purchases of bonds on the open market:

**39.** . . .

(3) Where a taxpayer has issued any bond, debenture or similar obligation and has at any subsequent time in a taxation year and after 1971 purchased the obligation in the open market, in the manner in which any such obligation would normally be purchased in the open market by any member of the public,

(*a*) the amount, if any, by which the amount for which the obligation was issued by the taxpayer exceeds the purchase price paid or agreed to be paid by the taxpayer for the obligation shall be deemed to be a capital gain of the taxpayer for the taxation year from the disposition of a capital property, and

(*b*) the amount, if any, by which the purchase price paid or agreed to be paid by the taxpayer for the obligation exceeds the greater of the principal amount of the obligation and the amount for which it was issued by the taxpayer shall be deemed to be a capital loss of the taxpayer for the taxation year from the disposition of a capital property,

to the extent that the amount determined under paragraph (*a*) or (*b*) would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph (1)(*a*) and this Act were read without reference to subsections 80(12) and (13), be included or be deductible, as the case may be, in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year.

Le paragraphe 39(3) établit en outre des règles particulières à l'égard des gains et pertes résultant de l'achat d'obligations sur le marché libre :

**39.** . . .

(3) Lorsqu'un contribuable a émis quelque obligation, ou titre semblable et qu'il a, à un moment donné au cours d'une année d'imposition, postérieur à 1971, acheté le titre sur le marché libre, de la façon que tout semblable titre serait normalement acheté sur le marché libre par le grand public :

*a*) l'excédent éventuel du montant pour lequel le contribuable a émis le titre sur le prix d'achat que le contribuable a payé ou est convenu de payer pour le titre est réputé représenter un gain en capital, pour le contribuable, tiré, pour l'année d'imposition, de la disposition d'une immobilisation;

*b*) l'excédent éventuel du prix d'achat que le contribuable a payé ou est convenu de payer pour le titre sur le plus élevé du principal du titre et du montant pour lequel celui-ci a été émis par le contribuable est réputé représenter une perte en capital, pour le contribuable, résultant, pour l'année d'imposition, de la disposition d'une immobilisation,

dans la mesure où le montant déterminé selon les alinéas *a*) ou *b*) ne serait pas inclus ou déductible, selon le cas, dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année ou pour une autre année d'imposition, si l'article 3 était lu de la manière indiquée à l'alinéa (1)*a*) et s'il n'était pas tenu compte des paragraphes 80(12) et (13).

### C. *Positions of the Parties*

21 In the Minister's opinion, s. 20(1)(*f*) is clear in its wording and purpose. It establishes a specific deduction for discounts on the issuance of debt instruments. The provision was never intended to address the tax consequences of foreign exchange losses related to the issuance and redemption of foreign currency bonds or debentures, or, in the *Inco* case, to the purchase of such bonds or debentures on the open market. Section 39(2) applies, and it treats such losses as capital losses, which can only be set off against capital gains.

22 The taxpayers, too, rely on the clarity of the wording of s. 20(1)(*f*). In their opinion, this

### C. *Positions des parties*

Selon le ministre, le libellé et l'objet de l'al. 20(1)*f*) sont clairs. Il établit une déduction particulière pour les escomptes d'émission des titres de créance. Cette disposition n'a jamais été censée viser les conséquences fiscales des pertes sur change liées à l'émission et au rachat d'obligations ou de débentures libellées en monnaie étrangère ou, comme dans l'affaire *Inco*, à l'achat de telles obligations ou débentures sur le marché libre. Le paragraphe 39(2) s'applique, et il traite ces pertes sur change comme des pertes en capital, qui ne sont déductibles que des gains en capital.

Les contribuables invoquent elles aussi la clarté du libellé de l'al. 20(1)*f*). Elles estiment que cette

provision, properly understood, simply means that foreign exchange losses in respect of debt instruments are deemed to be deductible from profits for income tax purposes. Section 39(2) merely plays the role of a residual basket clause which applies only when other provisions do not.

Whichever way we turn, therefore, this is another classic case of interpretation of tax statutes. What are these provisions? How do they interrelate? Given the nature of this problem, a brief review of the principles of interpretation applicable to tax statutes is appropriate.

### D. *Principles of Interpretation Applicable to Tax Statutes*

This Court has produced a considerable body of case law on the interpretation of tax statutes. I neither intend nor need to fully review it. I will focus on a few key principles which appear to flow from it, and on their development.

The jurisprudence of this Court is grounded in the modern approach to statutory interpretation. Since *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, the Court has held that the strict approach to the interpretation of tax statutes is no longer appropriate and that the modern approach should also apply to such statutes:

> [T]he 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 . . . .
>
> (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Stubart*, at p. 578, *per* Estey J.; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, at para. 36, *per* Iacobucci J.)

Despite this endorsement of the modern approach, the particular nature of tax statutes and the peculiarities of their often complex structures explain a continuing emphasis on the need to carefully consider the actual words of the *ITA*, so that

disposition, correctement interprétée, signifie simplement que les pertes sur change liées à des titres de créance sont réputées être déductibles des profits aux fins de calcul de l'impôt sur le revenu. Le paragraphe 39(2) sert seulement de clause résiduelle « fourre-tout » qui ne s'applique que lorsque les autres dispositions ne s'appliquent pas.

23 Quel que soit l'angle sous lequel on l'aborde, on se trouve donc en présence d'un autre cas classique d'interprétation des lois fiscales. Quelles sont ces dispositions? Comment sont-elles liées entre elles? Vu la nature du problème, un bref examen des principes d'interprétation applicables aux lois fiscales s'impose.

### D. *Principes d'interprétation applicables aux lois fiscales*

24 Notre Cour a créé une jurisprudence considérable en matière d'interprétation des lois fiscales. Je n'ai pas l'intention de l'examiner au complet, et il n'est pas nécessaire que je le fasse non plus. Je me concentrerai sur quelques principes clés qui semblent s'en dégager, de même que sur l'évolution de ces principes.

25 La jurisprudence de notre Cour se fonde sur la méthode moderne d'interprétation législative. Depuis l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, la Cour a statué que l'interprétation stricte des lois fiscales n'est plus appropriée, et que la méthode moderne doit aussi s'appliquer à ces lois :

> [TRADUCTION] [I]l 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 . . .
>
> (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; *Stubart*, p. 578, le juge Estey; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, par. 36, le juge Iacobucci)

26 Malgré cette approbation de la méthode moderne, la nature particulière des lois fiscales et les caractéristiques de leurs structures souvent complexes expliquent pourquoi on a toujours mis l'accent sur la nécessité d'examiner attentivement le

taxpayers can safely rely on them when conducting business and arranging their tax affairs. Broad considerations of statutory purpose should not be allowed to displace the specific language used by Parliament (*Ludco*, at paras. 38-39).

27 The Court recently reasserted the key principles governing the interpretation of tax statutes — although in the context of the "general anti-avoidance rule", or "GAAR" — in its judgments in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, and *Mathew v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55. On the one hand, the Court acknowledged the continuing relevance of a textual interpretation of such statutes. On the other hand, it emphasized the importance of reading their provisions in context, that is, within the overall scheme of the legislation, as required by the modern approach.

28 In their joint reasons in *Canada Trustco*, the Chief Justice and Major J. stated at the outset that the modern approach applies to the interpretation of tax statutes. Words are to be read in context, in light of the statute as a whole, that is, always keeping in mind the words of its other provisions:

> It has been long established as a matter of statutory interpretation that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole. [para. 10]

texte même de la *LIR*, de manière à permettre aux contribuables de se fonder sur celui-ci, sans risque d'erreur, pour exploiter leur entreprise et organiser leurs affaires fiscales. On ne devrait pas permettre que des considérations générales touchant l'objet de la loi se substituent aux termes précis employés par le législateur (*Ludco*, par. 38-39).

Bien qu'elle l'ait fait dans le contexte de la « règle générale anti-évitement » ou « RGAÉ », notre Cour a récemment réitéré les principes clés régissant l'interprétation des lois fiscales dans les arrêts *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, et *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, 2005 CSC 55. D'une part, la Cour a reconnu que l'interprétation textuelle de ces lois reste pertinente. D'autre part, elle a insisté sur l'importance d'interpréter leurs dispositions dans leur contexte, c'est-à-dire eu égard à l'esprit général de la loi, comme l'exige la méthode moderne.

Dans les motifs conjoints qu'ils ont rédigés dans l'affaire *Trustco Canada*, la Juge en chef et le juge Major ont affirmé, au départ, que la méthode moderne s'applique à l'interprétation des lois fiscales. Il faut lire les mots dans leur contexte, en tenant compte de l'ensemble de la loi, c'est-à-dire en conservant toujours à l'esprit les mots employés dans les autres dispositions de la loi :

> Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux. [par. 10]

The Chief Justice and Major J. then addressed the underlying tension between textual interpretation, taxpayers' expectations as to the reliability of their tax and business arrangements, the legislature's objectives and the purposes of specific provisions or of the statute as a whole:

> As a result of the Duke of Westminster principle (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)) that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable, Canadian tax legislation received a strict interpretation in an era of more literal statutory interpretation than the present. There is no doubt today that all statutes, including the *Income Tax Act*, must be interpreted in a textual, contextual and purposive way. However, the particularity and detail of many tax provisions have often led to an emphasis on textual interpretation. Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe. [para. 11]

(See also *Mathew*, at paras. 42-43.)

Keeping in mind those principles and the tension between them, our Court must now determine the meaning of s. 20(1)(*f*). The provision includes a rough equation or mathematical formula. The problem is understanding what should go into this equation.

### E. *Disagreement About the Section 20(1)(f) Formula*

As we have seen, s. 3 of the *ITA* establishes the basic formula for the calculation of income under the *ITA*. Specifically, it sets out the various sources of income and provides that capital gains and losses are to be determined independently of income from sources such as employment, business and property. Section 9 defines income from a business as the taxpayer's profit from that business. Section 9 is subject to s. 18, which prohibits the deduction of certain amounts in computing income from business or property. Section 18(1)(*b*) prohibits the deduction of amounts paid on account of capital.

La Juge en chef et le juge Major ont ensuite abordé le problème de la tension sous-jacente entre l'interprétation textuelle, les attentes des contribuables concernant la fiabilité de leurs arrangements fiscaux et commerciaux, les objectifs du législateur et les objets de certaines dispositions ou de la loi dans son ensemble : 29

> En raison du principe du duc de Westminster (*Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)), selon lequel le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire au maximum l'impôt qu'il doit payer, le droit fiscal canadien a reçu une interprétation stricte à une époque où l'interprétation littérale des lois était plus courante qu'aujourd'hui. De nos jours, il ne fait aucun doute que toutes les lois, y compris la *Loi de l'impôt sur le revenu*, doivent être interprétées de manière textuelle, contextuelle et téléologique. Cependant, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre l'accent sur l'interprétation textuelle. Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu'il a voulu que le contribuable s'appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu'elles prescrivent. [par. 11]

(Voir aussi *Mathew*, par. 42-43.)

Compte tenu de ces principes et de la tension qui existe entre eux, notre Cour doit maintenant déterminer le sens de l'al. 20(1)*f*). Cette disposition contient une équation ou formule mathématique sommaire. Le problème est de comprendre les composantes de cette équation. 30

### E. *Désaccord au sujet de la formule de l'al. 20(1)f)*

Comme nous l'avons vu, l'art. 3 *LIR* établit la formule de base applicable au calcul du revenu selon la *LIR*. Plus particulièrement, il énonce les différentes sources de revenu et précise que les gains et pertes en capital doivent être déterminés indépendamment du revenu tiré notamment d'un emploi, d'une entreprise ou d'un bien. L'article 9 définit le revenu tiré d'une entreprise comme étant le bénéfice que le contribuable tire de cette entreprise. L'article 9 est subordonné à l'art. 18, qui interdit de déduire certains montants en calculant le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien. L'alinéa 18(1)*b*) prohibe la déduction des paiements à titre de capital. 31

32 The respondents in both cases issued the debentures to raise financial capital and the borrowing is accordingly on capital account. Any costs related to that borrowing are therefore "payment[s] on account of capital" within the meaning of s. 18(1)(*b*) of the *ITA* and, as such, are not deductible from income unless the deduction thereof is expressly permitted. Similarly, any foreign exchange loss on the debentures would be a payment on account of capital because the characterization of a foreign exchange gain or loss generally follows the characterization of the underlying transaction: *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 68; *Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 703, at p. 707. As was mentioned above, s. 20 of the *ITA* provides for a number of deductions for capital outlays "[n]otwithstanding paragraphs 18(1)(*a*), (*b*) and (*h*)". The instant cases turn on the proper interpretation of the deduction encompassed by s. 20(1)(*f*). Specifically, the question is whether the deduction provided for in para. (*f*) is exclusively one for original issue discounts or whether it is instead a broader deduction that applies more generally to the capital cost of borrowing.

33 The formula described in s. 20(1)(*f*) is as follows:

**X = [lesser of A or B] – [C]**

where

**X** is the amount of the *deduction*;
**A** is the *principal amount* of the obligation;
**B** is *all amounts paid* in the year or in any preceding year in satisfaction of the principal amount; and
**C** is the amount for which the obligation was *issued*.

34 The parties agree that all the amounts must be converted into Canadian dollars. They further agree that C (the issue amount) must be converted at the exchange rate on the date of issue (1989) and that B (the amounts actually paid) must be converted at the exchange rate on the date of disposition (1999 and 2000). The parties disagree about the exchange rate applicable to the calculation of A (the principal amount). The appellant submits that

Les intimées ont, dans les deux cas, émis les débentures dans le but d'obtenir un capital financier et l'emprunt est, de ce fait, au titre du capital. Tous les coûts liés à cet emprunt constituent donc des « paiement[s] à titre de capital » au sens de l'al. 18(1)*b*) *LIR* et ne sont donc pas déductibles du revenu, à moins que leur déduction ne soit expressément permise. De même, toute perte sur change liée aux débentures constituerait un paiement à titre de capital puisque la qualification du profit ou de la perte sur change découle généralement de la qualification de l'opération en cause : *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 68; *Tip Top Tailors Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 703, p. 707. Comme nous l'avons vu, l'art. 20 *LIR* prévoit la déduction d'un certain nombre de dépenses en capital « [m]algré les alinéas 18(1)*a*), *b*) et *h*) ». Les présentes affaires portent essentiellement sur l'interprétation à donner à la déduction visée par l'al. 20(1)*f*). Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si la déduction prévue à l'al. *f*) s'applique uniquement à l'escompte initial d'émission ou s'il s'agit plutôt d'une déduction plus large qui s'applique plus généralement au coût en capital de l'emprunt.

La formule énoncée à l'al. 20(1)*f*) est la suivante :

**X = [le moindre de A et B] – [C]**

et

**X** est le montant de la *déduction*;
**A** correspond au *principal* du titre;
**B** correspond au *total des sommes payées* au cours de l'année ou d'une année antérieure en acquittement du principal du titre;
**C** correspond à la somme pour laquelle le titre a été *émis*.

Les parties conviennent que tous les montants doivent être convertis en dollars canadiens. Elles reconnaissent également que C (le montant de l'émission) doit être converti selon le taux de change en vigueur à la date d'émission (1989) et que B (le total des sommes réellement payées) doit être converti au taux de change en vigueur à la date de disposition (1999 et 2000). Toutefois, les parties ne s'entendent pas sur le taux de change

A is a fixed amount in Canadian dollars as of the issue date, while the respondents submit that for an obligation issued in foreign currency, the principal amount (A) fluctuates with the exchange rate and is not fixed until the date of disposition.

In *Imperial Oil*, Miller J. concluded that the calculation could be performed entirely in U.S. dollars, with the result (X) then being converted into Canadian dollars. In the alternative, he stated that all the amounts (including the issue amount) should be converted into Canadian dollars as of the date of disposition. The result of Miller J.'s approach is to include the foreign exchange loss attributable to the discount amount in the s. 20(1)(*f*) deduction, but to leave the whole of the foreign exchange loss on the redeemed debentures for the computation of a capital gain or loss under s. 39 of the Act. At the Federal Court of Appeal, Sharlow J.A. agreed with the respondents that all elements of the formula must be converted into Canadian dollars and that the principal amount (A) of the obligation is not fixed until the date of disposition. The result of Sharlow J.A.'s approach is to include the whole of the foreign exchange loss on the debentures in the s. 20(1)(*f*) deduction.

It is interesting to note that the interpretive difficulty in the cases at bar seems to stem primarily from the introduction of a foreign exchange element into the statutory formula. If the debentures had been issued in Canadian dollars, the meaning and application of s. 20(1)(*f*) would be relatively clear. In such a case, it appears that the only clear referent of s. 20(1)(*f*) would be original issue discounts — shallow discounts in subpara. (i) and deep discounts in subpara. (ii). When a loan obligation denominated in foreign currency is involved, the application of s. 20(1)(*f*) becomes less clear. The Minister's position puts a greater emphasis on discerning Parliament's intent, from both extrinsic and intrinsic evidence, while the respondents' position leans more towards a textual interpretation, starting from the definition of "principal amount" in s. 248(1) and the use of that same expression in other provisions of the *ITA*. While the Minister

applicable au calcul de A (le principal). L'appelante soutient que A correspond à un montant fixé en dollars canadiens à la date d'émission, alors que les intimées prétendent que le principal (A) d'un titre émis en devises étrangères varie selon le taux de change et n'est fixé qu'à la date de disposition.

Dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, le juge Miller a conclu qu'on pouvait effectuer le calcul entièrement en dollars américains, pour ensuite convertir le résultat (X) en dollars canadiens. Subsidiairement, il a affirmé que tous les montants (y compris le montant de l'émission) devraient être convertis en dollars canadiens à la date de disposition. La méthode préconisée par le juge Miller inclut ainsi la perte sur change attribuable à l'escompte dans la déduction prévue à l'al. 20(1)*f*), mais fait entrer dans le calcul du gain ou de la perte en capital, prévu à l'art. 39 de la Loi, la totalité de la perte sur change liée aux débentures rachetées. La juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale a convenu avec les intimées que tous les éléments de la formule doivent être convertis en dollars canadiens et que le principal (A) du titre n'est fixé qu'à la date de disposition. La méthode adoptée par la juge Sharlow a donc pour effet d'inclure la totalité de la perte sur change liée aux débentures dans la déduction prévue à l'al. 20(1)*f*). 35

Il est intéressant de noter que, dans les présentes affaires, le problème d'interprétation semble surtout tenir à l'introduction d'un élément de conversion de devises dans la formule établie par la loi. Si les débentures avaient été émises en dollars canadiens, le sens et l'application de l'al. 20(1)*f*) seraient relativement clairs. Dans un tel cas, il semble que le seul référent manifeste de l'al. 20(1)*f*) serait l'escompte initial d'émission — faible escompte au sous-al. 20(1)*f*)(i) et fort escompte au sous-al. 20(1)*f*)(ii). L'application de l'al. 20(1)*f*) devient moins claire lorsqu'il est question d'un prêt libellé en monnaie étrangère. La thèse du ministre accorde plus d'importance à la recherche de l'intention du législateur tant dans la preuve extrinsèque que dans la preuve intrinsèque, alors que celle des intimées favorise davantage l'interprétation textuelle, à commencer par la définition du terme « principal » au par. 248(1) et l'emploi de ce même terme dans d'autres 36

argues that s. 20(1)(*f*) is limited to original issue discounts, the respondents argue that s. 20(1)(*f*) was intended to cover both discounts *and* other capital costs of borrowing.

37 In my opinion, the greatest difficulty with these appeals stems from the fact that all parties agree, as did the Federal Court of Appeal, that *Gaynor* stands for the proposition that each element of a statutory formula in the *ITA* must be converted into Canadian dollars in order to determine the amount that may be deducted pursuant to the provision in question. The effect of this position would be to make it easier to roll foreign exchange gains and losses over into other deductions, such as the s. 20(1)(*f*) deduction at issue in the instant cases. Miller J. rejected this position in *Imperial Oil*, concluding that the amount referred to in s. 20(1)(*f*) could be determined in foreign currency, with only the *result* being translated into Canadian dollars. If *Gaynor* does not compel the conversion of each element of a statutory formula into Canadian dollars, then the interpretive exercise is simpler and it is possible to focus more squarely on discerning whether Parliament intended the foreign exchange losses to be deductible under s. 20(1)(*f*).

38 To resolve this problem, I will begin by addressing a line of cases cited by the respondent, Imperial Oil, for the proposition that foreign currency is no different from any other commodity under Canadian tax law. If this proposition holds, it would strengthen the case for bringing fluctuations in the value of foreign currency into the s. 20(1)(*f*) equation. I will then turn to a discussion of *Gaynor* and the related U.K. case law examined by Miller J. in *Imperial Oil*.

### F. *Money as a Commodity*

39 Imperial Oil submits that, in Canada, foreign currency does not differ from any other commodity. A foreign amount is unknown to Canadian law

dispositions de la *LIR*. Alors que le ministre prétend que l'al. 20(1)*f*) ne porte que l'escompte initial d'émission, les intimées soutiennent que l'al. 20(1)*f*) était censé viser à la fois les escomptes *et* les autres coûts en capital de l'emprunt.

À mon avis, la plus grande difficulté que soulèvent les présents pourvois tient au fait que toutes les parties conviennent, comme l'a fait la Cour d'appel fédérale, que l'arrêt *Gaynor* permet d'affirmer que chaque élément d'une formule établie dans la *LIR* doit être converti en dollars canadiens pour déterminer le montant déductible selon la disposition en question. Ce point de vue aurait pour effet de faciliter l'inclusion des profits et pertes sur change dans le calcul d'autres déductions comme celle prévue à l'al. 20(1)*f*), qui est en cause dans les présentes affaires. Le juge Miller a rejeté cette méthode dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, concluant que le montant mentionné à l'al. 20(1)*f*) pouvait être établi en monnaie étrangère et que seul le *résultat* pouvait être converti en dollars canadiens. Si l'arrêt *Gaynor* n'impose pas la conversion en dollars canadiens de tous les éléments d'une formule établie par la loi, l'exercice d'interprétation s'en trouve simplifié et il devient possible de se concentrer plus directement sur la question de savoir si le législateur a voulu que les pertes sur change soient déductibles en vertu de l'al. 20(1)*f*).

Pour résoudre ce problème, je traiterai d'abord du courant jurisprudentiel que l'intimée, la Compagnie pétrolière Impériale, a invoqué à l'appui de l'affirmation que la monnaie étrangère n'est aucunement différente de toute autre marchandise en droit fiscal canadien. Si cette affirmation tenait, elle militerait en faveur de l'inclusion de la fluctuation de la valeur d'une monnaie étrangère dans l'équation établie à l'al. 20(1)*f*). J'analyserai ensuite l'arrêt *Gaynor* et la jurisprudence britannique connexe examinée par le juge Miller dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*.

### F. *La monnaie en tant que marchandise*

La Compagnie pétrolière Impériale fait valoir qu'au Canada la monnaie étrangère ne diffère aucunement des autres marchandises. En droit canadien,

unless it is converted into Canadian dollars. Such a conversion is required in order to properly interpret and apply the s. 20(1)(*f*) formula. Imperial Oil argues that a strong body of case law supports its position. But do the cases it cites really stand for this proposition and for the legal consequences it draws from them? I will now turn to the cases in question to determine what principles can be drawn from them.

un montant en monnaie étrangère ne signifie rien à moins d'être converti en dollars canadiens. Cette conversion est nécessaire pour interpréter et appliquer correctement la formule de l'al. 20(1)*f*). La Compagnie pétrolière Impériale affirme qu'un fort courant jurisprudentiel étaye sa thèse. Cependant, la jurisprudence qu'elle cite appuie-t-elle vraiment cette thèse et les conséquences juridiques qui en découlent selon elle? J'examinerai maintenant la jurisprudence en question pour déterminer quels principes s'en dégagent.

In *Tip Top Tailors*, the taxpayer company purchased quantities of cloth in Great Britain. The taxpayer's normal practice was to pay for each lot by purchasing sterling at the prevailing exchange rate. In 1948, the taxpayer foresaw that the pound sterling would be devalued and arranged for a line of credit on a British bank account that would not have to be repaid until the end of the year. The taxpayer recorded the individual purchases in the Canadian dollar amount at the exchange rate prevailing at the time of the purchases. At the end of the year, when the line of credit was repaid, the pound had in fact been devalued and the taxpayer realized a profit. The issue was whether that profit was a capital gain or on income account. The Court held that the debt had been created in the course of trade and that any foreign exchange gain realized on the debt was on income account.

40 Dans l'affaire *Tip Top Tailors*, la société contribuable achetait d'importantes quantités de vêtements en Grande-Bretagne. Elle avait l'habitude de payer chaque lot en achetant des livres sterling au taux de change en vigueur. En 1948, prévoyant que la livre sterling serait dévaluée, la contribuable a pris des mesures pour ouvrir dans un compte bancaire britannique une marge de crédit qui n'aurait pas à être remboursée avant la fin de l'année. Elle a comptabilisé chacun des achats en dollars canadiens selon le taux de change en vigueur au moment où ils étaient effectués. À la fin de l'année, au moment du remboursement de la marge de crédit, la livre sterling avait effectivement été dévaluée et la contribuable a réalisé un profit. Il s'agissait de savoir si ce profit constituait un gain en capital ou un profit au titre du revenu. La Cour a conclu que la dette avait pris naissance dans le cours du commerce et que tout profit sur change réalisé sur la dette était au titre du revenu.

The facts in *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 745, were analogous. In that case, the taxpayer company purchased goods from its U.S. parent company. The taxpayer was billed in U.S. dollars but did not settle the account for a number of years, entering the amount of indebtedness for each year in its books in Canadian dollars. In the tax year in question, the Canadian dollar attained parity with the U.S. dollar and the taxpayer settled the account. The taxpayer sought to claim the "Foreign Exchange Premium Reduction" as a capital gain. Estey J., writing for the majority, held that the cost of exchange arising out of fluctuations in foreign currency is an ordinary expense in relation to

41 Les faits en cause dans l'affaire *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 745, étaient similaires. Dans cette affaire, la société contribuable, qui achetait auprès de sa société mère américaine des produits facturés en dollars américains, s'était abstenue de régler le compte pendant un certain nombre d'années et avait comptabilisé en dollars canadiens le montant de sa dette pour chaque année. Au cours de l'année fiscale en cause, le dollar canadien a atteint la parité avec le dollar américain et la contribuable a réglé le compte. Elle a tenté de déclarer à titre de gain en capital la réduction relative au facteur d'ajustement pour les changes. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Estey a conclu que

foreign trade and that it must be accounted for in the computation of income tax.

42 In *Alberta Gas Trunk Line Co. v. Minister of National Revenue*, [1972] S.C.R. 498, the taxpayer entered into a contract for the transportation of natural gas. The payments the taxpayer received on that contract were partly in Canadian dollars and partly in U.S. dollars. The taxpayer argued that the U.S. dollar portion of the payments were in fact part of a second promise to indemnify the taxpayer for any losses it might incur on certain USD amounts it had *borrowed*. The Court rejected this characterization, concluding that the USD amounts received were in payment of services rendered. It accordingly held that the full (i.e., Canadian dollar) value of the amounts had to be included in income under s. 3 of the *ITA*.

43 *Imperial Tobacco Co. v. Kelly*, [1943] 2 All E.R. 119 (C.A.), is analogous to the Canadian cases. In that case, the taxpayer company was a tobacco manufacturer that had purchased large quantities of tobacco leaf from the United States. In order to finance these purchases, the company had purchased quantities of U.S. dollars sufficient to cover its U.S. dollar purchases and expenses for the year. When the war broke out in 1939, at the request of the Treasury, the taxpayer stopped all further purchases of tobacco leaf in the United States and was, as a result, left with a large holding of U.S. dollars. The taxpayer sold its surplus dollars to the Treasury, as it was required to do, and realized a profit on that exchange.

44 The taxpayer argued that the profit was a capital gain realized on a temporary investment in foreign currency. The Court of Appeal disagreed, concluding that the foreign exchange gain was directly linked to the taxpayer's ordinary commercial operation and that it should be included in income. Lord Greene, M.R., stated that the company "ha[d] sold

les frais de change découlant des fluctuations d'une monnaie étrangère constituent une dépense courante liée au commerce extérieur et qu'ils doivent être pris en compte dans le calcul de l'impôt sur le revenu.

Dans l'affaire *Alberta Gas Trunk Line Co. c. Ministre du Revenu national*, [1972] R.C.S. 498, la contribuable avait conclu un contrat de transport de gaz naturel. Les paiements que celle-ci avait reçus en vertu de ce contrat étaient partiellement en dollars canadiens et partiellement en dollars américains. La contribuable a soutenu que la partie en dollars américains des paiements était, en fait, visée par une deuxième promesse de l'indemniser de toute perte qu'elle pourrait subir à l'égard de certains montants en dollars américains qu'elle avait *empruntés*. La Cour a rejeté cette interprétation, concluant que les montants en dollars américains avaient été reçus à titre de paiement pour des services rendus. Elle a donc décidé que leur pleine valeur (en dollars canadiens) devait être incluse dans le revenu en application de l'art. 3 *LIR*.

L'arrêt *Imperial Tobacco Co. c. Kelly*, [1943] 2 All E.R. 119 (C.A.), présente une analogie avec la jurisprudence canadienne. Dans cette affaire, la société contribuable était une fabricante de tabac qui avait acheté de grandes quantités de feuilles de tabac aux États-Unis. Pour financer ces achats, la société avait acheté suffisamment de devises américaines pour couvrir ses achats et dépenses en dollars américains pour l'année. Lorsque la guerre a éclaté en 1939, la contribuable a cessé, à la demande du Treasury, tout achat de feuilles de tabac aux États-Unis, et s'est ainsi retrouvée en possession d'une grande quantité de dollars américains. La contribuable a vendu ses dollars excédentaires au Treasury, comme on lui avait demandé de le faire, ce qui lui a permis de réaliser un profit sur change.

La contribuable a fait valoir que ce profit constituait un gain en capital réalisé sur un placement à court terme en monnaie étrangère. La Cour d'appel, qui n'était pas de cet avis, a estimé que le profit sur change était directement lié aux activités commerciales courantes de la contribuable et devait être inclus dans son revenu. Le maître des rôles

a surplus stock of dollars which it had acquired for the purpose of effecting a transaction on revenue account" (p. 121). He added that in the circumstances, the U.S. dollars functioned as a commodity in that, like other commodities, their value in relation to sterling was a fluctuating one. I doubt that this observation can, as the respondent suggests, be fairly interpreted to mean that foreign currency *necessarily* has the character of a commodity. It seems to follow from the characterization of the foreign currency as *inventory* such that any profits arising out of its sale would be on income, not on capital, account.

lord Greene a affirmé que la société [TRADUCTION] « a[vait] vendu un stock excédentaire de dollars qu'elle avait acquis en vue d'effectuer une opération au titre du revenu » (p. 121). Il a ajouté que, dans les circonstances, les dollars américains étaient assimilés à des marchandises parce que, comme toute autre marchandise, leur valeur eu égard à la livre sterling était fluctuante. Je doute que cette affirmation puisse, comme le laisse entendre l'intimée, être à juste titre interprétée comme signifiant que la monnaie étrangère doit *nécessairement* être traitée comme une marchandise. Cela semble découler du fait que la monnaie étrangère a été qualifiée de *stock* de manière à ce que tous les profits résultant de sa vente soient au titre du revenu et non du capital.

In my view, the above cases stand for the proposition that foreign exchange gains and losses incurred in relation to foreign trade cannot be separated from the underlying transaction such that the foreign exchange gain or loss would be on capital account while the underlying transaction would be on income account. In such a case, the foreign exchange gain or loss is an intrinsic element of the price received or paid for a company's goods and must be included in the computation of income. Where, as in *Kelly*, the underlying transaction falls through for some reason, a foreign exchange gain that was incurred in relation to that transaction is not transformed into a capital transaction. The effect of converting foreign currency amounts into Canadian dollars is simply to consider the foreign exchange gain or loss to be on the same account as the underlying transaction. The above cases are not of assistance in the cases at bar, where it is common ground that but for an express statutory provision, the foreign exchange loss would be on capital account because the borrowing was on capital account. The difficulty here lies in discerning whether Parliament intended, in enacting s. 20(1)(*f*), to make the capital cost of borrowing in a foreign currency deductible from business income.

45 À mon avis, la jurisprudence susmentionnée permet d'affirmer que les profits et pertes sur change liés au commerce extérieur sont indissociables de l'opération sous-jacente de sorte que le profit ou la perte sur change serait au titre du capital alors que l'opération sous-jacente serait au titre du revenu. Dans un tel cas, les profits ou pertes sur change font partie intégrante du prix reçu ou payé pour les produits d'une société et doivent être inclus dans le calcul du revenu. Dans les cas où, comme dans l'affaire *Kelly*, l'opération sous-jacente n'aboutit pas pour une raison ou pour une autre, le profit sur change lié à cette opération ne devient pas pour autant un gain en capital. La conversion en dollars canadiens des sommes en devises étrangères permet simplement de considérer que le profit ou la perte sur change sont au même titre que l'opération sous-jacente. La jurisprudence susmentionnée n'est d'aucun secours dans les présentes affaires, où nul ne conteste que, en l'absence d'une disposition législative expresse, la perte sur change serait au titre du capital parce que l'emprunt était au titre du capital. Le problème ici est de savoir si, en édictant l'al. 20(1)*f*), le législateur a voulu faire en sorte que le coût en capital d'un emprunt en monnaie étrangère soit déductible du revenu d'entreprise.

### G. *Conversion Under Gaynor v. The Queen and Related British Case Law*

### G. *Conversion selon l'arrêt Gaynor c. Canada et la jurisprudence britannique connexe*

46 Les parties font toutes les deux appel à l'arrêt *Gaynor* pour déterminer l'interprétation que

While both parties rely on *Gaynor* in seeking the proper interpretation of s. 20(1)(*f*), each of them

puts its own spin on that decision. Given the importance that appears to have been attached to the so-called "*Gaynor principle*" in the courts below and in this Court, it is worth having a good, hard look at that case. At the same time, it will be helpful to consider the related British cases reviewed by Miller J. in his discussion of *Gaynor* in order to determine whether the "*Gaynor principle*" really exists and whether it justifies the proposition that all elements of a statutory formula in Canadian tax law must be converted into Canadian dollars.

47 In *Gaynor*, the taxpayer was a U.S. citizen who was ordinarily resident in Canada. In the tax year at issue, she disposed of certain U.S. securities and reinvested the proceeds of that disposition into other U.S. securities. As the proceeds were never converted into Canadian dollars, the taxpayer calculated her capital gains using the exchange rate prevailing on the date of disposition to convert both her adjusted cost base and the proceeds of disposition, the result being that any gain or loss in the Canadian dollar value of the securities was excluded from her calculation. At the Tax Court of Canada, Sarchuk T.C.J. rejected the argument that the foreign exchange gain or loss should be reported only when foreign currency was actually exchanged: 87 D.T.C. 279. He held that capital gains and losses are by statutory definition the difference between the adjusted cost base and the proceeds of disposition and that each of these amounts had to be converted into Canadian dollars at the exchange rate prevailing at the relevant time. Sarchuk T.C.J.'s decision was upheld by Pinard J. of the Federal Court—Trial Division (88 D.T.C. 6394) and Pratte J.A. of the Federal Court of Appeal (91 D.T.C. 5288). Pratte J.A. noted that Canadian currency "is the only monetary standard of value known to Canadian law" (p. 5289) and that both the cost of the capital asset and the proceeds of disposition had to be expressed in Canadian dollars. The parties in the instant case rely on this to argue that every amount in a statutory formula must be converted into Canadian dollars. Miller J. disputed this view and turned for assistance to a

doit recevoir l'al. 20(1)*f*), mais chacune d'elles interprète cet arrêt à sa façon. Vu l'importance qui semble avoir été accordée au dit « principe *Gaynor* » devant les tribunaux d'instance inférieure et devant notre Cour, il convient d'examiner attentivement cet arrêt. Du même coup, il sera utile de consulter la jurisprudence britannique connexe que le juge Miller a étudiée en analysant l'arrêt *Gaynor* pour décider si le « principe *Gaynor* » existe réellement et s'il permet d'affirmer que tous les éléments d'une formule prévue par le droit fiscal canadien doivent être convertis en dollars canadiens.

Dans l'affaire *Gaynor*, la contribuable était une citoyenne américaine résidant habituellement au Canada. Au cours de l'année fiscale en cause, elle avait disposé de certains titres américains, puis avait réinvesti le produit de cette disposition dans d'autres titres américains. Le produit n'ayant jamais été converti en dollars canadiens, la contribuable a calculé ses gains en capital à l'aide du taux de change en vigueur au moment de la disposition pour convertir aussi bien le prix de base rajusté que le produit de la disposition, de sorte que tous les profits ou pertes liés à la valeur en dollars canadiens des titres ont été exclus du calcul. Le juge Sarchuk de la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'argument voulant que les profits ou pertes sur change ne doivent être déclarés qu'une fois la monnaie étrangère réellement changée : 87 D.T.C. 279. Il a affirmé que les gains et pertes en capital sont décrits dans la loi comme correspondant à la différence entre le prix de base rajusté et le produit de la disposition, et que chacun de ces montants devait être converti en dollars canadiens selon le taux de change en vigueur à l'époque pertinente. La décision du juge Sarchuk a été confirmée par le juge Pinard de la Section de première instance de la Cour fédérale (88 D.T.C. 6394) et par le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale ([1991] A.C.F. n° 348 (QL)). Ce dernier a souligné que la devise canadienne « est le seul étalon de valeur monétaire reconnu en droit canadien » (par. 4) et que le coût de l'immobilisation et le produit de la disposition devaient tous deux être libellés en dollars canadiens. Les parties en l'espèce se fondent sur cette affirmation pour

line of British cases dealing with the same issue the court had grappled with in *Gaynor*.

In one of those cases, *Bentley v. Pike* (1981), 53 T.C. 590, the facts were analogous to the facts in *Gaynor*. The High Court of Justice (Chancery Division) took the same approach to the conversion of foreign currency amounts into sterling as the Federal Court of Appeal would take in *Gaynor*. Vinelott J. acknowledged that the taxpayer was being called on to pay capital gains tax on a (notional) foreign exchange gain arising out of the devaluation of sterling, but he held that this was the only justifiable approach under the capital gains tax legislation.

In *Pattison (Inspector of Taxes) v. Marine Midland Ltd.*, [1984] A.C. 362 (H.L.), the taxpayer was an international banking company. In 1971, the taxpayer had borrowed US$15 million by issuing loan stock and had used that money to lend U.S. dollars to its banking customers. In 1976, the loans to its banking customers had all been repaid (in U.S. dollars) and the taxpayer redeemed the loan stock. Between 1971 and 1976, the pound had depreciated such that the sterling equivalent of the amount the taxpayer had to repay in 1976 was greater than the sterling equivalent of the amount it received in that year. The inspector of taxes sought to characterize that loss as a capital loss that was not deductible in computing the taxpayer company's profits. He also sought to characterize as an income profit the correlative foreign exchange gain that the taxpayer (notionally) had realized on the loans it had made to its banking customers. At all material times, the taxpayer had sufficient U.S. dollar assets to meet its U.S. dollar liabilities, and the dollars were never converted into sterling. The House of Lords held that there was no gain or loss on either capital or income account, because no profit can arise from the simple return of the very thing borrowed. Lord Templeman explained that "a profit or loss may be

faire valoir que tout montant figurant dans une formule établie par la loi doit être converti en dollars canadiens. Le juge Miller a contesté cette opinion et a fait appel à un courant jurisprudentiel britannique traitant de la même question que celle dont avait été saisie la cour dans l'affaire *Gaynor*.

48 Dans l'une de ces affaires, *Bentley c. Pike* (1981), 53 T.C. 590, les faits étaient analogues à ceux de l'arrêt *Gaynor*. La Haute Cour de justice (Division de la chancellerie) a abordé de la même façon que la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Gaynor* la conversion en livres sterling des montants libellés en devises étrangères. Le juge Vinelott a reconnu que la contribuable était appelée à payer un impôt applicable aux gains en capital sur un profit sur change (fictif) résultant de la dévaluation de la livre sterling, mais il a conclu qu'il s'agissait là de la seule approche justifiable selon la législation fiscale sur les gains en capital.

49 Dans l'affaire *Pattison (Inspector of Taxes) c. Marine Midland Ltd.*, [1984] A.C. 362 (H.L.), la contribuable était une société bancaire internationale. En 1971, la contribuable avait emprunté 15 millions de dollars américains en émettant des obligations et s'était servie de cet argent pour prêter des dollars américains à ses clients. En 1976, les prêts consentis à ses clients ayant tous été remboursés (en dollars américains), la contribuable avait racheté les obligations. Entre 1971 et 1976, la livre sterling s'était dépréciée à tel point que l'équivalent en livres sterling de la somme que la contribuable devait rembourser en 1976 excédait l'équivalent en livres sterling de la somme qu'elle avait reçue au cours de la même année. Le vérificateur de l'impôt a cherché à qualifier cette perte de perte en capital non déductible du calcul des profits de la société contribuable. Il a également tenté de qualifier de profit au titre du revenu le profit sur change correspondant que celle-ci avait (fictivement) réalisé sur les prêts consentis à ses clients. À toutes les époques pertinentes, la contribuable avait eu à sa disposition un actif en dollars américains suffisant pour régler ses dettes en dollars américains, et les dollars n'avaient jamais été convertis en livres sterling. La Chambre des lords a estimé qu'il n'y avait eu ni gain ni perte, tant au titre du capital

earned or suffered if a borrower changes the currency he borrows but that profit or loss arises from the exchange transaction and not from the borrowing" (p. 372). Because there had been no conversion of the U.S. dollar, there could be no profit or loss in the circumstances.

50 The decision in *Pattison* is illustrative because, as the taxpayer had pointed out, the inspector's position was predicated on a conversion of the principal sums into sterling amounts. Without such a conversion, the amount repaid (US$15 million) would equal the amount borrowed and there would be no profit or loss to report in the company's tax return. The taxpayer argued that only profits actually realized should be converted into their sterling amounts. It seems implicit that in accepting the taxpayer's position, the House of Lords rejected the proposition that the principal sums had to be converted into sterling amounts.

51 In *Capcount Trading v. Evans* (1992), 65 T.C. 545 (C.A.), the taxpayer argued that *Pattison* and *Pike* were inconsistent and that *Pattison* ought to prevail such that the capital gain the taxpayer had realized on the disposition of certain (foreign) shares could be calculated by deducting the foreign currency cost from the foreign currency proceeds and converting the result into sterling at the rate prevailing on the date of disposition. The effect would have been to exclude foreign exchange gains from the calculation. Nolan L.J. held that the two cases were not inconsistent because *Pattison* concerned income while *Pike* concerned capital gains.

### H. *Implications and Application of Gaynor and Related Cases*

52 In my opinion, *Gaynor* does not support the proposition that all elements of a statutory formula must be converted into their Canadian dollar value

qu'à celui du revenu, parce qu'aucun profit ne peut résulter de la simple restitution de la chose même qui a été empruntée. Lord Templeman a expliqué que [TRADUCTION] « l'emprunteur peut réaliser un profit ou subir une perte s'il change les devises qu'il emprunte, mais ce profit ou cette perte découle de l'opération de change et non de l'emprunt » (p. 372). Les dollars américains n'ayant fait l'objet d'aucune conversion, il ne pouvait y avoir ni profit ni perte dans les circonstances.

L'affaire *Pattison* représente un bon exemple en ce sens que, comme l'avait fait observer la contribuable, la position du vérificateur reposait sur une conversion du principal en livres sterling. Sans cette conversion, la somme remboursée (15 millions de dollars américains) équivaudrait à la somme empruntée, et il n'y aurait ni profit ni perte à signaler dans la déclaration de revenus de la société. La contribuable a soutenu que seuls les profits effectivement réalisés devaient être convertis en livres sterling. Il semble implicite qu'en souscrivant à la thèse de la contribuable la Chambre des lords a rejeté l'argument selon lequel le principal devait être converti en livres sterling.

Dans l'affaire *Capcount Trading c. Evans* (1992), 65 T.C. 545 (C.A.), la contribuable a soutenu que les arrêts *Pattison* et *Pike* étaient incompatibles, et qu'il fallait préférer l'arrêt *Pattison* de manière à ce que le gain en capital qu'elle avait réalisé lors de la disposition de certaines actions (étrangères) puisse être calculé en déduisant le coût de l'opération de change du produit de cette opération et en convertissant le résultat en livres sterling selon le taux en vigueur au moment de la disposition. Cela aurait exclu du calcul les profits sur change. Le lord juge Nolan a estimé que les deux arrêts n'étaient pas incompatibles parce que l'arrêt *Pattison* portait sur le revenu alors que l'arrêt *Pike* visait les gains en capital.

### H. *Répercussions et application de l'arrêt Gaynor et de la jurisprudence connexe*

À mon avis, l'arrêt *Gaynor* ne permet pas d'affirmer que tous les éléments d'une formule établie par la loi doivent être convertis en dollars canadiens

at the relevant time. The implications of *Gaynor* are narrower than that. The decision was premised on the prior conclusion that the foreign exchange gains in issue were capital gains. Converting the amounts in the statutory formula merely simplified the method of calculating the amount of the capital gain in that case, which did not purport to establish a new general principle. The British cases I have reviewed do not lend support to such a proposition either.

*Pattison*, the only one of those cases in which conversion of the amounts at issue into sterling was *not* required, is distinguishable from the other two cases in two ways. First, the underlying assets in both *Pike* and *Capcount Trading* were capital assets, while the underlying asset in *Pattison* was (arguably, at least) on income account because the business of the taxpayer bank was borrowing and lending money. In the latter case, no conversion was necessary because the measurement of income is not concerned with the appreciation or depreciation of particular assets. Second, in both *Pike* and *Capcount Trading*, there was a disposition of the capital asset, while *Pattison* involved a borrower-lender relationship. Lord Templeman observed in *Pattison* that where there is no disposition, but merely a return of the very thing that was borrowed, the return cannot in itself trigger a profit or loss. Any such profit or loss must be rooted in an actual currency exchange transaction.

Miller J. in the Tax Court below, concluded that the U.K. cases were consistent with *Gaynor*, but that the principles articulated in those cases did not apply to the facts before him. Specifically, he opined that currency conversion is appropriate in the capital gains context and suggested, citing *Capcount Trading*, that the conceptual basis for this distinction may lie in the fact that a capital gain, by its very nature, involves measuring the appreciation or depreciation of a *particular asset* over time, while business income does not. It is not immediately clear how this can be reconciled with the line of cases discussed above. Both *Tip*

à l'époque pertinente. La portée de l'arrêt *Gaynor* demeure plus limitée. Il tenait pour acquis, au départ, que les profits sur change en cause étaient des gains en capital. La conversion des montants figurant dans la formule établie par la loi ne faisait que simplifier la méthode de calcul du gain en capital dans cette affaire, qui n'était pas censée établir un nouveau principe général. La jurisprudence britannique que j'ai examinée n'appuie pas cette affirmation non plus.

53 L'affaire *Pattison*, la seule où la conversion en livres sterling des montants en cause *n'était pas* requise, se distingue des deux autres affaires à deux égards. Premièrement, les biens sous-jacents dans les affaires *Pike* et *Capcount Trading* étaient des immobilisations, alors que, dans l'affaire *Pattison*, ils étaient (du moins peut-on le prétendre) au titre du revenu parce que l'entreprise de la banque contribuable consistait à emprunter et à prêter de l'argent. Dans ce dernier cas, aucune conversion ne s'imposait parce que la mesure du revenu n'a rien à voir avec l'appréciation ou la dépréciation de biens particuliers. Deuxièmement, dans les affaires *Pike* et *Capcount Trading*, les immobilisations avaient fait l'objet d'une disposition, alors que, dans l'affaire *Pattison*, il était question d'une relation prêteur-emprunteur. Lord Templeman a souligné, dans *Pattison*, que lorsqu'il survient non pas une disposition, mais une simple restitution de la chose même qui a été empruntée, cette restitution ne peut en soi entraîner un profit ou une perte. Le profit ou la perte doit découler d'une opération de change réelle.

54 Le juge Miller de la Cour de l'impôt a conclu que la jurisprudence britannique était compatible avec l'arrêt *Gaynor*, mais que les principes qui y sont formulés ne s'appliquaient pas aux faits dont il était saisi. Plus particulièrement, il a estimé que la conversion monétaire est indiquée dans le contexte des gains en capital et a affirmé, en citant l'arrêt *Capcount Trading*, que le fondement conceptuel de cette distinction peut tenir au fait que, de par sa nature même, un gain en capital fait intervenir une mesure de l'appréciation ou de la dépréciation d'un *bien particulier* au fil du temps, alors que le revenu d'entreprise ne le fait pas. On ne sait pas

*Top Tailors* and *Eli Lilly* involved the repayment of debts that were held to be on income account, and in both cases the Court held that there had been a foreign exchange gain on the repayment of the foreign currency debt obligation. I believe that this can be explained by the facts that the borrower-lender relationship in those cases arose directly out of the purchaser-vendor relationship and that there was an actual currency conversion (and, as a result, an *actual* foreign exchange gain), such that the foreign exchange gain was an integral part of the purchase price of the goods.

55 The cases at bar are analogous to *Pattison* in that they involve not a disposition, but only the repayment of principal by a debtor to a creditor. Although they are distinguishable in that the underlying transactions are on capital account, whereas the underlying transactions in *Pattison* were on income account, I think that the analysis applicable to the borrower-lender relationship is unique and is not necessarily affected by whether the debt is on income or capital account. It was rightly held in *Pattison* that without a conversion of currency, the mere repayment of the principal — the very thing that was borrowed — cannot yield a profit or a loss. Any appreciation or depreciation of the principal amount does not result from the simple fact that it has been borrowed and repaid. If there is a profit or loss, it must arise from something other than the borrower-lender relationship *per se*. In the capital gains context, the disposition of a capital asset has been treated in the cases as an event triggering taxation of the appreciation or depreciation of that asset *in addition to* any foreign exchange gains or losses, whether actual or notional. In the income context, foreign exchange gains and losses have been treated as an ordinary expense in carrying out foreign trade such that, even when incurred in separate transactions, they must be accounted for in determining the price paid or received for traded goods. In such cases, an actual *disposition* of inventory occurs, and this disposition triggers

clairement, à première vue, comment cela peut se concilier avec le courant jurisprudentiel analysé plus haut. Les affaires *Tip Top Tailors* et *Eli Lilly* portaient toutes les deux sur le remboursement de dettes considérées comme étant au titre du revenu, et la Cour a dans les deux cas estimé qu'un profit sur change avait été réalisé sur le remboursement de la créance libellée en devises étrangères. Je crois que cela s'explique par le fait que, dans ces affaires, la relation prêteur-emprunteur découlait directement de la relation acheteur-vendeur, et qu'il était survenu une conversion monétaire réelle (et, par conséquent, un profit sur change *réel*) de sorte que le profit sur change faisait partie intégrante du prix d'acquisition des produits.

Les présentes affaires ressemblent à l'affaire *Pattison* en ce sens qu'on y traite non pas de disposition, mais du simple remboursement du principal par un débiteur à un créancier. Bien qu'elles puissent être distinguées du fait que les opérations sous-jacentes sont au titre du capital, alors que celles de l'affaire *Pattison* étaient au titre du revenu, je crois que l'analyse applicable à la relation prêteur-emprunteur reste unique et que la question de savoir si la dette est au titre du revenu ou du capital n'influe pas nécessairement sur celle-ci. Dans l'arrêt *Pattison*, on a à juste titre statué que, sans conversion monétaire, le simple remboursement du principal — la chose même qui a été empruntée — ne peut entraîner un profit ou une perte. L'appréciation ou la dépréciation du principal ne résulte pas du seul fait qu'il a été emprunté et remboursé. Tout profit ou toute perte doit découler de quelque chose d'autre que de la relation prêteur-emprunteur proprement dite. Dans le contexte des gains en capital, la jurisprudence a considéré la disposition d'une immobilisation comme un événement provoquant la taxation de l'appréciation ou de la dépréciation de cette immobilisation *en plus* des profits ou pertes sur change, qu'ils soient réels ou fictifs. Dans le contexte du revenu, les profits et pertes sur change ont été considérés comme étant une dépense courante liée au commerce extérieur de sorte que, même s'ils résultent d'opérations distinctes, ils doivent être pris en compte pour déterminer le prix payé ou reçu pour les produits

a valuation in order to determine the actual price received for it (in domestic currency).

The issue then becomes more narrowly focussed. It will not be resolved by finding somewhere else a specific statutory rule or judge-made principle that would mandate the conversion of all statutory formulas in the *ITA* into Canadian dollars. In the end, the question is still whether s. 20(1)(*f*) was intended by Parliament to apply to the appreciation or depreciation of the obligation, in which case the calculation would be analogous to the computation of a capital gain, or whether it was intended to apply to an income expense or, more accurately, a point-in-time expense that would, but for that section, be a payment on account of capital. The solution will be found in the text of s. 20(1)(*f*), read in context, according to the principles of interpretation recently reaffirmed by this Court in *Canada Trustco* and *Mathew*. None of the interpretive aids invoked by the parties, which I will now briefly turn to, are determinative.

I. *Interpretive Aids*

The parties have called upon various auxiliary interpretive tools to back up their submissions on the interpretation and scope of the statute. The Minister has even sought support for his position in the marginal notes, which refer to a "discount". Although marginal notes are not entirely devoid of usefulness, their value is limited for a court that must address a serious problem of statutory interpretation. I would be loath to rely on one for that purpose and will return to the text of the statute itself, after considering some additional interpretive arguments raised by the litigants.

The Minister also relies on statements made in the House of Commons at the time of the addition of s. 20(1)(*f*) to the *ITA*, and on Technical Notes issued by the Department of Finance to explain the addition of, and amendments to s. 20(1)(*f*). Putting aside the question of the weight that should be

échangés. Dans de tels cas, une *disposition* réelle de stock se produit, et cette disposition déclenche une évaluation visant à déterminer le prix réel reçu pour celui-ci (en monnaie nationale).

56 La question devient alors plus précise. On ne pourra pas la résoudre en cherchant ailleurs une règle législative ou un principe jurisprudentiel qui prescrirait la conversion en dollars canadiens de toutes les formules prévues dans la *LIR*. En définitive, la question demeure toujours de savoir si le législateur a voulu que l'al. 20(1)*f*) s'applique à l'appréciation ou à la dépréciation du titre, auquel cas le calcul serait analogue à celui du gain en capital, ou s'il a voulu qu'il s'applique à une dépense au titre du revenu ou, plus exactement, à une dépense ponctuelle qui, n'était-ce cet alinéa, constituerait un paiement à titre de capital. La solution se trouve dans le libellé de l'al. 20(1)*f*), lu dans son contexte, conformément aux principes d'interprétation que notre Cour a réaffirmés récemment dans les arrêts *Trustco Canada* et *Mathew*. Aucun des outils d'interprétation que les parties ont invoqués, et que je vais maintenant examiner brièvement, n'est déterminant.

I. *Outils d'interprétation*

57 Les parties ont fait appel à différents outils d'interprétation auxiliaires pour corroborer leurs observations concernant l'interprétation et la portée de la Loi. Le ministre a même cherché à appuyer sa thèse sur les notes marginales, qui parlent d'un « escompte ». Bien que ces notes marginales ne soient pas complètement inutiles, elles ne possèdent qu'une valeur limitée pour un tribunal chargé de régler un problème difficile d'interprétation législative. Je serais peu enclin à m'en remettre à l'une d'elles pour ce faire, et je reviendrai au texte de loi lui-même, après avoir examiné les autres arguments interprétatifs avancés par les parties.

58 Le ministre invoque également les déclarations faites à la Chambre des communes à l'époque où l'al. 20(1)*f*) a été ajouté à la *LIR*, ainsi que les notes techniques publiées par le ministère des Finances pour expliquer l'ajout de l'al. 20(1)*f*) et les modifications qui lui ont été apportées. Abstraction faite de

given to these interpretive aids, the difficulty with the Minister's arguments is that although both of these sources support the view that discounts were in the contemplation of Parliament when it enacted s. 20(1)(*f*), neither goes so far as to suggest that s. 20(1)(*f*) is *restricted to* discounts. Since this is the very restriction the respondents are contesting, the interpretive aids invoked by the Minister are not dispositive of the issue, although they may shed some light on Parliament's intention.

59 The question of the impact of the interpretive practice allegedly adopted by the Minister is more troubling. Imperial Oil puts a heavy emphasis on conflicting applications of s. 20(1)(*f*) by the Minister in respect of various categories of transactions. In particular, it raises the tax treatment of commodity based loans to prairie farmers in the 1980s or later and the case of a class of debt instruments known as "exchangeable debentures": Income Tax Rulings Directorate, Technical Interpretation No. 9703377, April 17, 1997; Income Tax Rulings Directorate, Advance Income Tax Ruling No. 2000-0060103, January 1, 2001. The appellant has offered no clear explanation why, in the Minister's view, s. 20(1)(*f*) would apply to variations in the principal amounts of debt instruments of those classes. However, much as they are to be deplored, inconsistent administrative practices are not the determinative factor in statutory interpretation. We must nevertheless return to the statute itself and to the scope of its application in respect of the specific transactions at issue in these appeals (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 37). If an interpretation is wrong, it does not make law. Estoppel by interpretation has not yet become a recognized doctrine of statutory construction.

60 In addition to *Gaynor*, the parties rely on a number of statutory provisions in support of the proposition that all amounts referred to in the *ITA* must be converted into Canadian dollars. Section

la question du poids qui devrait être accordé à ces outils d'interprétation, le problème que pose l'argumentation du ministre réside dans le fait que, bien que ces deux sources étayent le point de vue selon lequel les escomptes étaient envisagés par le législateur lorsqu'il a édicté l'al. 20(1)*f*), aucune d'elles ne va jusqu'à indiquer que l'al. 20(1)*f*) *se limite aux* escomptes. Puisqu'il s'agit là de la limite même que les intimées contestent, les outils d'interprétation invoqués par le ministre ne règlent pas la question, quoiqu'ils puissent permettre de mieux comprendre l'intention du législateur.

La question de l'incidence de la pratique que le ministre aurait adoptée en matière d'interprétation s'avère plus préoccupante. La Compagnie pétrolière Impériale insiste fortement sur les applications contradictoires de l'al. 20(1)*f*) que le ministre a effectuées à l'égard de différentes catégories d'opérations. Plus particulièrement, elle évoque le traitement fiscal des prêts basés sur le cours des produits agricoles consentis aux agriculteurs des Prairies dans les années 1980 ou plus tard, et le cas d'une catégorie de titres de créance appelés « obligations échangeables » : Direction des décisions de l'impôt, interprétation technique n° 9703377, 17 avril 1997; Direction des décisions de l'impôt, décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu n° 2000-0060103, 1er janvier 2001. L'appelante n'a pas expliqué clairement pourquoi, selon le ministre, l'al. 20(1)*f*) s'appliquait aux variations du principal des titres de créance appartenant à ces catégories. Toutefois, des pratiques administratives contradictoires, aussi déplorables qu'elles puissent être, ne sont pas un facteur déterminant en matière d'interprétation législative. Nous devons néanmoins revenir à la loi elle-même et à son champ d'application en ce qui concerne les opérations en cause dans les présents pourvois (*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 37). Si une interprétation est erronée, elle ne s'applique pas. La préclusion par interprétation n'est pas encore devenue un principe d'interprétation législative reconnu.

Outre l'arrêt *Gaynor*, les parties invoquent un certain nombre de dispositions législatives à l'appui de la thèse selon laquelle tous les montants mentionnés dans la *LIR* doivent être convertis

248(1) of the *ITA* defines "amount" as "money, rights or things expressed in terms of the amount of money or the value in terms of money of the right or thing". The parties rely on that definition in conjunction with the provisions of the *Currency Act*, R.S.C. 1985, c. C-52, to argue that wherever the word "amount" appears in the *ITA*, it must refer to an amount in Canadian dollars. Section 14 of the *Currency Act* provides that "[a]ny sum mentioned in dollars and cents in . . . any Act of Parliament shall, unless it is otherwise expressed, be construed as being a sum in the currency of Canada." Section 3(1) of the same statute provides that the monetary unit of Canada is the dollar. In my opinion, these provisions do not go so far as to support the parties' contention that wherever the word "amount" is used in the *ITA*, it must refer to an amount in Canadian dollars.

J. *Interpretation of Section 20(1)(f)*

The respondents' argument places much emphasis on the statutory definition of "principal amount" in s. 248(1) of the *ITA*, which contemplates the possibility that the principal amount can fluctuate (e.g., where an obligation is repaid in increments and "principal" refers to the outstanding portion of the obligation). However, that definition does not expressly address whether or how foreign currency fluctuations are to be taken into account in determining the "principal amount" of an obligation denominated in foreign currency. In my opinion, the arguments based on the use of the phrase "maximum amount" in the definition of "principal amount" fail because there is no indication that foreign currency conversions were in Parliament's contemplation when that section was drafted. Whether foreign exchange losses are covered by s. 20(1)(*f*) must be ascertained with respect to the text, scheme and context of that provision.

Although the word "discount" does not appear in s. 20(1)(*f*), the opening words of s. 20(1)(*f*)(i) set out what is commonly accepted as the definition of a discount. Moreover, there is no express mention in s. 20(1)(*f*) of a foreign currency exchange.

en dollars canadiens. Le paragraphe 248(1) *LIR* donne la définition suivante du terme « montant » : « Argent, droit ou chose exprimés sous forme d'un montant d'argent, ou valeur du droit ou de la chose exprimée en argent. » Les parties invoquent cette définition ainsi que les dispositions de la *Loi sur la monnaie*, L.R.C. 1985, ch. C-52, pour affirmer que chaque fois que le mot « montant » est employé dans la *LIR*, il doit s'entendre d'un montant en dollars canadiens. L'article 14 de la *Loi sur la monnaie* prévoit que « [l]es sommes exprimées en dollars et en cents dans [. . .] toutes les lois fédérales le sont, sauf indication contraire, en monnaie canadienne. » Le paragraphe 3(1) de la même loi précise que l'unité monétaire du Canada est le dollar. Selon moi, ces dispositions ne vont pas jusqu'à étayer l'argument des parties voulant que, chaque fois que le terme « montant » est employé dans la *LIR*, il s'entende d'un montant en dollars canadiens.

J. *Interprétation de l'al. 20(1)f)*

61 Dans leur argumentation, les intimées insistent beaucoup sur la définition du terme « principal » contenue au par. 248(1) *LIR*, qui envisage la possibilité que le principal fluctue (par exemple, lorsqu'une obligation fait l'objet d'un remboursement échelonné et que le « principal » s'entend de la portion non acquittée de l'obligation). Cependant, cette définition n'aborde pas expressément la question de savoir si, ou de quelle façon, les fluctuations de change doivent être prises en compte pour déterminer le « principal » d'une obligation libellée en devises étrangères. À mon avis, les arguments fondés sur l'emploi de l'expression « somme maximale » dans la définition de « principal » ne peuvent être retenus parce que rien n'indique que le législateur envisageait les conversions en monnaie étrangère lorsque cette disposition a été rédigée. La question de savoir si l'al. 20(1)*f*) s'applique aux pertes sur change doit être tranchée en fonction du texte, de l'esprit et du contexte de cet alinéa.

62 Bien que le terme « escompte » ne figure pas à l'al. 20(1)*f*), les mots introductifs du sous-al. 20(1)*f*)(i) énoncent ce qui est communément reconnu comme étant la définition de l'escompte. De plus, l'al. 20(1)*f*) ne traite pas expressément de

These facts suggest that the *primary referent* of s. 20(1)(*f*) is something other than foreign exchange losses, namely, payments in the nature of discounts. As a result, the appropriate approach is to begin by determining the meaning of s. 20(1)(*f*) in the context of Canadian dollar obligations, and then to consider whether foreign currency losses are comparable such that they would also be covered by that provision. Where an obligation is denominated (and repayable) in Canadian dollars, the issue of a fluctuating principal amount does not arise. In such cases, the formulas in s. 20(1)(*f*) have the effect of isolating the difference between the face value (principal amount) of the obligation and the amount for which it was issued (i.e., the "discount"). Where the discount is 3% or less (i.e., a "shallow discount"), it is fully deductible from income under s. 20(1)(*f*)(i), and where it is more than 3% (i.e., a "deep discount"), it is deductible at the capital rate (75% at the relevant time for the instant case). In the context of debts issued and repayable in Canadian dollars, each branch of s. 20(1)(*f*) has a clear application and together they encompass what are generally referred to as original issue discounts (see V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8th ed. 2004), at pp. 353 and 722). In this context, the deduction in s. 20(1)(*f*) is in respect of a point-in-time expense that is actually incurred only when the debt is repaid — it does not encompass the appreciation or depreciation of the principal amount over time (see reasons of Miller J. at para. 44).

63 The question in the case at bar is whether, where the obligation is denominated or repaid in something other than Canadian dollars, s. 20(1)(*f*) encompasses the cost of dealing in commodities or foreign currencies. To address this question, a closer look at the wording of s. 20(1)(*f*) is required. Section 20(1)(*f*)(i) applies "in any case where the obligation was issued for an amount not less than 97% of its principal amount", while s. 20(1)(*f*)(ii) applies "in any other case". In its factum, the respondent Imperial Oil concedes that the words of s. 20(1)(*f*)(i) describe "shallow discounts of the principal amount of up to 3% to account for market fluctuations in the interest rate between the time

change. Ces faits indiquent que le *principal référent* de l'al. 20(1)*f*) est quelque chose d'autre que la perte sur change, soit les paiements tenant de l'escompte. Par conséquent, la méthode appropriée consiste à dégager, dans un premier temps, le sens de l'al. 20(1)*f*) dans le contexte des titres en dollars canadiens, puis à se demander si les pertes sur change sont comparables au point d'être également visées par cet alinéa. Lorsque le titre est libellé (et remboursable) en dollars canadiens, la question de la fluctuation du principal ne se pose pas. Dans de tels cas, les formules contenues à l'al. 20(1)*f*) ont pour effet d'isoler la différence entre la valeur nominale (le principal) du titre et la somme pour laquelle il a été émis (c'est-à-dire l'« escompte »). Lorsque l'escompte est de 3 % ou moins (c'est-à-dire un « faible escompte »), il est entièrement déductible du revenu selon le sous-al. 20(1)*f*)(i), et s'il est supérieur à 3 % (c'est-à-dire un « fort escompte »), il est déductible au taux du capital (75 % à l'époque pertinente en l'espèce). Dans le contexte des titres de créance émis et remboursables en dollars canadiens, chaque volet de l'al. 20(1)*f*) s'applique clairement et, ensemble, ces volets englobent ce qui est généralement qualifié d'escompte initial d'émission (voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8e éd. 2004), p. 353 et 722). Dans ce contexte, la déduction prévue par l'al. 20(1)*f*) vise une dépense ponctuelle qui n'est réellement engagée que lorsque la dette est remboursée — elle n'englobe ni l'appréciation ni la dépréciation du principal au fil du temps (voir les motifs du juge Miller, par. 44).

En l'espèce, la question est de savoir si, dans les cas où l'obligation est libellée ou remboursée dans une monnaie autre que le dollar canadien, l'al. 20(1)*f*) englobe les coûts du commerce des marchandises ou des devises étrangères. Pour répondre à cette question, il faut examiner de plus près le libellé de l'al. 20(1)*f*). Le sous-alinéa 20(1)*f*)(i) s'applique « chaque fois que le titre a été émis pour une somme non inférieure aux 97 % de son principal », alors que le sous-al. 20(1)*f*)(ii) s'applique « dans les autres cas ». Dans son mémoire, l'intimée, la Compagnie pétrolière Impériale, concède que le libellé du sous-al. 20(1)*f*)(i) désigne [TRADUCTION] « les faibles escomptes, pouvant aller jusqu'à 3 %,

of setting the rate and the time of issue" (Imperial Oil's factum, at p. 8). It argues, however, that s. 20(1)(*f*)(ii) contemplates the capital cost of all borrowing (*including* deep discounts) such that it encompasses the foreign exchange losses incurred in the present case. The question, then, is whether the opening words — "in any other case" — of s. 20(1)(*f*)(ii) refer to "any case in which the obligation was issued for an amount less than 97%" or to "any case in which the cost of repaying the principal amount exceeds the amount for which the debt was issued".

In my opinion, Parliament intended s. 20(1)(*f*)(i) to apply to shallow discounts. Further, the better reading of the opening words of s. 20(1)(*f*)(ii) is the one that preserves a higher degree of parallelism of expression (i.e., "any case in which the obligation was issued for an amount less than 97%"). This reading is consistent with the Technical Notes issued by the Minister in 1988 (reasons of Miller J., at para. 56). This does not dispose of the matter, however, because if the "principal amount" can fluctuate with the cost of repayment in Canadian dollars, then the "discount amount" can be ascertained in relation to the value of the principal in Canadian dollars *at the time of repayment*, rather than in relation to the face value of the obligation (i.e., the term "discount" may not be limited to "original issue discounts" but may encompass discounts that arise out of fluctuations of commodity or currency prices over time). To resolve this issue, it is necessary to determine whether Parliament intended foreign exchange losses to be covered by s. 20(1)(*f*) in the same way as discounts.

As the respondent Imperial Oil notes, Parliament encourages companies to raise capital by allowing them to deduct virtually all costs of borrowing under the provisions of s. 20(1). The respondent accordingly argues that a restrictive approach to the interpretation of s. 20(1)(*f*) is not warranted. On the other hand, the appellant refers to s. 18(1)(*b*),

consentis à l'égard du principal de manière à tenir compte des fluctuations du taux d'intérêt sur le marché entre la date de fixation du taux et la date d'émission » (mémoire de la Compagnie pétrolière Impériale, p. 8). Cependant, elle soutient que le sous-al. 20(1)*f*)(ii) vise le coût en capital de tout emprunt (*y compris* les forts escomptes) de sorte qu'il englobe les pertes sur change subies en l'espèce. Il s'agit donc de savoir si les mots introductifs — « dans les autres cas » — du sous-al. 20(1)*f*)(ii) s'entendent de « chaque fois que le titre a été émis pour une somme inférieure aux 97 % » ou de « chaque fois que le coût de remboursement du principal est supérieur à la somme pour laquelle le titre de créance a été émis ».

64 Selon moi, le législateur a voulu que le sous-al 20(1)*f*)(i) s'applique aux faibles escomptes. En outre, la meilleure interprétation des mots introductifs du sous-al. 20(1)*f*)(ii) est celle qui maintient un degré plus élevé de parallélisme dans la formulation (comme dans « chaque fois que le titre a été émis pour une somme inférieure aux 97 % »). Cette interprétation est compatible avec les notes techniques publiées par le ministre en 1988 (motifs du juge Miller, par. 56). Toutefois, cela ne règle pas la question parce que si le « principal » peut varier en fonction du coût du remboursement en dollars canadiens, alors les « escomptes » peuvent être établis en fonction de la valeur en dollars canadiens du principal *au moment du remboursement*, plutôt qu'en fonction de la valeur nominale du titre (c'est-à-dire qu'il se peut que le terme « escompte » ne soit pas limité à l'« escompte initial d'émission », mais englobe les escomptes qui découlent des fluctuations du prix des marchandises ou des devises au fil du temps). Pour résoudre cette question, il faut se demander si le législateur a voulu que les pertes sur change soient, de la même façon que les escomptes, visées par l'al. 20(1)*f*).

65 Comme le fait remarquer l'intimée, la Compagnie pétrolière Impériale, le législateur encourage les sociétés à mobiliser des capitaux en leur permettant de déduire presque tous leurs coûts d'emprunt en vertu des dispositions du par. 20(1). L'intimée fait donc valoir qu'une interprétation restrictive de l'al. 20(1)*f*) n'est pas justifiée. L'appelante, quant à elle,

which provides that payments on account of capital may not be deducted from business income unless the deduction thereof is expressly permitted. Like Miller J. and Bonner J., I am not convinced that the cost of dealing in a foreign currency is an intrinsic cost of borrowing for the purposes of the *ITA* (see reasons of Bonner J., at para. 19). While the other deductions in s. 20(1) relate to expenses that arise directly out of the borrower-lender relationship, a foreign exchange loss is a cost of borrowing only where the thing borrowed is *foreign currency*. For this reason, I am not persuaded by the respondents' argument that the scheme of s. 20, which provides deductions for virtually all costs of borrowing, implies that foreign exchange losses are also deductible under s. 20. The other costs enumerated in s. 20 are intrinsic costs of borrowing, such as interest payments and premiums. Foreign exchange losses arise only where the debtor chooses to deal in foreign currency. They belong to a different class than the costs referred to in s. 20. As a result, the scheme of s. 20, although not dispositive, does not assist the respondent.

mentionne l'al. 18(1)*b*), qui prévoit que les paiements à titre de capital ne sont pas déductibles du revenu d'entreprise à moins que leur déduction ne soit expressément permise. À l'instar des juges Miller et Bonner, je ne suis pas convaincu que les coûts du commerce en devises étrangères font intrinsèquement partie du coût d'emprunt pour les besoins de la *LIR* (voir les motifs du juge Bonner, par. 19). Alors que les autres déductions prévues au par. 20(1) se rapportent à des dépenses qui découlent directement de la relation prêteur-emprunteur, la perte sur change ne constitue un coût d'emprunt que lorsque la chose empruntée est une *devise étrangère*. C'est pourquoi je ne juge pas convaincant l'argument des intimées voulant que l'esprit de l'art. 20, qui prescrit la déduction de presque tous les coûts d'emprunt, implique que les pertes sur change sont également déductibles en vertu de cet article. Les autres coûts énumérés à l'art. 20, comme les versements d'intérêt et les primes, constituent des coûts d'emprunt intrinsèques. Les pertes sur change ne surviennent que lorsque le débiteur décide de faire du commerce en devises étrangères. Elles appartiennent à une catégorie différente de celle des autres coûts mentionnés à l'art. 20. En conséquence, bien qu'il ne soit pas déterminant, l'esprit de l'art. 20 n'est d'aucun secours à l'intimée.

66 If s. 20(1)(*f*) applied to foreign exchange losses, the section would operate quite differently in relation to obligations denominated in foreign currency than it does in relation to obligations denominated in Canadian dollars. In the context of foreign currency obligations, the deduction would reflect the appreciation or depreciation of the principal amount over time, whereas in the context of Canadian dollar obligations, the deduction would reflect a point-in-time expense. In the context of foreign currency obligations, the s. 20(1)(*f*) deduction would accordingly be available even where, as in *Inco*, there was no original issue discount. The respondents' approach also has the effect of altering the distinction between the two branches of s. 20(1)(*f*). Where fluctuations in the principal amount are not at issue, the distinction between the two branches is based on the "depth" of the discount. This is an amount that the taxpayer fixes when the debt instruments are issued and, as a result, a differential tax

Si l'alinéa 20(1)*f*) s'appliquait aux pertes sur change, son application différerait énormément selon qu'il s'agirait de titres libellés en devises étrangères ou de titres libellés en dollars canadiens. Dans le cas de titres en devises étrangères, la déduction refléterait l'appréciation ou la dépréciation du principal au fil du temps, alors que, dans le cas de titres en dollars canadiens, elle refléterait une dépense ponctuelle. Dans le cas de titres en devises étrangères, la déduction prévue à l'al. 20(1)*f*) serait donc possible même en l'absence de tout escompte initial d'émission, comme dans l'affaire *Inco*. L'interprétation préconisée par les intimées a également pour effet de modifier la distinction établie entre les deux volets de l'al. 20(1)*f*). Quand il n'est pas question de fluctuations du principal, la distinction entre ces deux volets repose sur l'« ampleur » de l'escompte. Il s'agit d'un montant que le contribuable fixe au moment de l'émission des titres de créance, et la différence de traitement fiscal peut donc

treatment can create incentives to structure obligations in a particular way. On the respondents' approach, the distinction between shallow and deep discounts is collapsed and replaced by a distinction of a different nature — one that can be ascertained only at the time of repayment.

In my view, s. 20(1)(*f*) was never intended to apply to foreign exchange losses. As we have seen above, a number of factors, which generally relate to the wording of the provision, are determinative in this respect. This interpretation best reflects the structure of the *ITA* and the intent of Parliament. The purpose of the provision is to address a specific class of financing costs arising out of the issuance of debt instruments at a discount. The interpretation advanced by the respondents in these appeals, on the other hand, turns s. 20(1)(*f*) into a broad provision allowing for the deductibility of a wide range of costs attendant upon financing in foreign currency, in the absence of any mention of such costs in the text of the *ITA*, and despite the fact that such costs are usually regarded as being on capital account.

The respondents' interpretation thus conflicts with the general treatment of capital gains and losses in the *ITA*. In particular, it indicates a failure to properly appreciate the role of s. 39. Although it is true that s. 39 is a residual provision, this section is also a statement of Parliament's intent to treat foreign exchange losses as capital losses. In addition, if Inco's submissions were correct, s. 20(1)(*f*) would apply to a class of financing costs that clearly lie beyond its reach. Section 20(1)(*f*) was designed to address the consequences of repayment of the debenture, not of its repurchase on the open market for cancellation purposes.

## V. Disposition

For these reasons, I would allow the appeals, set aside the judgments of the Federal Court of Appeal, and confirm the Minister's assessments, as varied by Miller J. in the *Imperial Oil* case, with costs throughout.

inciter à structurer les titres d'une certaine façon. Selon l'interprétation préconisée par les intimées, la distinction entre les escomptes faibles et les escomptes forts disparaît pour être remplacée par une distinction d'une nature différente, qui ne peut être établie qu'au moment du remboursement.

67 Selon moi, l'al. 20(1)*f*) n'a jamais été censé s'appliquer aux pertes sur change. Comme nous l'avons vu, un certain nombre de facteurs, qui ont généralement trait au libellé de la disposition, sont déterminants à cet égard. Cette interprétation reflète on ne peut mieux la structure de la *LIR* et l'intention du législateur. La disposition est censée s'appliquer à une catégorie précise de frais de financement découlant de l'émission de titres de créance à escompte. Par contre, l'interprétation que préconisent les intimées dans les présents pourvois fait de l'al. 20(1)*f*) une disposition générale prévoyant la déductibilité d'un large éventail de frais liés au financement en devises étrangères, en l'absence de mention de ces frais dans le texte de la *LIR* et malgré le fait que ces frais sont généralement considérés comme étant au titre du capital.

68 L'interprétation préconisée par les intimées entre donc en conflit avec la méthode de traitement générale des gains et pertes en capital dans la *LIR*. Plus particulièrement, elle révèle une omission d'apprécier correctement le rôle de l'art. 39. Même s'il est exact qu'il constitue une disposition résiduelle, l'art. 39 est également un énoncé de l'intention du législateur de traiter les pertes sur change comme des pertes en capital. De plus, si les arguments d'Inco étaient justes, l'al. 20(1)*f*) s'appliquerait à une catégorie de frais de financement qu'il ne vise manifestement pas. L'alinéa 20(1)*f*) a été conçu pour s'attaquer aux conséquences du remboursement de la débenture, et non à celles de son rachat sur le marché libre aux fins d'annulation.

## V. Dispositif

69 Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'annuler les jugements de la Cour d'appel fédérale et de confirmer les cotisations établies par le ministre, telles que le juge Miller les a modifiées dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale*, et ce, avec dépens dans toutes les cours.

The reasons of Binnie, Fish and Charron JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) —

I. Introduction

70 Canadian capital markets are of relatively modest size, and it is common for corporations requiring significant amounts of capital to look elsewhere in the world for financing. Foreign lenders are prepared to give a preferred interest rate for a debt denominated in a currency with which they are familiar and which they consider stable, such as the U.S. dollar, a reserve currency. However, in the nature of things foreign currencies fluctuate in value against the Canadian dollar. These fluctuations are not incidental or collateral to the foreign debt transaction but are as inherent and inescapable as if the debt was denominated in bars of silver. The respondent taxpayers in these cases both issued debentures denominated in U.S. dollars, which they subsequently retired at a time when the U.S. dollar was trading at a higher premium to the Canadian dollar than it had at the date of issuance.

71 In discharging the foreign debt any adverse swing in the foreign exchange rate since its issuance will add to the "maximum total amount . . . payable on account of the obligation" (definition of "principal amount": *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 248(1)) that is to be taken into account in determining the appropriate income tax deduction of the "amount paid in the year in satisfaction of the principal amount of any . . . debenture . . . or similar obligation" (s. 20(1)(*f*)). The Federal Court of Appeal therefore allowed the respondent taxpayers to deduct the excess cost to them of purchasing the requisite U.S. funds to satisfy their U.S. debenture obligations over and above the amount in Canadian dollars received by them at the date of issuance.

72 I have read the reasons of my colleague LeBel J. proposing to allow the Crown's appeals. I respect-

Version française des motifs des juges Binnie, Fish et Charron rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) —

I. Introduction

Les marchés financiers canadiens sont de taille relativement modeste et il arrive souvent que des sociétés ayant besoin de capitaux importants aillent chercher du financement à l'extérieur du pays. Les bailleurs de fonds étrangers sont disposés à consentir à un taux d'intérêt avantageux pour une créance libellée dans une devise qu'ils connaissent bien et qu'ils jugent stable, tel le dollar américain, qui est une monnaie de réserve. Toutefois, il est dans l'ordre des choses que la valeur des devises étrangères fluctue par rapport au dollar canadien. Ces fluctuations ne sont ni consécutives ni liées à la créance en monnaie étrangère, mais elles sont inhérentes et inévitables comme si la créance était libellée en lingots d'argent. Dans les présents pourvois, les contribuables intimées ont toutes les deux émis des débentures libellées en dollars américains, qu'elles ont subséquemment rachetées au moment où la valeur du dollar américain par rapport au dollar canadien dépassait ce qu'elle était à la date d'émission.

Toute fluctuation défavorable du taux de change entre la date d'émission et la date d'acquittement du titre de créance libellé en monnaie étrangère s'ajoutera à « la somme globale maximale [. . .] payable [. . .] au titre de l'obligation » (définition du terme « principal » au par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5$^{e}$ suppl.)), qui doit être prise en compte pour déterminer le montant de la déduction fiscale relative à la « somme payée au cours de l'année en acquittement du principal de quelque obligation [. . .] ou titre semblable » (al. 20(1)*f*)). La Cour d'appel fédérale a donc permis aux contribuables intimées de déduire le montant qu'elles ont dû payer de plus, que celui reçu en dollars canadiens au moment de l'émission, pour acheter les dollars américains nécessaires pour acquitter leurs débentures américaines.

J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge LeBel qui propose d'accueillir les

fully disagree with his conclusion that the language of s. 20(1)(*f*) should be read as limited to "original issue discounts". As he notes, no such restriction is expressed in the section and I would not imply it. For the reasons that follow, I believe the taxpayers' claim fits squarely with s. 20(1)(*f*) and I would dismiss the Crown's appeals.

## II. Analysis

### A. *Overview*

The *Income Tax Act* is the battlefield on which over 21 million Canadian taxpayers engage with the Minister of National Revenue ("Minister") and his or her various tax assessors, adjudicators and collectors. The rules of engagement, hammered out in countless rulings, adjudications and statutory amendments, are immensely complex. Issues of interpretation can be approached with a degree of confidence that in the various detailed provisions of the Act, Parliament can be taken at its word (or will quickly introduce an amendment if this turns out not to be the case). As the Court pointed out in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54:

> . . . the particularity and detail of many tax provisions have often led to an emphasis on textual interpretation. Where Parliament has specified precisely what conditions must be satisfied to achieve a particular result, it is reasonable to assume that Parliament intended that taxpayers would rely on such provisions to achieve the result they prescribe. [para. 11]

My colleague has fully outlined the relevant facts and background. I agree with him that "the question is whether the deduction provided for in para. (*f*) is exclusively one for original issue discounts or whether it is instead a broader deduction that applies more generally to the capital cost of borrowing" (para. 32 (emphasis added)). I note, parenthetically, that in the course of oral argument the Court raised the question of whether Inco's purchase of 1992 debentures on the open market

pourvois du ministre du Revenu national (« ministre »). En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec sa conclusion selon laquelle l'al. 20(1)*f*) doit être interprété comme visant seulement l'« escompte initial d'émission ». Comme il le fait remarquer, cet alinéa ne fait pas état d'une telle restriction, dont j'estime qu'il n'y a pas lieu d'en déduire l'existence. Pour les motifs qui suivent, je crois que la déduction demandée par les contribuables est entièrement conforme à l'al. 20(1)*f*), et je rejetterais donc les pourvois du ministre.

## II. Analyse

### A. *Aperçu*

La *Loi de l'impôt sur le revenu* est le champ de bataille où plus de 21 millions de contribuables canadiens affrontent le ministre et ses divers répartiteurs, agents et percepteurs. Les règles d'engagement établies dans d'innombrables décisions et modifications législatives sont extrêmement complexes. On peut aborder les questions d'interprétation en étant assuré jusqu'à un certain point que le législateur peut être pris au mot dans les diverses dispositions détaillées de la Loi (ou qu'il s'empressera de les modifier s'il appert que ce n'est pas le cas). Comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, 73

> le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre l'accent sur l'interprétation textuelle. Lorsque le législateur précise les conditions à remplir pour obtenir un résultat donné, on peut raisonnablement supposer qu'il a voulu que le contribuable s'appuie sur ces dispositions pour obtenir le résultat qu'elles prescrivent. [par. 11]

Mon collègue a exposé en détail les faits pertinents et le contexte. Je conviens avec lui qu'« il s'agit de déterminer si la déduction prévue à l'al. *f*) s'applique uniquement à l'escompte initial d'émission ou s'il s'agit plutôt d'une déduction plus large qui s'applique plus généralement au coût en capital de l'emprunt » (par. 32 (je souligne)). Je signale en passant que, pendant les plaidoiries, la Cour a soulevé la question de savoir si l'achat sur le marché libre des débentures de 1992 effectué par Inco 74

(described by LeBel J. at para. 3) was an amount paid "in satisfaction of [its] principal amount" within the meaning of s. 20(1)(*f*). The Crown indicated that it did not construe s. 20(1)(*f*) to exclude "those repurchases" (transcript, at p. 23).

75 LeBel J. and I also agree that the interpretation of the *Income Tax Act*, as with any statute, must proceed on the basis of a "textual, contextual and purposive analysis" while keeping in mind, as the Court said when interpreting the *Income Tax Act* in *Canada Trustco*, at para. 10, that "[w]hen the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process" (a point reiterated by my colleague at para. 28).

76 I would add (and there seems to be no disagreement on this point as well) that Canadian tax law knows only Canadian dollars: *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1955] S.C.R. 745, at p. 750. This means that for calculations required by the *Income Tax Act* an "amount" of foreign currency must at some point be converted into Canadian dollars. The dispute between the Minister and the taxpayers, simply put, is whether this conversion should be done at the foreign exchange rate prevailing at the date of issuance of the debentures (as the Minister contends) or the foreign exchange rate at the date of redemption, when the actual cost to the taxpayer can be ascertained (as the taxpayers contend).

77 We have the advantage of full and meticulous reasons from Sharlow J.A. of the Federal Court of Appeal in the *Imperial Oil* case ([2005] 1 C.T.C. 65, 2004 FCA 361), adopted by a different panel of that court in the *Inco* case ([2005] 1 C.T.C. 369, 2005 FCA 38). I agree substantially with her analysis. When the relevant language of s. 20(1)(*f*) and s. 248(1) is read in light of the statutory purpose, the only way the "maximum total amount . . . payable on account of the obligation" *can* be ascertained is by using the exchange rate prevailing when the

(dont le juge LeBel fait état au par. 3) représentait une somme payée « en acquittement du principal » au sens de l'al. 20(1)*f*). Le ministre a indiqué que, selon lui, l'al. 20(1)*f*) n'exclut pas « ces rachats » (transcription, p. 23).

Je conviens également avec le juge LeBel que l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, comme celle de toute autre loi, doit être fondée sur une « analyse textuelle, contextuelle et téléologique », et ce, tout en conservant à l'esprit, comme la Cour l'a affirmé en interprétant la *Loi de l'impôt sur le revenu* au par. 10 de l'arrêt *Trustco Canada*, que « [l]orsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation » (un point repris par mon collègue au par. 28).

J'ajouterais (et il ne semble pas non plus y avoir de désaccord sur ce point) que le droit fiscal canadien ne s'intéresse qu'aux dollars canadiens : *Eli Lilly and Co. (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1955] R.C.S. 745, p. 750. Cela signifie que, pour faire les calculs requis par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, un « montant » en devises étrangères doit à un moment donné être converti en dollars canadiens. Le différend qui oppose le ministre aux contribuables porte tout simplement sur la question de savoir si cette conversion devrait être effectuée selon le taux de change en vigueur à la date d'émission des débentures (comme le prétend le ministre) ou selon le taux en vigueur à la date de rachat, lorsqu'il est possible d'établir le coût réel pour le contribuable (comme le prétendent les contribuables).

Nous bénéficions des motifs complets et détaillés que la juge Sharlow de la Cour d'appel fédérale a rédigés dans l'arrêt *Compagnie pétrolière Impériale* ([2004] A.C.F. nº 1793 (QL), 2004 CAF 361) et qu'une formation différente de cette cour a adoptés dans l'arrêt *Inco* ([2005] A.C.F. nº 169 (QL), 2005 CAF 38). Je souscris pour l'essentiel à son analyse. Lorsqu'on interprète les passages pertinents de l'al. 20(1)*f*) et du par. 248(1) à la lumière de l'objet de la Loi, on constate que la « somme globale maximale [. . .] payable [. . .] au titre de l'obligation » ne

obligation becomes payable. It was at that time the "obligation" arose on the part of the taxpayers to purchase U.S. dollars to retire their debt. Those U.S. dollars cost the taxpayers more Canadian dollars than would have been the case at the exchange rate prevailing when the debentures were issued. The extra cost of buying the U.S. dollars payable to satisfy the requirements of the debentures was part of the cost of the financing arising directly out of the debtor-creditor relationship. The source of the taxpayers' cost was "the obligation" they had undertaken to pay their debts on the due date in U.S. dollars. As it was put by Sharlow J.A.:

> A foreign currency loan is the loan of a specified number of units of foreign currency on terms that require the same number of units of that foreign currency to be returned to the lender at the end of the term. It is implicit in the terms of repayment that the Canadian dollar equivalent of the repayment may be more or less than the Canadian dollar equivalent of the amount borrowed. Thus, the fluctuation in the "principal amount" of the debt, as that term is defined in the *Income Tax Act*, is mandated by the contractual terms governing the debt. [para. 48]

The Crown's argument rests on its attempt to bifurcate a single foreign loan transaction into a "loan" contract and a "foreign exchange" loss, which is really a variation of what the Crown unsuccessfully argued in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622. In that case, the Crown tried to conflate a series of debenture agreements entered into by the taxpayer with the taxpayer's separate forward exchange contract. The conflation would have resulted in a higher tax liability than without conflation. The Court rejected the Crown's argument because "absent a specific provision of the Act to the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer's legal relationships must be respected in tax cases" (para. 39). Here, instead of conflation the Crown seeks to bifurcate, but whether it is bifurcation or conflation the essential legal objection remains, namely that the Crown's argument does not respect the

*peut* être établie qu'au moyen du taux de change en vigueur au moment où l'obligation devient payable. C'est à cette époque qu'est née l'« obligation » des contribuables d'acheter des dollars américains pour rembourser leur dette. Le montant en dollars canadiens que les contribuables ont alors déboursé pour acheter ces dollars américains était plus élevé que ce qu'elles auraient payé si le taux de change en vigueur au moment de l'émission des débentures s'était appliqué. Le coût plus élevé des dollars américains requis pour acquitter les débentures faisait partie des frais de financement découlant directement de la relation débiteur-créancier. Les frais des contribuables découlaient de « l'obligation » qu'elles avaient contractée de payer leurs dettes en dollars américains à la date d'échéance. Comme l'a affirmé la juge Sharlow,

> [u]n prêt en monnaie étrangère est le prêt d'un nombre précis d'unités de la monnaie étrangère, à des conditions qui font que le même nombre d'unités de cette monnaie étrangère devra être retourné au prêteur à la fin du terme. Il est implicite, dans les conditions de remboursement, que l'équivalent en dollars canadiens du remboursement pourra être supérieur ou inférieur à l'équivalent en dollars canadiens de la somme empruntée. Ainsi, la fluctuation du « principal » de la dette, tel que ce mot est défini dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, est contenue dans les conditions contractuelles régissant la dette. [par. 48]

78 L'argument du ministre repose sur sa tentative de scinder une seule opération de prêt en monnaie étrangère en un contrat de « prêt » et une perte sur « change », ce qui, en réalité, constitue une variante de ce qu'il a avancé sans succès dans l'affaire *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Dans cette affaire, le ministre a tenté d'assimiler une série de contrats d'achat de débentures conclus par la contribuable au contrat de change à terme distinct qu'elle avait également conclu, ce qui aurait eu effet d'assujettir la contribuable à un impôt plus élevé. La Cour a rejeté l'argument du ministre pour le motif qu'« en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale » (par. 39). En l'espèce, le ministre cherche à scinder une opération plutôt qu'à l'assimiler à une

precise nature of the taxpayer's actual legal relationships and obligations.

79 My colleague LeBel J. initiates his analysis of s. 20(1)(*f*) by looking at its operation in the context of a Canadian dollar debenture (para. 36). This reflects to some extent the Crown's attempt to bifurcate the transaction into a loan transaction and a foreign exchange transaction. In the same vein, my colleague concludes at para. 65 that:

> While the other deductions in s. 20(1) relate to expenses that arise directly out of the borrower-lender relationship, a foreign exchange loss is a cost of borrowing only where the thing borrowed is *foreign currency*. [Emphasis in original.]

In my view, with respect, the foreign currency obligation *is* a cost that *does* arise *directly* out of *these* debtor-creditor relationships. The "thing borrowed" is the very essence of the contract that defines their relationship. As we will see, a foreign currency loan is not the only type of debt repayment tied to commodity prices considered under s. 20(1)(*f*). Some forms of debt are required to be repaid in the commodities themselves (e.g. convertible or exchangeable debentures). In such cases, the Minister has routinely allowed a s. 20(1)(*f*) deduction. The Minister has not (and nor should the Minister have) taken the view that s. 20(1)(*f*) is limited to "original issue discounts". There is no principled reason to treat foreign currency loans differently. On this point, I agree with the observation of Sexton J.A. in a related context:

> I do not believe that it is possible to separate the currency of the borrowed funds from the borrowing itself so as to make the denomination of the borrowing a discrete transaction in and of itself. It is the borrowing which is the transaction, not the denomination of the currency.
>
> (*Canada v. Canadian Pacific Ltd.*, [2002] 3 F.C. 170, 2001 FCA 398, at para. 23)

autre, mais, dans un cas comme dans l'autre, son argument ne peut être retenu sur le plan juridique, essentiellement parce qu'il ne tient pas compte de la nature particulière des relations et des obligations juridiques réelles de la contribuable.

Mon collègue le juge LeBel amorce son analyse de l'al. 20(1)*f*) en examinant son application dans le contexte d'une débenture libellée en dollars canadiens (par. 36). Cela reflète dans une certaine mesure la tentative du ministre de scinder l'opération en cause en une opération de prêt et une opération de change. Dans le même ordre d'idées, mon collègue tire la conclusion suivante au par. 65 :

> Alors que les autres déductions prévues au par. 20(1) se rapportent à des dépenses qui découlent directement de la relation prêteur-emprunteur, la perte sur change ne constitue un coût d'emprunt que lorsque la chose empruntée est une *devise étrangère*. [En italique dans l'original.]

En toute déférence, j'estime qu'un titre en devises étrangères *est effectivement* un coût qui découle *directement* de *ces* relations débiteur-créancier. La « chose empruntée » est l'essence même du contrat qui détermine leur relation. Comme nous le verrons plus loin, un prêt en monnaie étrangère n'est pas le seul type de remboursement de dette lié au cours d'une marchandise dont il est question à l'al. 20(1)*f*). Certains types de dettes doivent être remboursés en nature (par exemple, les obligations convertibles ou échangeables). Dans ces cas, le ministre a systématiquement autorisé la déduction prévue à l'al. 20(1)*f*). Il n'a pas adopté (et ne devrait pas adopter) le point de vue selon lequel l'al. 20(1)*f*) ne vise que l'« escompte initial d'émission ». Il n'y a aucune raison logique de traiter différemment les prêts en devises étrangères. À cet égard, je souscris à l'observation que le juge Sexton a faite dans un contexte similaire :

> Je ne crois pas qu'il soit possible de faire une distinction entre la monnaie des fonds empruntés et l'emprunt lui-même de telle sorte que le choix de la monnaie dans laquelle l'emprunt est libellé devienne lui-même une opération. C'est l'emprunt qui est l'opération, non le choix de la monnaie dans laquelle il est libellé.
>
> (*Canada c. Canadien Pacifique Ltée*, [2002] 3 C.F. 170, 2001 CAF 398, par. 23)

Having identified the transaction as a loan in the nature of a commodity obligation, I turn to a "textual, contextual and purposive" interpretation of s. 20(1)(*f*).

B. *The Text of the Act*

The Act contains a general prohibition in s. 18(1)(*b*) against the deduction of capital amounts in computing a taxpayer's income, subject to a number of express exceptions which are found at s. 20. Under s. 20, various capital amounts are effectively deemed to be income and may thus be deducted against income from business or property rather than only against allowable capital gains. I agree with my colleague that unless the cost of borrowing at issue in this case falls within the scope of s. 20, it retains its character as a capital amount and cannot be deducted against income.

Section 20(1)(*f*) permits the taxpayer to deduct:

**20.** (1) . . .

(*f*) an amount paid in the year in satisfaction of the principal amount of any bond, debenture, bill, note, mortgage, hypothecary claim or similar obligation . . . on which interest was stipulated to be payable, to the extent that the amount so paid does not exceed,

(i) in any case where the obligation was issued for an amount not less than 97% of its principal amount, and the yield from the obligation, expressed in terms of an annual rate . . . does not exceed 4/3 of the interest stipulated to be payable on the obligation, expressed in terms of an annual rate on

(A) the principal amount of the obligation, if no amount is payable on account of the principal amount before the maturity of the obligation, or

(B) the amount outstanding from time to time as or on account of the principal amount of the obligation, in any other case,

the amount by which the lesser of the principal amount of the obligation and all amounts paid

Ayant décidé que l'opération en cause est un prêt tenant d'une obligation basée sur le cours d'une marchandise, je vais procéder à une interprétation « textuelle, contextuelle et téléologique » de l'al. 20(1)*f*). 80

B. *Le libellé de la Loi*

La Loi contient, au par. 18(1)*b*), une interdiction générale de déduire des montants en capital en calculant le revenu d'un contribuable, sous réserve d'un certain nombre d'exceptions explicitement prévues à l'art. 20. Aux termes de l'art. 20, divers montants en capital sont effectivement réputés constituer un revenu et peuvent donc être déduits du revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien plutôt que d'être uniquement déduits des gains en capital admissibles. Je conviens avec mon collègue qu'à moins que le coût de l'emprunt en cause dans la présente affaire ne soit visé par l'art. 20, il demeure un montant en capital et n'est pas déductible du revenu. 81

L'alinéa 20(1)*f*) permet au contribuable de déduire : 82

**20.** (1) . . .

*f*) une somme payée au cours de l'année en acquittement du principal de quelque obligation, effet, billet, créance hypothécaire ou titre semblable [. . .] sur lequel un intérêt a été déclaré payable, dans la mesure où la somme ainsi payée ne dépasse pas :

(i) chaque fois que le titre a été émis pour une somme non inférieure aux 97 % de son principal et que le rendement du titre, exprimé en pourcentage annuel [. . .] ne dépasse pas les 4/3 de l'intérêt déclaré payable sur le titre, exprimé en pourcentage annuel :

(A) du principal du titre, si aucune somme n'est payable sur le principal avant l'échéance du titre,

(B) de la somme restant à rembourser sur le principal du titre, dans les autres cas,

l'excédent du moins élevé du principal du titre et du total des sommes payées au cours de l'année

in the year or in any preceding year in satisfaction of its principal amount exceeds the amount for which the obligation was issued, and

(ii) in any other case, 3/4 of the lesser of the amount so paid and the amount by which the lesser of the principal amount of the obligation and all amounts paid in the year or in any preceding taxation year in satisfaction of its principal amount exceeds the amount for which the obligation was issued;

ou d'une année antérieure en acquittement du principal de ce titre sur la somme pour laquelle le titre a été émis,

(ii) dans les autres cas, les 3/4 du moins élevé de la somme ainsi payée et de l'excédent du moins élevé du principal du titre et du total des sommes payées au cours de l'année ou d'une année d'imposition antérieure en acquittement du principal du titre sur la somme pour laquelle le titre a été émis;

83 Section 20(1)(*f*) thus permits a deduction of the amount by which the original issue proceeds of the debt are exceeded by the amount paid in satisfaction of the principal amount of the debt. In the present case, the threshold conditions of s. 20(1)(*f*) are unquestionably met by the debentures issued by both Imperial and Inco. What remains to be determined is whether the deduction is pursuant to s. 20(1)(*f*)(i) or (ii) and, more importantly, the extent of the deduction. Specifically, does it include only the original issue discount (as LeBel J. finds) or does the provision further capture the increase in the cost to the taxpayers of buying U.S. dollars between the date the obligations were issued and the date they were satisfied (as held by the Federal Court of Appeal)?

L'alinéa 20(1)*f*) permet donc de déduire l'excédent de la somme payée en acquittement du principal de la dette sur le produit initial d'émission de la dette. En l'espèce, il ne fait aucun doute que les débentures émises par l'Impériale et Inco satisfont aux conditions préliminaires de l'al. 20(1)*f*). Il reste donc à déterminer si la déduction est fondée sur le sous-al. 20(1)*f*)(i) ou le sous-al. 20(1)*f*)(ii) et, qui plus est, quelle en est l'ampleur. Plus particulièrement, la déduction se limite-t-elle à l'escompte initial d'émission (comme le conclut le juge LeBel) ou la disposition vise-t-elle également l'augmentation du coût des dollars américains que les contribuables ont connue entre la date d'émission des obligations et la date de leur acquittement (comme le conclut la Cour d'appel fédérale)?

84 The repetitive use of the expression "principal amount" nine times in the course of s. 20(1)(*f*) signals its importance to the analysis. The Crown treats it in this context as equivalent to the "face" amount of the debenture, but that is not how Parliament has defined "principal amount" in s. 248(1):

L'emploi à neuf reprises du terme « principal » dans l'al. 20(1)*f*) témoigne de l'importance qu'il revêt dans l'analyse. Le ministre considère que, dans le présent contexte, il correspond à la valeur « nominale » de la débenture, mais ce n'est pas de cette façon que le législateur a défini le terme « principal » au par. 248(1) :

**248.** (1) In this Act,

. . .

"principal amount", in relation to any obligation, means the amount that, under the terms of the obligation or any agreement relating thereto, is the maximum amount or maximum total amount, as the case may be, payable on account of the obligation by the issuer thereof, otherwise than as or on account of interest or as or on account of any premium payable by the issuer conditional on the exercise by the issuer of a right to redeem the obligation before the maturity thereof;

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

. . .

« principal » S'agissant du principal d'une obligation donnée, la somme maximale ou la somme globale maximale, selon le cas, payable, d'après les conditions de l'obligation ou de toute convention y afférente, au titre de l'obligation, par celui qui l'a émise, autrement qu'au titre des intérêts ou d'une prime que verserait l'émetteur s'il exerçait son droit de racheter l'obligation avant l'échéance de celle-ci.

As Sharlow J.A. put it, "the question in this case becomes this: what was the maximum amount payable on account of the debentures immediately before they were redeemed on October 15, 1999 (disregarding interest and the redemption premium)?" (para. 43)

It is in the nature of a contract to pay at a future date foreign currency (or bars of silver, or any other commodity whose price is subject to market fluctuation) that the maximum total amount actually "payable on account of the obligation by the issuer thereof" is unknown and unknowable at the date of issuance. The amount that must be paid "in satisfaction of its principal amount" (s. 20(1)(*f*)) may, depending on market swings, be either higher or lower than the equivalent in Canadian dollars of the face value of the U.S. dollar debentures at the rate prevailing at the date of issue. The number of Canadian dollars "payable" to buy the units of foreign currency necessary to satisfy the contractual obligation can only be ascertained at the date fixed for redemption. It is the redemption not the issuance that triggers the tax deduction. The only time Canadian dollars are deployed "in satisfaction of its principal amount" (to quote s. 20(1)(*f*)(ii)) is the date of redemption. It follows that the relevant exchange rate is the rate prevailing at the date of redemption. It is not until that date that it is possible to determine the "maximum amount . . . payable on account of the obligation" as required by the statutory definition of "principal amount". The Crown's interpretation, by way of contrast, is that "principal amount" should be taken to mean the Canadian amount the taxpayers *would* have required to purchase enough U.S. dollars to retire the debentures on the date of their *issuance* (which, of course, was not part of the obligation the taxpayers actually entered into). Such a construction has nothing to do with the reality of the taxpayers' obligations and should, I believe, be rejected.

In light of my conclusion that the principal amount of the obligation must be ascertained at the

Comme l'a dit la juge Sharlow, « la question à laquelle il faut répondre ici est la suivante : quelle était la somme maximale payable pour les débentures immédiatement avant leur rachat le 15 octobre 1999 (compte non tenu des intérêts et de la prime de rachat)? » (par. 43) 85

Lorsqu'on s'engage par contrat à faire, à une date ultérieure, un paiement en devises étrangères (ou en lingots d'argent ou encore en toute autre marchandise dont le cours est sujet aux fluctuations du marché), il est normal que la somme globale maximale « payable [. . .] au titre de l'obligation, par celui qui l'a émise » soit inconnue et impossible à connaître à la date d'émission. Le montant qui doit être payé « en acquittement du principal du titre » (al. 20(1)*f*)) peut, selon les fluctuations du marché, être supérieur ou inférieur à l'équivalent en dollars canadiens de la valeur nominale des débentures libellées en dollars américains, déterminé selon le taux en vigueur à la date d'émission. C'est seulement à la date prévue du rachat qu'il sera possible d'établir le nombre de dollars canadiens « payables » pour acheter les unités de monnaie étrangère requises pour satisfaire à l'obligation contractuelle. C'est le rachat et non l'émission qui donne lieu à la déduction fiscale. Ce n'est qu'à la date de rachat que des dollars canadiens sont déboursés « en acquittement du principal du titre » (pour citer le sous-al. 20(1)*f*)(ii)). Il s'ensuit que le taux de change applicable est celui en vigueur à la date de rachat. Ce n'est qu'à cette date qu'il est possible de déterminer la « somme maximale [. . .] payable [. . .] au titre de l'obligation », comme l'exige la définition légale du terme « principal ». Par contre, selon l'interprétation préconisée par le ministre, le « principal » devrait correspondre au montant en dollars canadiens dont les contribuables *auraient* eu besoin pour acheter suffisamment de dollars américains pour rembourser les débentures à la date de leur *émission* (ce qui, de toute évidence, ne faisait pas partie de l'obligation contractée par les contribuables). Une telle interprétation n'a rien à voir avec les obligations réelles des contribuables et devrait, selon moi, être rejetée. 86

Étant donné que j'ai conclu que le principal du titre doit être déterminé à la date de rachat, les 87

date of redemption, the debentures in these cases do not meet the criteria of s. 20(1)(*f*)(i). Consequently, the taxpayers are entitled only to the deduction permitted by s. 20(1)(*f*)(ii).

### C. *The Minister's Treatment of Other Commodity-Type Loans Under Section 20(1)(f)*

88 The Crown's argument that s. 20(1)(*f*) is limited to "original issue discounts" is not only inconsistent with its text, as I have endeavoured to show, but is also contradicted by the Minister's acknowledged practice of applying s. 20(1)(*f*) to exchangeable, convertible and commodity-linked debt in a manner that clearly does not limit s. 20(1)(*f*) to an "original issue discount". Ministerial practice is not binding in the Court's interpretation of course, but

> [b]y considering administrative interpretations, the courts are merely recognizing a real or presumed expertise. At times, an administrative agency may be required to interpret enactments which it has itself drafted. Such authentic interpretation (*i.e.*, by the author) deserves particular consideration.
>
> . . .
>
> The rationale is obvious: usage creates expectations, and the application of a contrary interpretation will sometimes cause serious prejudice. A settled interpretation, if consistent with the text of the enactment, should not be overruled without good reason.
>
> (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 548-49)

89 There are a number of relevant instances of ministerial rulings under s. 20(1)(*f*) in respect of commodity-based loans, one of which was cited by Sharlow J.A. (at para. 47): in the 1980s, the Farm Credit Corporation offered prairie farmers a favourable ten-year mortgage interest rate of 6%, but required that the principal of the mortgage would increase to the extent that the price of the corn and wheat grown on the land increased over those ten years. It was to that extent a

débentures en cause dans les présentes affaires ne satisfont pas aux critères du sous-al. 20(1)*f*)(i). Par conséquent, les contribuables n'ont droit qu'à la déduction autorisée par le sous-al. 20(1)*f*)(ii).

### C. *La façon dont le ministre traite, sous le régime de l'al. 20(1)f), les autres prêts basés sur le cours d'une marchandise*

L'argument du ministre selon lequel l'al. 20(1)*f*) ne vise que l'« escompte initial d'émission » n'est pas seulement incompatible avec le libellé de cet alinéa, comme je me suis employé à le démontrer, mais il est également contredit par la pratique ministérielle reconnue consistant à appliquer l'al. 20(1)*f*) aux créances échangeables, convertibles et basées sur le cours d'une marchandise, d'une manière qui ne limite clairement pas cet alinéa à l'« escompte initial d'émission ». Il va sans dire qu'une pratique ministérielle ne lie pas la Cour dans son interprétation des textes, mais

> [e]n accordant du poids à l'opinion administrative, le tribunal reconnaît simplement cette expertise réelle ou présumée. D'ailleurs, il arrive qu'un même organisme soit appelé à interpréter les textes qu'il a lui-même rédigés : on a alors affaire à une interprétation authentique qui mérite considération.
>
> . . .
>
> La raison de ce principe est évidente : un usage interprétatif fait naître des attentes qui ne peuvent être trompées sans entraîner des préjudices parfois graves. Il faut donc un motif valable pour rejeter un usage interprétatif qui n'est pas contraire au texte.
>
> (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 693)

Il existe un certain nombre de décisions ministérielles rendues, en vertu de l'al. 20(1)*f*), au sujet de prêts basés sur le cours d'une marchandise, dont l'une a été citée par la juge Sharlow (par. 47) : pendant les années 1980, la Société du crédit agricole a offert aux agriculteurs des Prairies un taux d'intérêt hypothécaire avantageux de 6 % pour une période de dix ans, mais elle exigeait que le principal de l'hypothèque augmente en fonction de la hausse, au cours de cette période de dix ans, du prix du

commodity-based loan, and the Minister ruled that

where it can be said that the taxpayer has paid an amount on account of principal in excess of the amount for which the obligation was issued, then paragraph 20(1)(f) would apply. It is our view that for purposes of paragraph 20(1)(f) the principal amount under the terms of the [commodity-based loan] is [the] total amount paid on maturity plus the total of all payments in satisfaction of principal paid over the life of the obligation. [Emphasis added.]

(Income Tax Rulings Directorate, Technical Interpretation No. 9703377, April 17, 1997)

Similarly, the Minister ruled in 1990 that where a debenture may be exchanged at maturity for shares (called "target" shares),

[t]he Issuer would be entitled to a deduction under paragraph 20(1)(f) of the Act with respect to the difference between the fair market value of the Target Shares (the amount paid in satisfaction of the principal amount) and the face amount of the debenture (the amount for which it was issued). [Emphasis added.]

(Income Tax Rulings Directorate, Advance Income Tax Ruling No. 90063-3, July 30, 1990)

Again, in the case of convertible debentures, i.e., where the shares to be delivered are those of the issuing corporation, the Minister ruled in 2000:

[TRANSLATION] The provisions of paragraph 20(1)(f) of the Act will be applicable in the event that an Issuer is required to repay debentures following the exercise of exchange rights of the holders . . . and that the amount which the Issuer is required to pay [i.e., the fair market value of the shares] exceeds the sum for which the debentures were issued (including the premium on issuance).

(Income Tax Rulings Directorate, Advance Income Tax Ruling No. 1999-0008753, January 1, 2000)

In none of these situations did the Minister take the view (nor, in my view, was the Minister entitled to take the view) that s. 20(1)(*f*) was restricted to

maïs et du blé cultivés sur le bien-fonds. Il s'agissait, dans cette mesure, d'un prêt basé sur le cours d'une marchandise, et le ministre a statué que

[TRADUCTION] dans les cas où l'on peut dire que le contribuable a payé sur le principal du titre une somme supérieure au prix d'émission, l'alinéa 20(1)f) s'appliquerait. Nous sommes d'avis que, pour les besoins de l'alinéa 20(1)f), le principal selon les conditions du [prêt basé sur le cours d'une marchandise] est [le] montant total payé à l'échéance plus le total de tous les paiements effectués en acquittement du principal pendant la durée de vie du titre. [Je souligne.]

(Direction des décisions de l'impôt, interprétation technique nº 9703377, 17 avril 1997)

90 De même, le ministre a décidé en 1990 que, lorsqu'une obligation peut être échangée à l'échéance contre des actions (appelées les actions « cibles »),

[TRADUCTION] [l]'émetteur aurait droit à une déduction en vertu de l'alinéa 20(1)f) de la Loi relativement à la différence entre la juste valeur marchande des actions cibles (la somme payée en acquittement du principal) et la valeur nominale de l'obligation (le prix de son émission). [Je souligne.]

(Direction des décisions de l'impôt, décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu nº 90063-3, 30 juillet 1990)

91 Là encore, en ce qui concerne les obligations convertibles, c'est-à-dire dans les cas où les actions qui seront remises sont celles de la société émettrice, le ministre a décidé ceci en 2000 :

Les dispositions de l'alinéa 20(1)f) de la Loi seront applicables dans l'éventualité où un Émetteur est tenu de rembourser des débentures par suite de l'exercice du droit d'échange des détenteurs [. . .] et que le montant que l'Émetteur est tenu de verser [c'est-à-dire la juste valeur marchande des actions] excède la somme pour laquelle les débentures ont été émises (incluant la prime à l'émission).

(Direction des décisions de l'impôt, décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu nº 1999-0008753, 1er janvier 2000)

92 Dans aucun de ces cas, le ministre n'a estimé (ni n'aurait-il pu, selon moi, le faire) que l'al. 20(1)*f*) se limitait à l'escompte initial d'émission. Il ne croyait

original issue discounts. Nor did the Minister think that the principal amount of the obligation within the meaning of s. 20(1)(*f*) should be calculated at the price prevailing at the date of issuance rather than at the price prevailing at the date the borrower was required to buy (or issue) the commodity to retire the obligation. The reason is obvious. The "principal amount" could not be calculated until the date of payment, issuance, or redemption because of the fluctuations inherent in commodity pricing, and it was only on that date that the actual cost of satisfying the "obligation" could be ascertained in Canadian dollars.

93 My colleague acknowledges as "troubling" (para. 59) the Minister's consistent position until now that s. 20(1)(*f*) is *not* limited to original issue discounts. In each of those other instances, the Minister interpreted the "principal amount" as the maximum total amount payable at the date of redemption or discharge "on account of the obligation" (s. 248(1)) and allowed a deduction for the difference in "commodity price" between the date of issuance and the date of payment.

94 I believe the Minister was correctly interpreting s. 20(1)(*f*) in those other cases and is wrong now to try to read down the words to encompass only original issue discounts.

95 In my view, there is no principled basis to distinguish a debt obligation denominated in a foreign currency and the above-mentioned instances of a debt obligation requiring repayment in, or based on the price of, a commodity, the value of which is not known at the time of the borrowing.

96 Equally, as pointed out by counsel for the intervener Teck Cominco Limited, "there is no reason justifying a treatment different between debt obligations issued at a discount and debt obligations repaid at a premium: in both situations the borrower has repaid more than it has borrowed" (factum, at para. 9).

pas non plus que le principal du titre au sens de l'al. 20(1)*f*) devrait être calculé en fonction du prix en vigueur à la date d'émission plutôt qu'en fonction du prix en vigueur à la date à laquelle l'emprunteur était tenu d'acheter (ou d'émettre) la marchandise afin de rembourser l'obligation. La raison est évidente. Le « principal » ne pouvait être calculé qu'à la date de paiement, d'émission ou de rachat en raison des fluctuations inévitables du cours des marchandises, et ce n'est qu'à cette date que le montant requis pour acquitter l'« obligation » pouvait être établi en dollars canadiens.

Mon collègue reconnaît que la position adoptée systématiquement par le ministre jusqu'à maintenant — selon laquelle l'al. 20(1)*f*) *ne* vise *pas* seulement l'escompte initial d'émission — est « préoccupante » (par. 59). Dans chacun de ces autres cas, le ministre a considéré que le « principal » équivalait à la somme globale maximale payable à la date du rachat ou de l'acquittement « au titre de l'obligation » (par. 248(1)) et a permis une déduction correspondant à la différence entre le « cours de la marchandise » à la date d'émission et son cours à la date de paiement.

Je crois que le ministre a interprété correctement l'al. 20(1)*f*) dans ces autres cas et qu'il a maintenant tort d'essayer de donner aux mots une interprétation atténuée selon laquelle ils ne visent que l'escompte initial d'émission.

Je ne vois aucune raison logique de distinguer une créance libellée en monnaie étrangère des cas susmentionnés où une créance doit être remboursée au moyen, ou en fonction du cours, d'une marchandise dont la valeur n'est pas connue au moment de l'emprunt.

De même, comme l'a souligné l'avocat de l'intervenante Teck Cominco Limited, [TRADUCTION] « rien ne justifie de traiter différemment les créances émises à escompte et celles remboursées avec prime : dans les deux cas, le montant du remboursement est supérieur au montant de l'emprunt » (mémoire, par. 9).

Accordingly, unless some latent ambiguity or difficulty is raised by a consideration of the words of s. 20(1)(*f*) in the larger context of the *Income Tax Act* as a whole or overriding conflict with some demonstrated legislative purpose, the conclusion of the Federal Court of Appeal in these cases should be upheld.

D. *The Context of the Act*

I agree with my colleague that the marginal notes referring to "discounts" relied on by the Crown are unhelpful because everyone agrees s. 20(1)(*f*) applies to discounts. The question is whether, as my colleague says, s. 20(1)(*f*) is "*restricted to* discounts" (para. 58 (emphasis in original)).

The Crown puts some reliance on the interrelationship between s. 20(1)(*f*) and s. 39(2). The latter section says in effect that a gain or loss on capital account that is caused by a change in the value of a foreign currency relative to Canadian currency is deemed to be a *capital* gain or loss from the disposition of foreign currency. However, by its own terms, s. 39(2) is confined to a residual status and applies only to the extent that a foreign currency loss is not otherwise deductible in computing income. As observed by Miller J. in his trial judgment in *Imperial Oil*:

> [The Crown's] approach however puts the cart before the horse. In the ordering of the *Act*, foreign exchange losses under subsection 39(2) only follow after the appropriate deduction under section 20 has been taken. So, I do not accept that one can calculate what may seem logical under subsection 39(2) and work back to limit a paragraph 20(1)(*f*) deduction. This is not a matter of specific provisions overriding general provisions, but is more a matter of how the *Act* provides a road map for the computation of income, primarily in section 3.
>
> ([2004] 2 C.T.C. 3030, 2004 TCC 207, at para. 16)

Par conséquent, à moins que l'examen du libellé de l'al. 20(1)*f*) dans le contexte général de l'ensemble de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permette de constater l'existence d'une ambiguïté ou difficulté latente ou d'un conflit majeur avec un objectif législatif manifeste, il y a lieu de confirmer la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans les présentes affaires. 97

D. *Le contexte de la Loi*

Je conviens avec mon collègue que les notes marginales mentionnant un « escompte », que le ministre a invoquées, ne sont d'aucun secours parce que tous s'accordent pour dire que l'al. 20(1)*f*) s'applique aux escomptes. Comme l'affirme mon collègue, il s'agit de savoir si l'al. 20(1)*f*) « *se limite aux* escomptes » (par. 58 (en italique dans l'original)). 98

Le ministre s'appuie jusqu'à un certain point sur la corrélation entre l'al. 20(1)*f*) et le par. 39(2). Cette dernière disposition prévoit, en fait, qu'un gain ou une perte en capital découlant d'un changement de la valeur d'une devise étrangère par rapport à la monnaie canadienne est réputé être un gain ou une perte *en capital* résultant de la disposition de la devise étrangère. Toutefois, de par son libellé, le par. 39(2) n'est qu'une disposition résiduelle et s'applique seulement dans la mesure où une perte sur change n'est pas par ailleurs déductible dans le calcul du revenu. Comme l'a fait remarquer le juge Miller dans son jugement de première instance dans l'affaire *Compagnie pétrolière Impériale* : 99

> Toutefois [la] méthode [proposée par le ministre] revient à mettre la charrue devant les bœufs. Dans l'ordonnancement de la *Loi*, les pertes sur change prévues au paragraphe 39(2) viennent seulement après que la déduction pertinente prévue à l'article 20 a été faite. Je n'admets donc pas qu'on puisse calculer ce qui semble logique en vertu du paragraphe 39(2) et qu'on revienne en arrière pour restreindre une déduction prévue à l'alinéa 20(1)*f*). Il n'est pas question de dispositions particulières qui l'emportent sur des dispositions générales; il est davantage question de la façon dont la *Loi* fournit une feuille de route pour le calcul du revenu, principalement à l'article 3.
>
> ([2004] A.C.I. nº 122 (QL), 2004 CCI 207, par. 16)

100 More relevant, it seems to me, is that in sections of the *Income Tax Act* dealing with specific situations such as mortgage foreclosure (s. 79) and debt forgiveness (s. 80), Parliament has specified that the calculations are to be based on the value of the foreign debt in Canadian currency at the time of the issuance date. There is no such specification in s. 20(1)(*f*), which has a much broader focus and purpose, as is shown by the Minister's treatment of exchangeable, convertible and commodity-based debt.

101 Notwithstanding these observations, I agree with my colleague LeBel J. that there is little help to be had from other sections of the Act. In these circumstances, subject to overall considerations of purpose, the text of s. 20(1)(*f*) and s. 248(1) provide the best guidance to Parliament's intent with respect to the deductibility of foreign exchange losses in this context under the *Income Tax Act*.

E. *The Purpose of the Act*

102 My colleague concludes that s. 20(1)(*f*) is designed "to address a specific class of financing costs arising out of the issuance of debt instruments at a discount" (para. 67). Such a narrow focus, as stated earlier, is nowhere expressed in the Act, although it would have been a simple thing to say so if that was Parliament's intent. Of relevance at this point are the observations of McLachlin J. in *Shell Canada*:

> ... courts must therefore be cautious before finding within the clear provisions of the Act an unexpressed legislative intention .... Finding unexpressed legislative intentions under the guise of purposive interpretation runs the risk of upsetting the balance Parliament has attempted to strike in the Act. [para. 43]

103 On the other hand, I agree with my colleague's observation at para. 65 that "Parliament encourages companies to raise capital by allowing them to deduct virtually all costs of borrowing under the provisions of s. 20(1)." It was not always thus. In

Il me paraît plus utile de noter que, dans les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui traitent de cas particuliers comme la forclusion d'hypothèques (art. 79) et la remise de dette (art. 80), le législateur a précisé que les calculs doivent être fondés sur la valeur en dollars canadiens que le titre de créance libellé en monnaie étrangère avait à la date de son émission. Aucune précision de cette nature ne figure à l'al. 20(1)*f*), dont l'objet et le champ d'application sont beaucoup plus larges, comme en témoigne la façon dont le ministre traite les obligations échangeables, les obligations convertibles et les obligations basées sur le cours d'une marchandise.

Malgré ces remarques, je souscris à l'opinion de mon collègue le juge LeBel selon laquelle les autres dispositions de la Loi ne sont pas d'un grand secours. Dans les présentes circonstances, sous réserve de considérations générales en matière d'objet, c'est le texte de l'al. 20(1)*f*) et du par. 248(1) qui permet le mieux de dégager l'intention du législateur quant à la déductibilité, dans le présent contexte, des pertes sur change selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

E. *L'objet de la Loi*

Mon collègue conclut que l'al. 20(1)*f*) est censé « s'appliquer à une catégorie précise de frais de financement découlant de l'émission de titres de créance à escompte » (par. 67). Comme nous l'avons vu, la Loi ne mentionne nulle part une portée aussi restreinte, même s'il aurait été simple de le faire si telle avait été l'intention du législateur. Il est utile, à ce stade, de se référer aux observations de la juge McLachlin dans l'arrêt *Shell Canada* :

> ... les tribunaux doivent par conséquent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit d'attribuer au législateur, à l'égard d'une disposition claire de la Loi, une intention non explicite [. . .] En concluant à l'existence d'une intention non exprimée par le législateur sous couvert d'une interprétation fondée sur l'objet, l'on risque de rompre l'équilibre que le législateur a tenté d'établir dans la Loi. [par. 43]

Par contre, je suis d'accord avec l'observation de mon collègue, au par. 65, selon laquelle « le législateur encourage les sociétés à mobiliser des capitaux en leur permettant de déduire presque tous leurs coûts d'emprunt en vertu des dispositions du par.

*Montreal Coke and Manufacturing Co. v. Minister of National Revenue*, [1944] A.C. 126 (P.C.), affirming this Court's decision, [1942] S.C.R. 89 (*sub nom. Montreal Light, Heat and Power Consolidated v. Minister of National Revenue*), it was held that costs incurred in refinancing a company's debt (being referable to the capital account) are *not* deductible against revenue for the purpose of calculating income tax. Parliament subsequently recognized that capital borrowings used productively generate income, which may itself be taxed, and are to be encouraged: *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at p. 45; *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, at para. 16. Parliament therefore enacted a series of provisions to "deem" various costs of capital borrowings to be deductible. Viewed in that light, the decisions of the Federal Court of Appeal herein advance Parliament's purpose whereas the conclusion reached by my colleague would act as a deterrent. With respect, it would be counterproductive in a global economy to discourage foreign borrowings. Nor is there any principled reason to impose disadvantageous tax treatment on such borrowings when compared with the treatment given to comparable domestic borrowings such as exchangeable, convertible and commodity linked debt.

It all comes back to the simple proposition that in Canadian tax terms foreign currency is a commodity, and its fluctuations will inevitably carry costs (or benefits). Had the Canadian dollar appreciated against the U.S. dollar in the relevant period of time, for instance, the taxpayers would have *lost* the original issue discount to which they might otherwise have been entitled. What the taxing authority loses on the swings it will make up on the roundabouts. At the end of the day it will have its just desserts.

## III. Conclusion

For the foregoing reasons, I would affirm the decisions of the Federal Court of Appeal and dismiss the appeals.

20(1) ». Il n'en a pas toujours été ainsi. Dans l'arrêt *Montreal Coke and Manufacturing Co. c. Minister of National Revenue*, [1944] A.C. 126 (C.P.), confirmant l'arrêt de notre Cour, [1942] R.C.S. 89 (*sub nom. Montreal Light, Heat and Power Consolidated c. Minister of National Revenue*), on a statué que les frais de refinancement de la dette d'une société (qui sont au titre du capital) *ne* sont *pas* déductibles du revenu dans le calcul de l'impôt sur le revenu. Le législateur a, par la suite, reconnu que les emprunts de capitaux utilisés de manière productive génèrent des revenus, eux-mêmes imposables, et doivent être encouragés : *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, p. 45; *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, par. 16. Il a, par conséquent, édicté une série de dispositions selon lesquelles divers frais d'emprunt de capitaux sont « réputés » déductibles. Vues sous cet angle, les décisions que la Cour d'appel fédérale a rendues dans les présentes affaires favorisent la réalisation de l'objectif du législateur alors que la conclusion de mon collègue aurait un effet dissuasif. En toute déférence, il serait plus néfaste que bénéfique dans une économie mondiale de décourager les emprunts contractés à l'étranger. Il n'y a également aucune raison logique de réserver à ces emprunts un traitement fiscal désavantageux par rapport à celui réservé aux emprunts comparables contractés au pays, notamment sous forme d'obligations échangeables, d'obligations convertibles ou d'obligations basées sur le cours d'une marchandise.

104 Tout cela revient simplement à dire qu'en droit fiscal canadien la monnaie étrangère est une marchandise dont les fluctuations génèrent inévitablement des coûts (ou des profits). Si, par exemple, le dollar canadien avait augmenté de valeur par rapport au dollar américain pendant la période pertinente, les contribuables auraient *perdu* l'escompte initial d'émission auquel ils auraient peut-être par ailleurs eu droit. Ce que le fisc perd à cause des fluctuations, il le récupère en bout de ligne. En fin de compte, il obtient sa juste part.

## III. Conclusion

105 Pour les motifs qui précèdent, je confirmerais les décisions de la Cour d'appel fédérale et je rejetterais les pourvois.

*Appeals allowed with costs,* BINNIE, FISH *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Department of Justice, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent Imperial Oil Limited: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Inco Limited: Thorsteinssons, Toronto.*

*Solicitors for the intervener: Ogilvy Renault, Montréal.*

*Pourvois accueillis avec dépens, les juges* BINNIE, FISH *et* CHARRON *sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Ministère de la Justice, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée la Compagnie pétrolière Impériale limitée : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Inco limitée : Thorsteinssons, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante : Ogilvy Renault, Montréal.*

**Grant Wayne Krieger** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervener*

**INDEXED AS: R. *v.* KRIEGER**

**Neutral citation: 2006 SCC 47.**

File No.: 30950.

2006: January 12; 2006: October 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by jury — Accused charged with unlawfully producing cannabis — Trial judge directing jurors to convict and indicating that they were bound to abide by that direction — Whether accused deprived of his constitutional right to trial by jury — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).*

*Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Curative provision — Accused charged with unlawfully producing cannabis — Jury convicting accused following trial judge's direction they had to convict — Whether trial judge deprived accused of his right to trial by jury — If so, whether curative provision of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

The accused suffers from a debilitating illness for which cannabis, in the form of marijuana, is a medically recognized palliative. He has grown marijuana for his own consumption and provided it to others for their use. He was charged with having unlawfully produced cannabis and he exercised his right under s. 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to

**Grant Wayne Krieger** *Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : R. *c.* KRIEGER**

**Référence neutre : 2006 CSC 47.**

N° du greffe : 30950.

2006 : 12 janvier; 2006 : 26 octobre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé de production illégale de cannabis — Juge du procès donnant aux jurés la directive de prononcer une déclaration de culpabilité et leur indiquant qu'ils sont tenus de suivre cette directive — L'accusé a-t-il été privé de son droit constitutionnel à un procès avec jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).*

*Droit criminel — Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Disposition réparatrice — Accusé inculpé de production illégale de cannabis — Accusé déclaré coupable par le jury à la suite d'une directive du juge du procès enjoignant à celui-ci de prononcer une déclaration de culpabilité — Le juge du procès a-t-il privé l'accusé de son droit à un procès avec jury?— Dans l'affirmative, la disposition réparatrice du Code criminel s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).*

L'accusé souffre d'une maladie débilitante pour laquelle le cannabis, sous forme de marijuana, constitue un traitement palliatif médicalement reconnu. Il a cultivé de la marijuana pour sa propre consommation et en a fournie à d'autres pour leur usage. Il a été inculpé de production illégale de cannabis et a exercé le droit de « bénéficier d'un procès avec jury » que lui garantit

"the benefit of trial by jury". However, the trial judge directed the jurors to convict and added that they were bound to abide by his direction. After retiring, the jurors returned with a request for a copy of their oath, which they were given. Afterward, two jurors requested to be excused, one on religious grounds and the other on grounds of conscience; these requests were denied. The jury returned with a guilty verdict and their verdict was upheld on appeal.

*Held*: The appeal should be allowed.

The trial judge deprived the accused of his constitutional right to a trial by jury when he directed the jury to find the accused guilty as charged. The trial judge's direction was not a "slip of the tongue" to be evaluated in the context of the charge as a whole; nor is this a matter of assessing the impact of subtle language susceptible to different interpretations. His purpose and words were clear. In effect, the trial judge reduced the jury's role to a ceremonial one: He ordered the conviction and left to the jury, as a matter of form but not of substance, its delivery in open court. Absent a guilty plea, the verdict must be that of the jury, not the judge — unless the judge finds the evidence insufficient and directs a verdict of acquittal on that ground. Even if the evidence is overwhelming, this does not justify a directed verdict of guilty. [6] [8] [18] [24]

While the curative proviso in s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* may perhaps be applied where there has been an imperfect trial by jury, it could not in this case because there was in effect no jury trial. [25]

**Cases Cited**

**Applied:** *R. v. Wang*, [2005] 1 W.L.R. 661, [2005] UKHL 9; **disapproved:** *R. v. Gill* (1986), 29 C.C.C. (3d) 242; **referred to:** *Bushell's Case* (1670), 6 St. Tr. 999; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(*f*).
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(*b*)(iii).

**Authors Cited**

Devlin, Patrick. "The Judge and the Jury", in *The Judge*. New York: Oxford University Press, 1979.

l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, le juge du procès a donné aux jurés la directive de prononcer une déclaration de culpabilité, ajoutant qu'ils étaient tenus de suivre cette directive. Après s'être retirés, les jurés sont revenus solliciter une copie de leur serment, qui leur a été remise. Deux jurés ont ensuite demandé à être dispensés de faire partie du jury, l'un pour des motifs d'ordre religieux, l'autre pour des raisons de conscience; leurs demandes ont été rejetées. Le jury est revenu prononcer un verdict de culpabilité, lequel a été maintenu en appel.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

Le juge du procès a privé l'accusé de son droit constitutionnel à un procès avec jury en donnant aux jurés la directive de déclarer l'accusé coupable de l'infraction reprochée. La directive du juge du procès n'était pas un « lapsus » qui devrait être examiné au regard de l'ensemble de son exposé; il ne s'agit pas non plus d'évaluer l'incidence de propos subtils pouvant recevoir différentes interprétations. L'objectif et les propos du juge étaient clairs. Le juge du procès s'est trouvé, dans les faits, à réduire la fonction du jury à un cérémonial : il a ordonné la déclaration de culpabilité et simplement laissé au jury la formalité de la prononcer à l'audience. En l'absence d'un plaidoyer de culpabilité, le verdict doit émaner du jury, et non du juge, à moins que ce dernier ne conclue à l'insuffisance de la preuve et n'impose un verdict d'acquittement pour ce motif. Même si la preuve est accablante, cela ne justifie pas d'imposer le prononcé d'un verdict de culpabilité. [6] [8] [18] [24]

Bien qu'elle puisse peut-être trouver application dans les cas où le procès avec jury qui a eu lieu présente des lacunes, la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* ne pouvait pas s'appliquer en l'espèce parce que, dans les faits, il n'y a pas eu de procès devant jury. [25]

**Jurisprudence**

**Arrêt appliqué :** *R. c. Wang*, [2005] 1 W.L.R. 661, [2005] UKHL 9; **arrêt désapprouvé :** *R. c. Gill* (1986), 29 C.C.C. (3d) 242; **arrêts mentionnés :** *Bushell's Case* (1670), 6 St. Tr. 999; *R. c. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11*f*).
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)*b*)(iii).

**Doctrine citée**

Devlin, Patrick. « The Judge and the Jury », in *The Judge*. New York : Oxford University Press, 1979.

Devlin, Patrick. *Trial by Jury*, 3rd ed. London: Stevens, 1966.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Côté and Picard JJ.A.) (2005), 52 Alta. L.R. (4th) 225, 367 A.R. 155, 346 W.A.C. 155, [2006] 2 W.W.R. 424, [2005] A.J. No. 683 (QL), 2005 ABCA 202, affirming the accused's conviction. Appeal allowed.

*C. John Hooker* and *Henry S. Brown, Q.C.*, for the appellant.

*Peter DeFreitas* and *Jolaine Antonio*, for the respondent.

*Marie Henein*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

Grant Wayne Krieger, the appellant in this case, was indicted and tried for having unlawfully produced cannabis. On that charge, he was entitled under s. 11(*f*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to "the benefit of trial by jury". He elected to exercise that right. At its heart lies a verdict by one's peers — the jury, not the judge.

Unfortunately, the trial judge usurped the jury's function. He directed the jury to convict and said they were bound "to abide by [that] direction". In substance, their verdict was that of the judge; it was theirs only in form. Mr. Krieger was thereby deprived of his constitutional right to the jury trial he had chosen.

I would allow the appeal and order that he now be given that right.

Devlin, Patrick. *Trial by Jury*, 3rd ed. London : Stevens, 1966.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Côté et Picard) (2005), 52 Alta. L.R. (4th) 225, 367 A.R. 155, 346 W.A.C. 155, [2006] 2 W.W.R. 424, [2005] A.J. No. 683 (QL), 2005 ABCA 202, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

*C. John Hooker* et *Henry S. Brown, c.r.*, pour l'appelant.

*Peter DeFreitas* et *Jolaine Antonio*, pour l'intimée.

*Marie Henein*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

1 L'appelant, Grant Wayne Krieger, a été accusé d'avoir produit illégalement du cannabis et jugé pour cette infraction. Il avait le droit, aux termes de l'al. 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de « bénéficier d'un procès avec jury ». Il a choisi d'exercer ce droit, dont l'élément central est un verdict rendu par les pairs — le jury — et non par le juge.

2 Malheureusement, le juge du procès a usurpé la fonction du jury. Il a donné aux jurés la directive de prononcer une déclaration de culpabilité, leur disant qu'ils étaient [TRADUCTION] « tenus de suivre [cette] directive ». Dans les faits, le verdict des jurés était celui du juge; il n'était le leur qu'en apparence seulement. Monsieur Krieger a ainsi été privé de son droit constitutionnel de bénéficier du procès avec jury qu'il avait par ailleurs choisi de subir.

3 Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner qu'on lui accorde maintenant ce droit.

II

4 Mr. Krieger suffers from a debilitating illness for which cannabis, in the form of marijuana, is a medically recognized palliative. He has grown marijuana for his own consumption and provided it to others for their use.

5 For this, he was indicted on September 29, 1999, in the Court of Queen's Bench of Alberta, on two counts. The first, for unlawful possession of cannabis, was quashed by Acton J. of the Court of Queen's Bench of Alberta. The second, for unlawful production of cannabis, proceeded to trial. Mr. Krieger was convicted and his appeal against the conviction was dismissed by the Alberta Court of Appeal ((2005), 52 Alta. L.R. (4th) 225, 2005 ABCA 202). Fraser C.J.A., dissenting, would have allowed the appeal, quashed the conviction and ordered a new trial. So, too, would I.

6 There are only two real issues on this appeal. The first is whether the trial judge deprived Mr. Krieger of his right to a trial by jury when he directed the jury to find Mr. Krieger guilty as charged. The second is whether this error, if committed by the trial judge, can be cured under the harmless error proviso of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46: In virtue of that provision, an appellate court may, notwithstanding a wrong decision at trial on any question of law, dismiss the appeal if it is satisfied "that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred".

7 On the first issue, the Crown conceded from the outset that the trial judge erred in this case by directing the jury "to retire to the jury room to consider what I have said, appoint one of yourselves to be your foreperson, and then to return to the court with a verdict of guilty". (Here and elsewhere, unless otherwise indicated, the emphasis is

II

Monsieur Krieger souffre d'une maladie débilitante pour laquelle le cannabis, sous forme de marijuana, constitue un traitement palliatif médicalement reconnu. Il a cultivé de la marijuana pour sa propre consommation et en a fournie à d'autres pour leur usage.

Le 29 septembre 1999, deux chefs d'accusation ont donc été portés contre lui à cet égard devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Le premier chef, possession illégale de cannabis, a été annulé par la juge Acton de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, alors que le deuxième, production illégale de cannabis, a donné lieu à un procès. Monsieur Krieger a été déclaré coupable et l'appel qu'il a formé contre cette déclaration de culpabilité a été rejeté par la Cour d'appel de l'Alberta ((2005), 52 Alta. L.R. (4th) 225, 2005 ABCA 202). Dissidente, la juge en chef Fraser aurait pour sa part accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Je suis du même avis.

Il n'y a vraiment que deux questions en litige dans le présent pourvoi. La première est de savoir si le juge du procès a privé M. Krieger de son droit de bénéficier d'un procès avec jury en donnant aux jurés la directive de le déclarer coupable de l'infraction reprochée. Dans l'affirmative, la deuxième question consiste à se demander s'il est possible de remédier à cette erreur par application 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. Selon cette exception, bien qu'une décision erronée ait été rendue au procès sur une question de droit, la cour d'appel peut rejeter l'appel si elle est convaincue « qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit ».

En ce qui a trait à la première question, le ministère public a concédé d'entrée de jeu que le juge du procès avait commis une erreur en l'espèce en donnant comme directive aux jurés de [TRADUCTION] « se retirer dans la salle des jurés pour réfléchir à ce qu'[il avait] dit, nommer l'un d'entre [eux] comme président et revenir devant le tribunal pour

mine.) And the Crown ultimately conceded as well, in oral argument, that a new trial must be had if the Court concludes that the trial judge, in directing the jury as he did, in substance took away their decision from them. Accordingly, all that remains to be determined on this branch of the matter is whether, on the record before us, we are persuaded that the trial judge instructed the jury that they had no choice but to render the verdict that he had directed them to return.

prononcer un verdict de culpabilité ». (Ici et ailleurs dans les présents motifs, sauf indication contraire, les soulignements sont de moi.) En outre, le ministère public a finalement reconnu, au cours des plaidoiries, qu'un nouveau procès devra être tenu si la Cour arrive à la conclusion que, en s'adressant au jury comme il l'a fait, le juge du procès a dans les faits dénié au jury la possibilité de prendre sa propre décision. Au vu du dossier qui nous a été soumis, il reste donc à déterminer si nous sommes convaincus que le juge du procès a dit aux jurés qu'ils n'avaient pas d'autre choix que de rendre le verdict qu'il leur avait donné ordre de prononcer.

Let me say at once that this is not a case of a "slip of the tongue", to be evaluated in the context of the judge's charge as a whole. Nor is it a matter of assessing the impact of subtle language susceptible to different interpretations. The judge's purpose was as clear as the words he used to achieve it. He evidently considered it his duty to *order* the jury to convict and to make it plain to the jurors that they were not free to reach any other conclusion. In effect, the trial judge reduced the jury's role to a ceremonial one: He ordered the conviction and left to the jury, as a matter of form but not of substance, its delivery in open court.

8

D'abord, je tiens à préciser que nous ne sommes pas en présence d'un cas de « lapsus » qui devrait être examiné au regard de l'ensemble de l'exposé du juge. Il ne s'agit pas non plus d'évaluer l'incidence de propos subtils pouvant recevoir différentes interprétations. L'objectif poursuivi par le juge était aussi clair que les mots qu'il a utilisés pour atteindre cet objectif. Il a de toute évidence considéré qu'il avait l'obligation d'*ordonner* aux jurés de prononcer une déclaration de culpabilité et de leur indiquer clairement qu'ils n'étaient pas libres de tirer une autre conclusion. Le juge du procès s'est trouvé, dans les faits, à réduire la fonction du jury à un cérémonial : il a ordonné la déclaration de culpabilité et simplement laissé au jury la formalité de la prononcer à l'audience.

I begin by recalling the terms used by the judge in instructing the jury as to the available verdicts. As I have already mentioned, he directed the jurors "to retire to the jury room . . . and . . . to return to the court with a verdict of guilty". To the judge himself this direction left no other course open to the jury. When two jurors later asked to be excused, the judge stated, in the jury's presence:

9

Rappelons d'abord les termes utilisés par le juge pour donner au jury ses directives concernant les verdicts possibles. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il a ordonné aux jurés de [TRADUCTION] « se retirer dans la salle des jurés [. . .] et [. . .] de revenir devant le tribunal pour prononcer un verdict de culpabilité ». Pour le juge lui-même, cette directive était sans équivoque. En fait, lorsque deux jurés lui ont ensuite demandé à être dispensés de leur devoir, le juge s'est exprimé ainsi devant l'ensemble du jury :

I have a matter that the jury raises. It is apparent that some of the members either didn't understand my direction this morning, that is that they were to return a verdict of guilty . . . or they refused to do so.

[TRADUCTION] Je veux vous parler d'un problème en ce qui concerne le jury. Il est évident que certains membres du jury n'ont pas compris la directive que j'ai donnée ce matin, à savoir qu'ils doivent rendre un verdict de culpabilité [. . .], ou encore qu'ils refusent de le faire.

And then, lest the jury be left in doubt as to the binding effect of his direction, the judge added:

> And once they [the jurors] are directed to do that [to return a verdict of guilty], it's up to them to bring in — to abide by the direction.

Puis, pour éviter que le jury ait encore des doutes quant au caractère impératif de sa directive, le juge a ajouté ceci :

> [TRADUCTION] Une fois que [les jurés] ont reçu une directive en ce sens [à savoir rendre un verdict de culpabilité], il leur incombe de rendre — de suivre cette directive.

## III

## III

10 As I mentioned earlier, the Crown conceded that a new trial should be ordered if the jury, though it did pronounce the verdict, was in substance entirely deprived of its role. The Crown thus agreed with the outcome in *R. v. Wang*, [2005] 1 W.L.R. 661, [2005] UKHL 9, where the House of Lords ordered a new trial following a directed verdict of guilty. The Crown sought, however, to distinguish *Wang* on the ground that the jury in this case retired and deliberated for ten hours. In *Wang*, on the other hand, after the judge directed a guilty verdict, the jury was not so much as invited to leave the courtroom to confer. (See *Wang*, at para. 6.)

Comme je l'ai indiqué précédemment, le ministère public a concédé qu'un nouveau procès devra avoir lieu si le jury, bien qu'il ait effectivement prononcé le verdict, a dans les faits été entièrement dépouillé de sa fonction. Le ministère public souscrit donc à la conclusion tirée dans *R. c. Wang*, [2005] 1 W.L.R. 661, [2005] UKHL 9, où la Chambre des lords a ordonné la tenue d'un nouveau procès à la suite d'un verdict de culpabilité imposé par le tribunal de première instance. Il a toutefois tenté de distinguer l'affaire *Wang* du présent cas en invoquant le fait que, en l'espèce, le jury s'est retiré et a délibéré pendant dix heures, alors que dans *Wang*, après que le juge eut imposé un verdict de culpabilité, le jury n'a même pas été invité à quitter la salle d'audience pour délibérer. (Voir *Wang*, par. 6.)

11 In support of its point, the Crown pointed the Court to *R. v. Gill* (1986), 29 C.C.C. (3d) 242, at p. 251, where the Alberta Court of Appeal held that:

> Nevertheless, no miscarriage of justice occurred here because the jury, after this direction, did retire and deliberate for some time before bringing in a verdict of guilt. There is no reason to believe that the jurors thought that the issue had been taken away from them, or that the final decision did not rest with them.

Au soutien de cet argument, le ministère public renvoie la Cour à l'arrêt *R. c. Gill* (1986), 29 C.C.C. (3d) 242, où la Cour d'appel de l'Alberta a tiré la conclusion suivante, à la p. 251 :

> [TRADUCTION] Néanmoins, aucune erreur judiciaire n'a été commise en l'espèce, puisque, après avoir reçu cette directive, le jury s'est retiré et a délibéré pendant un certain temps avant de rendre un verdict de culpabilité. Rien ne permet de croire que les jurés pensaient que l'affaire leur avait été retirée, ou que la décision finale ne leur appartenait pas.

12 In fact, one cannot conclude that a jury duly renders a verdict, by the sole fact that the jury "did retire and deliberate for some time". Duration alone tells little about the substance or significance of the deliberations. And speculation in this regard is particularly perilous in this case.

En fait, on ne saurait conclure qu'un jury rend valablement un verdict du seul fait qu'il « s'est retiré et a délibéré pendant un certain temps ». À elle seule, la durée des délibérations renseigne peu sur la teneur ou la pertinence de celles-ci. De plus, il est particulièrement périlleux en l'espèce d'émettre des hypothèses à cet égard.

13 After the jurors had been directed by the judge to retire and return to court with a guilty verdict,

Après avoir reçu du juge la directive de se retirer et de revenir devant le tribunal pour prononcer un

they returned instead with a request: They asked for a copy of the oath they had taken upon assuming their duties as jurors. They had sworn by that oath to presume the accused innocent throughout the trial, which would end with their verdict. Yet now, even before they could begin to deliberate, they were directed by the judge not just to *presume* — but in fact to *conclude* — that the accused was guilty as charged. In that light, the jurors were understandably concerned to ascertain the nature and consequences of their oath.

Some time after receiving a copy of their oath, two jurors asked to be excused from the panel (one on religious grounds, the other on grounds of conscience). The trial judge denied their requests. I am satisfied that he exercised his discretion judicially in this regard but I am troubled by his accompanying comments. As Fraser C.J.A. put it in her dissenting reasons, the judge's comments and questions "amounted to a reaffirmation of the direction to convict" (para. 14) and their cumulative effect was that "the jury was obliged to follow the instructions given earlier and convict Krieger" (para. 18):

In the case of Juror No. 12, the direction was express. When she started to explain why her conscience prevented her from judging the appellant, she stated . . .

A Here in the — in our — in our group, we — there are only two choices to — yes or no, or to be guilty or not guilty. So . . .

Q Actually there is one choice and that is guilt.

A Guilty, yeah. So to me it's difficult to say that he's guilty.

. . .

As for Juror No. 8 who said he wished to be excused on religious grounds, his answers to the questions posed

verdict de culpabilité, les jurés sont revenus, mais pour lui soumettre une requête : ils ont demandé à voir une copie du serment qu'ils avaient prêté au moment d'assumer leur devoir de jurés. Ils s'étaient engagés sous serment à présumer l'accusé innocent tout au long du procès, qui se terminerait par le prononcé de leur verdict. Et voilà maintenant que le juge leur demandait, avant même qu'ils aient pu commencer à délibérer, non seulement de *présumer* — mais aussi de *conclure* — que l'accusé était coupable de l'infraction reprochée. Dans ce contexte, on comprend facilement pourquoi les jurés tenaient à s'assurer de la nature et des conséquences de leurs obligations.

Peu de temps après avoir reçu une copie de leur serment, deux jurés ont demandé à être dispensés de faire partie du jury (l'un pour des motifs d'ordre religieux, l'autre pour des raisons de conscience). Le juge du procès a rejeté ces demandes. Je suis convaincu qu'il a exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire à cet égard, mais les commentaires qu'il a formulés ce faisant me troublent. Comme l'a souligné la juge en chef Fraser dans ses motifs dissidents, desquels sont tirés les extraits suivants, les commentaires et questions du juge [TRADUCTION] « équivalaient à une réaffirmation de la directive de prononcer une déclaration de culpabilité » (par. 14) et ont eu pour effet cumulatif « d'obliger le jury à suivre les directives données plus tôt et à conclure à la culpabilité de Krieger » (par. 18) : 14

[TRADUCTION] En ce qui concerne la jurée n° 12, la directive était explicite. Lorsqu'elle a commencé à expliquer pourquoi sa conscience l'empêchait de juger l'appelant, elle s'est exprimée ainsi . . .

R Ici, dans le — dans notre — dans notre groupe, nous — il n'y a que deux possibilités à — oui ou non, coupable ou non coupable. Par conséquent . . .

Q En fait, il y a une seule possibilité, et c'est « coupable ».

R Coupable, ouais. Donc, il m'est difficile d'affirmer qu'il est coupable.

. . .

Pour ce qui est du juré n° 8, qui a affirmé vouloir être dispensé pour des motifs d'ordre religieux, ses réponses

demonstrate that he too was under no illusions as to the instructions the trial judge gave — the jury was to convict regardless. This juror was asked to explain why his conscience prevented him from making a decision. His answer at AB 223 demonstrates why this Court ought not to conclude that despite the error of law here, there is no reasonable possibility that the verdict would have been different nor for that matter that the result of a new trial would clearly be a conviction:

> When I look at this case and all the facts presented, I think I understand the legal parameters in which I must remain. I feel this man is not a guilty man, and I can't say guilty, even though I understand your charge, and I'm struggling with this, and I can't bring myself to say guilty.

Juror No. 8 concluded his testimony before the trial judge stating at AB 224:

> I believe that I could not live with myself if I was part of a conviction of this man.

15 In these exchanges, the trial judge further undermined the role of the jury in the eyes of the two members who sought to be excused and ultimately, we may safely presume, in the eyes of the jurors they then rejoined. Moreover, I agree with Fraser C.J.A. that "[t]his record clearly reveals from events following the charging of the jury that the jury did not understand that it had the final call on Krieger's guilt or innocence" (para. 11).

16 The Crown's reliance on the length of the deliberations hardly indicates the contrary. They could hardly have spent that time deliberating on the facts, which were not in dispute. Brief deliberation might thus have indicated their agreement with the guilty verdict they were directed by the judge to deliver. If the time the jury spent deliberating indicates anything at all, it might well be *resistance to* — not *agreement with* — the verdict imposed on them by the judge.

aux questions posées démontrent qu'il ne se faisait pas lui non plus d'illusions quant aux instructions qu'avait données le juge du procès — le jury devait prononcer une déclaration de culpabilité, et ce, peu importe. Le juge a demandé à ce juré d'expliquer pourquoi sa conscience l'empêchait de prendre une décision. Sa réponse, à la page AB 223, démontre pourquoi notre cour ne devrait pas conclure que, en dépit de l'erreur de droit qui a été commise en l'espèce, il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent ou d'ailleurs qu'un nouveau procès aboutirait manifestement à une déclaration de culpabilité :

> Lorsque j'examine cette affaire et tous les faits présentés, je pense que je comprends les limites juridiques dans lesquelles je dois rester. J'estime que cet homme n'est pas coupable, et je ne peux le déclarer coupable, bien que je comprenne votre exposé, et cela me dérange, et je ne peux me résoudre à dire coupable.

Le juré n° 8 a conclu son témoignage devant le juge du procès en déclarant ceci, à la page AB 224 :

> Je pense que je ne pourrais vivre en paix avec moi-même si j'étais partie à la condamnation de cet homme.

Au cours de ces échanges, le juge du procès a diminué encore davantage le rôle du jury non seulement aux yeux des deux membres de celui-ci qui cherchaient à être dispensés de leur devoir, mais également, ce qu'on peut supposer sans trop de risque de se tromper, aux yeux des autres jurés lorsqu'ils les ont rejoints. En outre, je fais miens les propos suivants de la juge en chef Fraser de la Cour d'appel : [TRADUCTION] « [l]e dossier révèle clairement que, en raison d'événements survenus après l'exposé au jury, celui-ci n'a pas compris que c'est lui qui avait le dernier mot quant à la culpabilité ou à l'innocence de Krieger » (par. 11).

La durée des délibérations, sur laquelle se fonde le ministère public, ne permet pas vraiment d'affirmer le contraire. En effet, les jurés auraient difficilement pu passer tout ce temps à délibérer sur les faits, lesquels n'étaient pas contestés. De brèves délibérations auraient donc pu indiquer qu'ils souscrivaient au verdict de culpabilité que le juge leur avait ordonné de rendre. D'ailleurs, si le temps que le jury a passé à délibérer révèle quoi que ce soit, ce serait plutôt leur *résistance* — et non leur *assentiment* — au verdict que leur a imposé le juge.

IV

By his plea of "not guilty", Mr. Krieger exercised his right under s. 11(*f*) of the *Charter* to a determination of his guilt by the jury, not the judge.

The Crown submits that Mr. Krieger's testimony and defence counsel's submissions in the course of the trial are tantamount to a guilty plea. It is true, of course, that the fate of the accused will often be sealed by their own testimony and admissions, or by the concessions and submissions of their counsel. But absent a plea of guilty, the need for a verdict remains. And in a trial by judge and jury, the verdict must be that of the jury, not the judge — unless the judge finds the evidence insufficient and directs a *verdict of acquittal* on that ground.

The trial judge in this case well understood these rules. After concluding that there was no reasonable basis for putting Mr. Krieger's proposed defence of necessity to the jury, the judge offered this suggestion to defence counsel:

> Well, there are alternatives. One is that having no defence to this by reason of my finding, and an admission, you can enter a plea of guilty before the judge alone without the necessity of the jury hearing it.
>
> Or you can have the matter go before the jury and the jury can decide whether he [be] guilty or not.

Mr. Krieger did not change his plea. He instead persisted in exercising his constitutional right to place his fate in the hands of the jury.

Counsel on both sides understood as well the limited import of the admissions that had been made by the defence. Defence counsel took care not to go beyond the agreed statement of facts, which consisted in three paragraphs concerning Health Canada's procedures for obtaining exemptions permitting the growth and possession of

IV

17 En plaidant « non coupable », M. Krieger a exercé le droit que lui reconnaît l'al. 11*f*) de la *Charte* de faire trancher par le jury, et non par le juge, la question de sa culpabilité ou de son innocence.

18 Le ministère public fait valoir que le témoignage de M. Krieger et les observations de l'avocat de la défense au cours du procès équivalent à un plaidoyer de culpabilité. Il va de soi que le sort de l'accusé est souvent déterminé par ses propres témoignage et aveux, ou par les concessions et observations de son avocat. En l'absence d'un plaidoyer de culpabilité toutefois, la nécessité d'un verdict demeure. En outre, dans le cadre d'un procès devant juge et jury, le verdict doit émaner du jury, et non du juge, à moins que ce dernier ne conclue à l'insuffisance de la preuve et n'impose un *verdict d'acquittement* pour ce motif.

19 En l'espèce, le juge du procès comprenait bien ces règles. Après avoir conclu qu'il n'existait aucun fondement raisonnable justifiant de soumettre au jury la défense de nécessité que M. Krieger entendait présenter, le juge du procès a fait la suggestion suivante à l'avocat de la défense :

> [TRADUCTION] Bon, il existe des solutions de rechange. Étant donné que, par suite de ma conclusion, vous ne disposez d'aucun moyen de défense à cet égard, et qu'un aveu a été fait, vous pouvez inscrire un plaidoyer de culpabilité devant le juge seul sans qu'il soit nécessaire que le jury l'entende.
>
> Ou vous pouvez soumettre l'affaire au jury, qui décidera si [votre client] est coupable ou non coupable.

20 Monsieur Krieger n'a pas modifié son plaidoyer. Il a plutôt persisté dans sa décision d'exercer le droit que lui reconnaît la Constitution de placer son sort entre les mains du jury.

21 Les avocats des deux parties saisissaient bien eux aussi l'importance limitée des aveux faits par la défense. L'avocat de la défense a pris soin de ne pas aller au-delà de l'exposé conjoint des faits, qui se composait de trois paragraphes concernant la procédure de Santé Canada relative à l'obtention d'exemptions permettant la culture et la possession

cannabis. And the Crown, in response to a comment by the judge, made clear its understanding that the joint admissions made did not dispense with the need for additional proof (still less, I would add, for the verdict of the jury):

> Well, I believe my friend had indicated that his client would admit that in his evidence, sir, but I don't recall at any point in time the two of us saying that those were — that we are proceeding on the basis of an agreed statement of facts. Otherwise, I would not have called the evidence that I did.

22 A clear distinction must in any event be drawn between admissions of fact covering all of the prosecution's allegations and the ultimate question of guilt or innocence that is answered by the verdict alone. This was well explained by Sir Patrick (later Lord) Devlin:

> It [referring to the British precedent of *Stonehouse v. D.P.P.*] could not be said that the whole question of innocence or guilt was taken out of the jury's hands. If it had been, would it have made a difference? Logically it should not. If a single issue can be withdrawn from the jury on the ground that the facts relating to it lead in the eyes of the judge to one conclusion only, then, if the same thing can be said of all the other issues, they too should be withdrawn. But suppose that at the end of the evidence in such a case the judge was, without summing up at all, simply to direct the verdict of Guilty in the same way as he directs a verdict of Not Guilty when the prosecution has failed to make out a case. This would mean that there had not been even the semblance of a trial by jury. Whatever formula may be devised to facilitate the application of the proviso, the statutory requirement is that there should be no miscarriage of justice. It would be going very far to say that there was no miscarriage in a process which deprived an accused entirely of his constitutional right to trial by jury.

("The Judge and the Jury", in *The Judge* (1979), at pp. 142-43)

And later:

> In my idea no conviction can stand that is not based on the verdict of a jury given after a full and proper trial.

de cannabis. De plus, dans une réponse à un commentaire du juge, le ministère public a clairement indiqué qu'il comprenait que ces aveux conjoints n'éliminaient pas la nécessité d'une preuve additionnelle (encore moins, ajouterais-je, celle d'un verdict du jury) :

> [TRADUCTION] Bien, je crois que mon collègue avait indiqué que son client admettrait ce point dans son témoignage, monsieur, mais je ne me souviens pas que nous ayons jamais dit tous deux qu'il s'agissait de — que nous nous fondions sur un exposé conjoint des faits. Sinon, je n'aurais pas présenté cette preuve.

Quoi qu'il en soit, il faut établir une distinction entre des aveux sur des questions de fait portant sur l'ensemble des allégations de la poursuite et des aveux sur la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence, qui ne peut être tranchée que par le verdict uniquement. Sir Patrick Devlin (devenu lord Devlin par la suite) a bien expliqué ce point :

> [TRADUCTION] On ne saurait affirmer [au sujet du précédent britannique *Stonehouse c. D.P.P.*] que la question de l'innocence ou de la culpabilité a été entièrement retirée des mains du jury. D'ailleurs, si elle l'avait été, cela aurait-il fait une différence? Logiquement non. Si une question peut être soustraite à l'appréciation du jury au motif que les faits s'y rapportant ne conduisent, aux yeux du juge, qu'à une conclusion, en conséquence, s'il en est ainsi de toutes les autres questions, elles devraient elles aussi être retirées. Toutefois, supposons qu'une fois la preuve close dans un tel cas, le juge décide, sans faire de résumé, de tout simplement imposer un verdict de culpabilité comme il lui arrive d'imposer un verdict de non-culpabilité lorsque la poursuite n'a pas établi le bien-fondé de ses allégations. Cela signifierait qu'il n'y a pas eu ne serait-ce même que l'apparence d'un procès avec jury. Quelle que soit la formule utilisée pour faciliter l'application de l'exception, la loi exige qu'il n'y ait pas d'erreur judiciaire. Ce serait aller très loin que de dire qu'aucune erreur judiciaire n'a été commise dans une instance où l'accusé aurait été privé entièrement du droit constitutionnel de bénéficier d'un procès avec jury.

(« The Judge and the Jury », dans *The Judge* (1979), p. 142-143)

Et, plus loin :

> À mon avis, on ne saurait maintenir une déclaration de culpabilité qui n'est pas fondée sur le verdict d'un

No matter that the guilt of the accused cries out to the heavens through the voices of all the judges of England. This is the first and traditional protection that the law gives to an accused. The second and more recent protection, given in the way I have chronicled, is that even such a verdict will not be enough if on the evidence the appellate judges find the lurking doubt which they consider that the jury has missed. But the second is an addition to the first and not a substitute for it. [p. 157]

jury rendu à l'issue d'un procès complet et régulier. Peu importe que tous les juges d'Angleterre proclament aux quatre vents la culpabilité de l'accusé. Il s'agit de la première et de la plus ancienne protection que le droit accorde à l'accusé. La deuxième protection — plus récente — reconnue de la manière que j'ai relatée, tient au fait qu'un tel verdict ne suffit pas si, eu égard à la preuve, les juges d'appel concluent à l'existence de ce doute indéfinissable qui, selon eux, a échappé au jury. Cependant, la deuxième protection s'ajoute à la première, elle ne la remplace pas. [p. 157]

I share these views and consider them to be a complete answer to both points raised by the Crown. 23

Je partage ces opinions et j'estime qu'elles répondent complètement aux deux points soulevés par le ministère public.

The overwhelming nature of the evidence can hardly justify a directed verdict of guilty. When, if not in such cases, would a verdict of guilty be directed? Would it be permitted whenever the evidence is overwhelming *in the eyes of the judges*? Under our Constitution, the plain answer to this last question is "no". 24

La nature accablante de la preuve peut difficilement être invoquée pour imposer le prononcé d'un verdict de culpabilité. Quand, si ce n'est dans ces cas, un verdict de culpabilité serait-il ordonné? Un tel verdict serait-il permis chaque fois que la preuve est accablante *aux yeux des juges*? Au regard de notre Constitution, la réponse à cette dernière question est tout simplement « non ».

And finally, little needs to be said about the proviso set out in s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*. That provision may perhaps be applied where there has been an imperfect trial by jury but not where, as here, there has in effect been no trial by jury at all. 25

Enfin, point n'est besoin de s'étendre longuement sur l'exception prévue au sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*. Cette disposition pourrait peut-être trouver application dans les cas où le procès avec jury qui a eu lieu présente des lacunes, mais non dans ceux où, comme en l'espèce, il n'y a dans les faits pas eu de procès avec jury.

## V

## V

In another era, the usual enticement to quick agreement consisted of locking the jury up without "meat, drink, fire and tobacco". Jurors who gave verdicts thought unacceptable by the court were punished in Star Chamber or by the trial judge himself: see Devlin, *Trial by Jury*, at pp. 68-69 and 76. In *Bushell's Case* (1670), 6 St. Tr. 999, the jurors were fined and imprisoned for their verdict of "not guilty". 26

Il fut un temps où la façon habituelle d'inciter le jury à tomber rapidement d'accord sur un verdict consistait à le séquestrer sans lui fournir [TRADUCTION] « de quoi manger, boire, se chauffer ou fumer ». Les jurés qui rendaient des verdicts jugés inacceptables par le tribunal étaient punis par la « Chambre étoilée » ou par le juge du procès lui-même : voir Devlin, *Trial by Jury*, p. 68-69 et 76. Dans *Bushell's Case* (1670), 6 St. Tr. 999, les jurés ont été condamnés à des amendes et emprisonnés pour avoir rendu un verdict de non-culpabilité.

It has since then been well established that under the system of justice we have inherited from England juries are not entitled *as a matter of right* 27

Il est depuis bien établi que, dans le système de justice que nous tenons de l'Angleterre, les jurés ne peuvent pas *de plein droit* refuser d'appliquer la loi

to refuse to apply the law — but they do have the *power* to do so when their consciences permit of no other course.

28 The matter was put this way long ago by Lord Mansfield in *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, at p. 824 (cited by Dickson C.J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 78):

> It is the duty of the Judge, in all cases of general justice, to tell the jury how to do right, though they have it in their power to do wrong, which is a matter entirely between God and their own consciences.

29 In this case, with the sole intention of "showing the jury how to do right", the trial judge unfortunately deprived the jurors of the responsibility that was by law theirs alone. The appellant was thereby deprived of his constitutional right, in virtue of s. 11(*f*) of the *Charter*, "to the benefit of trial by jury".

30 I would therefore allow the appeal, quash the appellant's conviction and order a trial before judge and jury in accordance with his election on the indictment that concerns us here.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: C. John Hooker, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener: Queen's University, Kingston.*

— mais ils ont la *faculté* de le faire lorsque leur conscience ne leur en laisse pas le choix.

Il y a longtemps, dans l'arrêt *R. c. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, p. 824 (cité par le juge en chef Dickson dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 78), lord Mansfield a formulé ainsi ce principe :

> [TRADUCTION] C'est le devoir du juge, dans toutes les affaires de droit commun, de dire aux jurés comment rendre justice, bien qu'il soit en leur pouvoir de ne pas la rendre, ce qui est une affaire entièrement entre Dieu et leur propre conscience.

En l'espèce, dans le seul but de « dire aux jurés comment rendre justice », le juge du procès a malheureusement dépouillé ceux-ci d'une responsabilité qui, en droit, leur appartenait à eux seuls. De ce fait, l'appelant a été privé du droit constitutionnel que lui reconnaît l'al. 11*f*) de la *Charte* « de bénéficier d'un procès avec jury ».

J'accueillerais par conséquent l'appel, j'annulerais la déclaration de culpabilité de l'appelant et j'ordonnerais la tenue d'un procès devant juge et jury, conformément au choix fait par l'appelant au regard de l'acte d'accusation en cause.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : C. John Hooker, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante : Université Queen's, Kingston.*

**Jocelyn Binet** *Appellant*

*v.*

**Pharmascience Inc. and Morris S. Goodman** *Respondents*

- and -

**Attorney General of Quebec** *Appellant*

*v.*

**Pharmascience Inc. and Morris S. Goodman** *Respondents*

**INDEXED AS: PHARMASCIENCE INC. *v.* BINET**

**Neutral citation: 2006 SCC 48.**

File No.: 30995.

2006: May 9; 2006: October 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Law of professions — Ethics — Syndic's powers of investigation — Injunction — Syndic of Ordre des pharmaciens requiring manufacturer of generic drugs to provide him with any documents indicating that rebates, discounts or other benefits had been granted to pharmacists — Whether power of inquiry provided for in s. 122 of Professional Code authorizes syndic of professional order to request information from persons who are not members of that order — Whether, where third party refuses to provide requested information, syndic may seek injunction pursuant to Code of Civil Procedure — Professional Code, R.S.Q., c. C-26, ss. 2, 122, 191 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 751.*

In 2003, the Quebec media reported that a large number of pharmacists had received rebates, discounts and other financial benefits from generic drug manufacturers in exchange for orders for drugs, a practice that is prohibited by the *Code of ethics of pharmacists.*

**Jocelyn Binet** *Appelant*

*c.*

**Pharmascience Inc. et Morris S. Goodman** *Intimés*

- et -

**Procureur général du Québec** *Appelant*

*c.*

**Pharmascience Inc. et Morris S. Goodman** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : PHARMASCIENCE INC. *c.* BINET**

**Référence neutre : 2006 CSC 48.**

N° du greffe : 30995.

2006 : 9 mai; 2006 : 26 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit des professions — Déontologie — Pouvoirs d'enquête du syndic — Injonction — Syndic de l'Ordre des pharmaciens exigeant d'un fabricant de médicaments génériques de lui fournir tout document indiquant que des rabais, ristournes ou autres avantages ont été accordés à des pharmaciens — Le pouvoir d'enquête prévu à l'art. 122 du Code des professions permet-il au syndic d'un ordre professionnel de demander des renseignements à des personnes qui ne sont pas membres de l'ordre? — Le refus d'un tiers de fournir les renseignements demandés permet-il au syndic de réclamer une injonction en vertu du Code de procédure civile? — Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 2, 122, 191 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 751.*

Les médias québécois révèlent en 2003 qu'un grand nombre de pharmaciens recevraient des rabais, ristournes et autres avantages financiers de la part de fabricants de médicaments génériques en contrepartie de leurs commandes. Le *Code de déontologie des*

Based on information from proceedings instituted by the Régie de l'assurance maladie du Québec against the manufacturers in question, the syndic of the Ordre des pharmaciens began an inquiry. To aid in this inquiry, the syndic asked a generic drug manufacturer to provide him with any documents indicating that rebates, discounts or other benefits had been granted to pharmacists. Despite repeated requests from the syndic, the manufacturer refused to forward the documents and filed a motion for a declaratory judgment to have the requests for documents declared null and illegal. In a cross demand, the syndic sought a permanent injunction to compel the manufacturer to deliver the documents to him. The Superior Court issued the injunction provided for in art. 751 of the *Code of Civil Procedure*. The Court of Appeal reversed that decision and ordered the syndic to return the documents he had received.

*Held* (Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the injunction restored.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: A grammatical analysis of the statutory provision together with a review of the relevant contextual aspects, such as the purpose of the statute and of the provision in issue, confirms that the legislature intended to subject third parties to the syndic's power of inquiry under s. 122 of the *Professional Code*. The ordinary meaning of the pronoun "*on*" used in the French version of that section favours the argument that the obligation to cooperate applies to everyone. Furthermore, s. 2, which states the general principle that the Code applies to all professions, does not limit the effect of statutes governing professionals to members of the orders concerned. Such a limit would fail to take sufficient account of the public protection objective of the *Professional Code*, which cannot be attained unless certain provisions of the Code apply to or affect third parties. The privilege of professional self-regulation places the individuals responsible for enforcing professional discipline under an onerous obligation. Since the delegation of powers by the state comes with the responsibility for providing adequate protection for the public, it should be expected in this context that individuals with not only the power, but also the duty, to inquire into a professional's conduct will have sufficiently effective means at their disposal to gather all information relevant to determining whether a complaint should be lodged. The offence of which the pharmacists in the case at bar are accused is committed when a benefit is received from a third party. Logically, an inquiry into the commission of the offence in question must therefore extend to third parties. The

*pharmaciens* interdit cette pratique. S'appuyant sur l'information contenue dans les poursuites intentées par la Régie de l'assurance maladie du Québec contre les fabricants concernés, le syndic de l'Ordre des pharmaciens entreprend une enquête. Pour faire progresser cette enquête, le syndic demande à un fabricant de médicaments génériques de lui fournir tout document indiquant que des rabais, ristournes ou autres avantages ont été accordés à des pharmaciens. Malgré les demandes répétées du syndic, le fabricant refuse de transmettre les documents et dépose une requête en jugement déclaratoire visant à faire déclarer les demandes de documents nulles et illégales. Se portant demandeur reconventionnel, le syndic demande l'émission d'une injonction permanente visant à contraindre le fabricant à lui livrer les documents. La Cour supérieure accorde l'injonction prévue à l'art. 751 du *Code de procédure civile*. La Cour d'appel infirme cette décision et ordonne au syndic de rendre les documents qui lui avaient été transmis.

*Arrêt* (les juges Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et l'injonction rétablie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein : L'analyse grammaticale du texte législatif, complétée par l'évaluation des aspects contextuels pertinents, comme l'objet de la loi et de la disposition en discussion, confirme l'intention du législateur d'assujettir les tiers au pouvoir d'enquête du syndic prévu à l'art. 122 du *Code des professions*. Le sens commun du pronom "on" utilisé dans cet article favorise la thèse selon laquelle toute personne est soumise à l'obligation de coopérer. De plus, l'art. 2, qui énonce le principe général d'application du Code à toutes les professions, ne limite pas pour autant l'effet des lois professionnelles aux seuls membres des ordres régis. Une telle limitation ne tiendrait pas suffisamment compte de l'objectif de protection du public poursuivi par le *Code des professions*. La réalisation de cet objectif implique nécessairement que les tiers soient visés ou touchés par certaines dispositions du Code. Le privilège d'autoréglementation d'une profession soumet les personnes chargées de la mise en œuvre de la discipline professionnelle à une obligation onéreuse. Puisque la délégation des pouvoirs de l'État s'accompagne de la charge de s'assurer de la protection adéquate du public, on doit dans ce contexte s'attendre à ce que les personnes dotées non seulement du pouvoir mais aussi du devoir d'enquêter sur la conduite d'un professionnel disposent de moyens suffisamment efficaces pour leur permettre de recueillir toute l'information pertinente afin de déterminer si une plainte doit être portée. En l'espèce, l'infraction reprochée aux pharmaciens est commise lorsqu'un avantage est reçu d'un tiers. Un processus d'enquête concernant la commission

fact that a professional order's committee on discipline has powers of investigation does not in any way indicate that the means available to a syndic in conducting his or her own prior inquiry must be interpreted narrowly. These two authorities play different, but complementary, roles. It is in everyone's interest to ensure that a syndic who files a disciplinary complaint has detailed knowledge of the accusations against the professional and that the evidence at the syndic's disposal is complete. [29-39] [42]

The words used in s. 122 circumscribe the syndic's power. The section expressly provides that the information upon which the syndic relies to require the disclosure of information or documents must raise a suspicion that an offence has been committed. However, at this stage, the syndic need not be in a position to identify exactly which professionals are under suspicion. The individualized process provided for in the *Professional Code* is the lodging of a complaint with the committee on discipline. The syndic's inquiry precedes this process and is aimed at determining whether a complaint should be lodged. In the instant case, the syndic had reliable information from a government authority and from legal proceedings. He was relying on facts that established a reasonable basis for his inquiry. The scope of the inquiry does not make it a random one. The syndic's inquiry concerns allegations of clear breaches of the *Code of ethics of pharmacists*. The syndic has not only the jurisdiction but also the duty to intervene to protect the public. The mere fact that the purpose of the inquiry is to identify the offenders as opposed to determining the specific circumstances of the offence, which would be a more typical situation, is not determinative. [43] [45] [47]

The Superior Court exercised its discretion properly in granting the injunction provided for in art. 751 of the *Code of Civil Procedure*. In Quebec procedural law, the existence of a specific remedy under a special statute does not close the door on the general law injunction, especially where the public interest requires one. It is the Superior Court judge who must consider the impact of the specific remedy provided for in another statute. The existence of that remedy is one element of the set of circumstances the judge will have to weigh in deciding whether the requested order is warranted. Thus, the existence of a specific sanction under a special statute does not preclude a general law injunction where the circumstances require one. In the circumstances that gave rise to the dispute in the case at bar, the injunction provided for in s. 191 of the *Professional Code* to prevent the repeated commission of penal offences would

de cette infraction doit donc logiquement prévoir l'assujettissement des tiers. Le fait que le comité de discipline d'un ordre professionnel soit doté de pouvoirs d'instruction ne signifie aucunement qu'il faille interpréter restrictivement les moyens dont dispose préalablement le syndic dans la conduite de son enquête. Ces deux instances jouent des rôles différents et complémentaires. Il est dans l'intérêt de tous de s'assurer qu'un syndic qui dépose une plainte disciplinaire connaisse en détail les reproches adressés au professionnel et dispose d'une preuve complète. [29-39] [42]

Le libellé de l'art. 122 balise le pouvoir du syndic. L'article prévoit expressément que l'information sur laquelle le syndic se fonde pour exiger la transmission de renseignements ou de documents doit laisser soupçonner la commission d'une infraction. À ce stade, toutefois, il n'est pas nécessaire que le syndic soit en mesure d'identifier précisément les professionnels soupçonnés. Le processus individualisé prévu par le *Code des professions* est le dépôt d'une plainte devant le comité de discipline. L'enquête du syndic se situe en amont et vise à déterminer si une plainte doit être déposée. En l'espèce, le syndic bénéficiait de renseignements fiables provenant d'une instance gouvernementale et d'actes de procédures judiciaires. Il s'appuyait sur des faits qui lui fournissaient une base raisonnable pour entreprendre son enquête. L'envergure de cette dernière ne la rend pas aléatoire. L'enquête du syndic vise des allégations de manquements non équivoques au *Code de déontologie des pharmaciens*. Or, le syndic a non seulement la compétence mais aussi le devoir d'intervenir afin de protéger le public. Le simple fait que l'enquête vise à déterminer l'identité des contrevenants, plutôt que les circonstances spécifiques de l'infraction comme lors d'une situation plus typique, n'est pas décisif. [43] [45] [47]

La Cour supérieure a correctement exercé sa discrétion d'accorder l'injonction prévue à l'art. 751 du *Code de procédure civile*. En droit judiciaire québécois, l'existence d'un recours spécifique dans une loi particulière ne ferme pas la porte à l'injonction de droit commun, particulièrement lorsque l'intérêt public le requiert. Il appartient au juge de la Cour supérieure d'examiner l'impact du recours spécifique prévu dans une autre loi. L'existence de ce recours constituera l'un des éléments de l'ensemble des circonstances que le juge devra soupeser afin de décider si elles justifient d'accorder l'ordonnance demandée. Ainsi, l'existence d'un remède spécifique dans une loi particulière n'exclut pas la délivrance d'une injonction de droit commun lorsque les circonstances l'exigent. Dans les circonstances qui ont provoqué le présent litige, l'injonction visant à prévenir la commission d'infractions pénales à répétition, prévue

not have been an appropriate and effective remedy. The case before the syndic was not, strictly speaking, one of repeated violations, and no penal prosecution had been instituted. Moreover, such proceedings could not have been commenced without prior authorization from the Attorney General, as a syndic cannot act alone. A timely and effective remedy to the failure to co-operate with the syndic's inquiry was needed to allow the syndic and the Ordre des pharmaciens to fulfil their obligation of diligence in disciplinary matters. Moreover, in an analysis of serious harm resulting from an offence under the *Professional Code*, the fact that this statute is a law of public order must be taken into account. When the public interest is at stake, a proliferation of court challenges may make a general law injunction necessary. In light of the evidence of the syndic's difficulties in obtaining essential documents for his inquiry and given the manufacturer's refusals and court challenges, the trial judge properly found, in exercising his discretion, that those refusals and that conduct were intended to paralyse the inquiry. The Court of Appeal was not justified in questioning that finding. [57] [60] [63-67]

*Per* Fish and Abella JJ. (dissenting): In circumstances where s. 122 of the *Professional Code* applies, the syndic can obtain information and documents from third parties. This section, however, does not confer a general investigatory power, which is reserved to the Inspection Committee of the Bureau. A syndic is confined by s. 122 to requesting information only in relation to allegations that a particular professional or group of professionals have breached the Code. The scope of investigations is clearly limited by the individualized nature of disciplinary hearings. This individual disciplinary investigation is in contrast to the wider powers of the Bureau's Inspection Committee which has responsibility for overseeing the entire profession and for investigating matters affecting it. In this case, the syndic launched an investigation to try to identify members who had committed an infraction. Binet had no information regarding any specific, identifiable pharmacists. What he had was general information, obtained from as yet unconcluded legal proceedings against generic pharmaceutical companies, that unnamed pharmacists had been receiving kickbacks. The syndic did not have the information necessary to trigger his power of investigation under s. 122. [72-73] [76] [78] [80-81]

An injunction cannot be issued in these circumstances in the absence of the consent of the Attorney General. The enforcement mechanism envisioned in

à l'art. 191 du *Code des professions*, n'aurait pas été un recours approprié et efficace. Le syndic ne se trouvait pas à proprement parler dans un cas de violations répétées et aucune poursuite pénale n'avait été intentée. Qui plus est, l'introduction de telles procédures aurait exigé l'autorisation préalable du procureur général, le syndic ne pouvant agir seul. Un remède prompt et efficace au défaut de coopération à l'enquête du syndic s'imposait pour permettre à ce dernier et à l'Ordre des pharmaciens de satisfaire à leur obligation de diligence en matière disciplinaire. De plus, l'analyse du préjudice sérieux découlant d'une infraction au *Code des professions* doit tenir compte du caractère d'ordre public de cette loi. Lorsque l'intérêt public est en jeu, la multiplication de procédures de contestation peut rendre nécessaire le recours à l'injonction de droit commun. À la lumière de la preuve des difficultés qu'éprouvait le syndic à obtenir les documents essentiels à son enquête, vu les refus du fabricant et ses procédures de contestation, le premier juge était en droit de conclure, dans l'exercice de sa discrétion, que ces refus et ce comportement visaient à paralyser l'enquête. La Cour d'appel n'était pas justifiée de remettre en cause cette conclusion. [57] [60] [63-67]

*Les* juges Fish et Abella (dissidents) : Lorsqu'il s'applique, l'art. 122 du *Code des professions* permet au syndic d'obtenir des renseignements et des documents en possession de tiers. Il ne lui confère cependant pas un pouvoir général d'enquête, lequel revient au comité d'inspection du Bureau. Il le confine à la demande de renseignements se rapportant uniquement aux allégations qu'un professionnel ou groupe de professionnels en particulier ont contrevenu au Code. Le champ de l'enquête est clairement délimité par le caractère individualisé des audiences disciplinaires. L'enquête disciplinaire individuelle se distingue des pouvoirs plus vastes du comité d'inspection du Bureau, à qui il incombe de surveiller la profession dans son ensemble et d'enquêter sur les questions la concernant. En l'espèce, le syndic a ouvert une enquête pour tenter d'identifier les membres qui avaient commis une infraction. M. Binet ne possédait aucun renseignement sur un pharmacien en particulier qui serait identifiable. Ce dont il disposait, c'étaient des renseignements généraux obtenus dans le cadre d'une poursuite, toujours en cours, intentée contre des sociétés pharmaceutiques fabriquant des médicaments génériques selon lesquels des pharmaciens, non désignés nommément, recevaient des ristournes. Le syndic ne possédait pas les renseignements nécessaires pour exercer le pouvoir d'enquête que lui confère l'art. 122. [72-73] [76] [78] [80-81]

Une injonction ne peut être prononcée dans ces circonstances sans le consentement du procureur général. Le mécanisme d'exécution prévu par le *Code des*

the *Professional Code* is found in the interplay of ss. 114, 122, 188 and 191. Although art. 751 of the *Code of Civil Procedure* provides the Superior Court with broad powers to order injunctions, these powers yield to the particular procedures in the *Professional Code*, which exhaustively defines the remedies available when it is violated. Even assuming that the request for an injunction was not premature, it is clear from s. 191 that Binet was not permitted to ask the court for an injunction as the Attorney General neither authorized nor requested it. [82] [84-85]

**Cases Cited**

By LeBel J.

**Distinguished:** *Beaulne v. Kavanagh-Lemire*, [1989] R.J.Q. 2343; *James Richardson & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1984] 1 S.C.R. 614; *City of Montreal v. Morgan* (1920), 60 S.C.R. 393; **approved:** *Coutu v. Ordre des pharmaciens du Québec*, [1984] R.D.J. 298; *Ordre des optométristes du Québec v. Vision Directe Inc.*, [1985] C.S. 116; **referred to:** *Finney v. Barreau du Québec*, [2004] 2 S.C.R. 17, 2004 SCC 36; *Khalil v. Corporation professionnelle des opticiens d'ordonnances*, [1991] D.D.C.P. 316; *Delisle v. Corporation professionnelle des arpenteurs-géomètres*, [1991] D.D.C.P. 190; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *Charlebois v. Saint John (City)*, [2005] 3 S.C.R. 563, 2005 SCC 74; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *Glykis v. Hydro-Québec*, [2004] 3 S.C.R. 285, 2004 SCC 60; *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, [2005] 3 S.C.R. 425, 2005 SCC 70; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62; *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec v. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 1164; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45; *Parizeau v. Barreau du Québec*, [1997] R.J.Q. 1701; *Atkinson v. Newcastle Waterworks Co.*, [1874-80] All E.R. Rep. 757; *Couch v. Steel* (1854), 3 El. & Bl. 402, 118 E.R. 1193; *Pasmore v. Oswaldtwistle Urban District Council*, [1898] A.C. 387; *Deveault v. Centre Vu Lebel & Des Roches Inc.*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-05-003478-854, May 24, 1985; *Ordre des optométristes du Québec v. United States Shoe Corp.*, SOQUIJ AZ-89021102; *Barreau du Québec v. Descôteaux*, SOQUIJ AZ-95021889; *Ordre des pharmaciens du*

*professions* se dégage de l'interaction entre les art. 114, 122, 188 et 191. Bien que l'art. 751 du *Code de procédure civile* confère à la Cour supérieure de vastes pouvoirs en matière d'injonction, ces pouvoirs cèdent le pas aux procédures particulières prévues par le *Code des professions*, qui définit de façon exhaustive les recours disponibles en cas de violation. Même en supposant que la demande d'injonction n'était pas prématurée, il ressort clairement de l'art. 191 que M. Binet ne pouvait présenter cette demande à la cour puisque le procureur général ne l'a ni autorisée ni requise. [82] [84-85]

**Jurisprudence**

Citée par le juge LeBel

**Distinction d'avec les arrêts :** *Beaulne c. Kavanagh-Lemire*, [1989] R.J.Q. 2343; *James Richardson & Sons Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1984] 1 R.C.S. 614; *City of Montreal c. Morgan* (1920), 60 R.C.S. 393; **arrêts approuvés :** *Coutu c. Ordre des pharmaciens du Québec*, [1984] R.D.J. 298; *Ordre des optométristes du Québec c. Vision Directe Inc.*, [1985] C.S. 116; **arrêts mentionnés :** *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, 2004 CSC 36; *Khalil c. Corporation professionnelle des opticiens d'ordonnances*, [1991] D.D.C.P. 316; *Delisle c. Corporation professionnelle des arpenteurs-géomètres*, [1991] D.D.C.P. 190; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, 2005 CSC 74; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *Glykis c. Hydro-Québec*, [2004] 3 R.C.S. 285, 2004 CSC 60; *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, [2005] 3 R.C.S. 425, 2005 CSC 70; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62; *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 1164; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45; *Parizeau c. Barreau du Québec*, [1997] R.J.Q. 1701; *Atkinson c. Newcastle Waterworks Co.*, [1874-80] All E.R. Rep. 757; *Couch c. Steel* (1854), 3 El. & Bl. 402, 118 E.R. 1193; *Pasmore c. Oswaldtwistle Urban District Council*, [1898] A.C. 387; *Deveault c. Centre Vu Lebel & Des Roches Inc.*, C.S. Montréal, nº 500-05-003478-854, 24 mai 1985; *Ordre des optométristes du Québec c. United States Shoe Corp.*, SOQUIJ AZ-89021102; *Barreau du Québec c. Descôteaux*,

*Québec v. Meditrust Pharmacy Services Inc.*, [1994] R.J.Q. 2833.

By Abella J. (dissenting)

*James Richardson & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1984] 1 S.C.R. 614; *Beaulne v. Kavanagh-Lemire*, [1989] R.J.Q. 2343.

**Statutes and Regulations Cited**

*Act respecting prescription drug insurance*, R.S.Q., c. A-29.01, s. 60.
*Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1.
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 8.
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 751.
*Code of ethics of pharmacists*, R.R.Q. 1981, c. P-10, r. 5, s. 3.05.06.
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.
*Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, s. 41.
*Optometry Act*, R.S.Q., c. O-7.
*Pharmacy Act*, R.S.Q., c. P-10, s. 3.
*Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, ss. 2, 23, 26, 27, 112 to 114, 116, 122, 123, 144, 146, 147, 156, 188, 188.1 to 189, 191.
*Regulation respecting the conditions on which manufacturers and wholesalers of medications shall be recognized*, (1992) 124 G.O. II, 3264, Sch. 1, ss. 1(4), 2(5).

**Authors Cited**

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Montréal: Thémis, 2000.
Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
*Petit Larousse illustré*. Paris: Larousse, 2004, "*on*".
Poirier, Sylvie. *La discipline professionnelle au Québec: principes législatifs, jurisprudentiels, et aspects pratiques*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 4e sess., 29e lég., 6 juillet 1973, p. 2270.
Quebec. Commission of Inquiry on Health and Social Welfare. *Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. VII, t. 1, *The Professions and Society*. Quebec: Government of Quebec, 1970.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Brossard, Nuss and Morissette JJ.A.), [2005] R.J.Q. 1352, [2005] Q.J. No. 4696 (QL), SOQUIJ AZ-95021889; *Ordre des pharmaciens du Québec c. Meditrust Pharmacy Services Inc.*, [1994] R.J.Q. 2833.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*James Richardson & Sons Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1984] 1 R.C.S. 614; *Beaulne c. Kavanagh-Lemire*, [1989] R.J.Q. 2343.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8.
*Code de déontologie des pharmaciens*, R.R.Q. 1981, ch. P-10, r. 5, art. 3.05.06.
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 751.
*Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, art. 2, 23, 26, 27, 112 à 114, 116, 122, 123, 144, 146, 147, 156, 188, 188.1 à 189, 191.
*Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, art. 41.
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.
*Loi sur l'assurance médicaments*, L.R.Q., ch. A-29.01, art. 60.
*Loi sur l'optométrie*, L.R.Q., ch. O-7.
*Loi sur la pharmacie*, L.R.Q., ch. P-10, art. 3.
*Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1.
*Règlement sur les conditions de reconnaissance d'un fabricant de médicaments et d'un grossiste en médicaments*, (1992) 124 G.O. II, 4494, ann. 1, art. 1(4), 2(5).

**Doctrine citée**

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
*Petit Larousse illustré*. Paris : Larousse, 2004, « on ».
Poirier, Sylvie. *La discipline professionnelle au Québec : principes législatifs, jurisprudentiels, et aspects pratiques*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 4e sess., 29e lég., 6 juillet 1973, p. 2270.
Québec. Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social. *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. VII, t. 1, *Les professions et la société*. Québec : Gouvernement du Québec, 1970.
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 du Québec (les juges Brossard, Nuss et Morissette), [2005] R.J.Q. 1352, [2005] J.Q. nº 4696 (QL), 2005

2005 QCCA 427, reversing a decision of Déziel J., [2005] R.J.Q. 90, [2004] Q.J. No. 11246 (QL). Appeal allowed, Fish and Abella JJ. dissenting.

*Philippe Frère*, *Odette Jobin-Laberge* and *Josiane L'Heureux*, for the appellant Jocelyn Binet.

*Benoît Belleau* and *Pierre Arguin*, for the appellant the Attorney General of Quebec.

*Guy Du Pont*, *Marc-André Boutin*, *Mathieu Bouchard* and *Jean-Philippe Groleau*, for the respondents Pharmascience Inc. and Morris S. Goodman.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

This appeal concerns the validity of an order of injunction issued by the Quebec Superior Court. The order directed the respondent Pharmascience Inc. ("Pharmascience"), a generic drug manufacturer, to provide the appellant Binet, syndic of the Ordre des pharmaciens du Québec ("Order"), with information regarding allegations of unlawful rebates and benefits provided to pharmacy owners. In my respectful view, the appeal must be allowed. The Superior Court was correct to grant the injunction, and the appellant is entitled to the information requested pursuant to s. 122 of the *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26 ("*Prof. C.*" or "Code").

## II. Origin of the Case

The case at bar arose in 2003, when a scandal involving a large number of Quebec pharmacy owners received extensive coverage in the Quebec media. It was alleged that the owners had unlawfully received rebates, discounts and other financial benefits from generic drug manufacturers in exchange for orders for drugs. The case concerns an inquiry process that could lead to disciplinary

QCCA 427, qui a infirmé la décision du juge Déziel, [2005] R.J.Q. 90, [2004] J.Q. nº 11246 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Fish et Abella sont dissidents.

*Philippe Frère*, *Odette Jobin-Laberge* et *Josiane L'Heureux*, pour l'appelant Jocelyn Binet.

*Benoît Belleau* et *Pierre Arguin*, pour l'appelant le procureur général du Québec.

*Guy Du Pont*, *Marc-André Boutin*, *Mathieu Bouchard* et *Jean-Philippe Groleau*, pour les intimés Pharmascience Inc. et Morris S. Goodman.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur la validité d'une ordonnance d'injonction prononcée par la Cour supérieure du Québec. Cette ordonnance enjoignait à l'intimée Pharmascience Inc. (« Pharmascience »), un fabricant de médicaments génériques, de fournir à l'appelant Binet, syndic de l'Ordre des pharmaciens du Québec, des renseignements à propos d'allégations de paiements de rabais et d'avantages illégaux à des pharmaciens propriétaires. Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime que l'appel doit être accueilli. En effet, la Cour supérieure a eu raison d'accorder l'injonction et l'appelant a droit aux informations demandées en vertu de l'art. 122 du *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26 (« *C. prof.* » ou « Code »). 1

## II. L'origine du dossier

La présente affaire commence en 2003. Les médias québécois font alors grand état d'un scandale qui impliquerait un grand nombre de pharmaciens propriétaires au Québec. Ceux-ci auraient reçu illégalement des rabais, ristournes et autres avantages financiers de la part de fabricants de médicaments génériques en contrepartie de leurs commandes de médicaments. Le litige est lié à un 2

complaints against pharmacists for having accepted such discounts. In parallel, the Régie de l'assurance maladie du Québec ("RAMQ") has instituted civil proceedings against certain manufacturers.

processus d'enquête susceptible de conduire à des plaintes disciplinaires contre des pharmaciens pour avoir accepté de telles ristournes. En parallèle, des poursuites civiles ont été déposées par la Régie de l'assurance maladie du Québec (« RAMQ ») contre certains fabricants.

3 In order to better understand the stratagem that was used, according to the RAMQ, it is important to briefly review the drug insurance plan in effect in Quebec. Under the plan, registered individuals pay only part of the cost of certain prescription medications. The remainder of the sale price is covered by the RAMQ, which pays the pharmacists directly. The medications the cost of which is covered in part by the RAMQ are found on a list drawn up by the Minister (s. 60 of the *Act respecting prescription drug insurance*, R.S.Q., c. A-29.01). Each medication on the list must be provided at a "guaranteed" selling price established by the manufacturer in accordance with certain conditions.

Afin de mieux saisir le stratagème qui avait été mis en place, si l'on en croit la RAMQ, il importe de s'attarder quelques instants au régime d'assurance médicaments en vigueur dans la province de Québec. Suivant ce régime, les personnes inscrites défraient seulement une partie du coût de certains médicaments qu'elles se procurent sur ordonnance. Le reliquat du prix de vente est assumé par la RAMQ qui paie directement les pharmaciens. Les médicaments dont le coût est remboursé en partie par la RAMQ sont ceux que comprend une liste dressée par le ministre (art. 60 de la *Loi sur l'assurance médicaments*, L.R.Q., ch. A-29.01). Chaque médicament inscrit sur cette liste doit être offert à un prix de vente « garanti », établi par le fabricant suivant certaines conditions.

4 According to the allegations made in the proceedings instituted by the RAMQ, the manufacturers recovered the cost of kickbacks given to pharmacy owners by inflating the guaranteed selling price of their generic drugs. The same medication could thus cost 40 percent more on average in Quebec than elsewhere in Canada. However, according to the undertaking manufacturers are required to give the RAMQ, the guaranteed selling price "must not be higher than any selling price granted by the manufacturer for the same drug under other provincial drug insurance programs" (*Regulation respecting the conditions on which manufacturers and wholesalers of medications shall be recognized*, (1992) 124 G.O. II, 3264, Sch. I, s. 1(4)). In its undertaking, the manufacturer also agrees to comply with the requirement that "no property given without consideration and no reduction given in the form of a rebate, discount or premium may be granted to a buyer" (Sch. I, s. 2(5)). The kickbacks allegedly represented between 28 and 50 percent of the cost of certain generic drugs purchased by the pharmacy owners. In other words, for every $100 purchase of generic drugs,

Selon les allégations formulées dans les poursuites intentées par la RAMQ, les fabricants auraient récupéré les coûts engagés dans le versement de ristournes aux pharmaciens propriétaires en augmentant le prix de vente garanti de leurs médicaments génériques. Un même médicament pouvait donc se vendre en moyenne 40 pour 100 plus cher au Québec qu'ailleurs au Canada. Par ailleurs, l'engagement obligatoirement souscrit avec la RAMQ prévoyait que le prix de vente garanti « ne doit pas être supérieur à tout prix de vente consenti par le fabricant pour le même médicament en vertu des autres programmes provinciaux d'assurance de médicaments » (*Règlement sur les conditions de reconnaissance d'un fabricant de médicaments et d'un grossiste en médicaments*, (1992) 124 G.O. II, 4494, ann. 1, par. 1(4°)). Toujours suivant l'engagement, un fabricant « ne peut accorder à un acheteur aucun bien à titre gratuit ou réduction sous forme de rabais, de ristourne ou de prime » (ann. 1, par. 2(5°)). Les ristournes auraient représenté entre 28 et 50 pour 100 du coût de certains médicaments génériques achetés par les pharmaciens propriétaires. Dit autrement, pour chaque tranche de 100 $ de

a pharmacy owner could receive between $28 and $50 in discounts and benefits in various forms.

The RAMQ therefore brought actions in damages against certain manufacturers to recover the kickbacks that had allegedly been given to the pharmacists. It alleged that it had paid for these kickbacks indirectly by reimbursing pharmacy owners for generic drugs sold at inflated prices.

The *Code of ethics of pharmacists*, R.R.Q. 1981, c. P-10, r. 5 ("*Code of ethics*"), prohibits accepting "any benefit, allowance or commission" (s. 3.05.06). Upon reviewing the RAMQ's legal proceedings against certain manufacturers, the syndic of the Ordre des pharmaciens, Jocelyn Binet, noted that the Quebec pharmacy owners in question, who represented approximately one quarter of the Order's six thousand (6,000) registered pharmacists, may have received approximately $200,000,000 in rebates or other benefits between 2000 and 2003. The allegations in the RAMQ's lawsuit referred not only to payments for training given to pharmacists' employees and the delivery of pharmacy equipment, such as weekly pill organizers, but also to the provision of prepaid purchase cards, offers of free travel, payment of the cost of construction materials and renovation work, the leasing and purchase of vehicles, and the purchase and installation of swimming pools. The manufacturers were even alleged to have paid for houses either in part or in whole, and to have provided cash, gasoline vouchers, and interest-free loans. According to the allegations in the RAMQ's proceedings, Pharmascience's share of these illegal payments was in excess of $39,000,000.

On June 11, 2003, to aid in his investigation, Syndic Binet asked Pharmascience to provide him with any documents indicating that rebates, discounts or other benefits had been granted to pharmacists. His request was based on his powers under s. 122 *Prof. C.*:

médicaments génériques achetés, un pharmacien propriétaire pouvait toucher entre 28 $ et 50 $ en ristournes et avantages dont la nature pouvait varier.

5 La RAMQ intenta donc des recours en dommages-intérêts contre certains fabricants afin de récupérer les montants qui auraient été versés aux pharmaciens sous forme de ristournes. Selon ses allégations, elle aurait payé ces ristournes indirectement en remboursant aux pharmaciens propriétaires des médicaments génériques à des prix gonflés.

6 De son côté, le *Code de déontologie des pharmaciens*, R.R.Q. 1981, ch. P-10, r. 5 (« *Code de déontologie* »), interdit l'acceptation de « tout avantage, ristourne ou commission » (art. 3.05.06). En conséquence, examinant les procédures judiciaires déposées par la RAMQ contre certains fabricants, le syndic de l'Ordre des pharmaciens, Jocelyn Binet, a constaté que les pharmaciens propriétaires québécois, qui représentent environ le quart des six mille (6 000) pharmaciens inscrits à l'Ordre, auraient possiblement reçu entre 2000 et 2003 environ 200 000 000 $ sous forme de rabais ou d'avantages divers. Les allégations de la poursuite de la RAMQ mentionnent non seulement des paiements pour de la formation donnée aux employés d'un pharmacien ou la livraison d'appareils utilisés en pharmacie tels des piluliers hebdomadaires, mais aussi la fourniture de cartes d'achats prépayées, l'offre de voyages, l'acquittement du prix de matériaux de construction et de travaux de rénovation, de location ou d'achat de voitures, d'achat et d'installation de piscines. On aurait même payé des maisons en partie ou en totalité, versé de l'argent comptant, fourni des bons d'essence ou octroyé des prêts sans intérêt. Toujours suivant les allégations formulées dans les procédures intentées par la RAMQ, la part de Pharmascience dans ces versements illégaux dépasserait 39 000 000 $.

7 Pour faire progresser son enquête, le 11 juin 2003, le syndic Binet demanda à Pharmascience de lui fournir tout document indiquant que des rabais, ristournes ou autres avantages ont été accordés à des pharmaciens. Il se fondait alors sur les pouvoirs que lui confère l'art. 122 *C. prof.* :

**122.** The syndic and assistant syndics may, following an [*sic*] information to the effect that a professional is guilty of an offence contemplated in section 116 [offences against the *Professional Code*, the regulations made under it or the Act constituting the Order], inquire into the matter and require that they be provided with any information or document relating to such inquiry. . . .

8 Despite repeated requests from the syndic, Pharmascience refused to forward the documents. A few weeks later, the syndic contacted the respondent Goodman, a director of Pharmascience and a pharmacist entered on the roll of the Order, to obtain the information. Mr. Goodman, too, refused to disclose any documents whatsoever. A complaint against him was lodged with the Order's committee on discipline. In October 2003, Pharmascience and Mr. Goodman took the initiative of bringing a motion for a declaratory judgment to have the disclosure requests declared null and illegal. In a cross demand, the syndic sought a permanent injunction compelling Pharmascience to deliver the documents to him.

III. Judicial History

A. *Superior Court*, [2005] R.J.Q. 90

9 Déziel J. found that pharmacist Goodman was subject to the syndic's power of inquiry, even though he had not been a practising pharmacist for several years. On the issue of whether Mr. Goodman had violated his *Code of ethics*, the judge deferred to the committee on discipline, which would have to rule on the complaint lodged against him.

10 In Déziel J.'s view, the use of the pronoun "*on*" in the French version of s. 122 suggests that the legislature did not intend that only professionals should be obliged to provide the syndic with information. The objective of monitoring professions adequately is another factor in favour of a large and liberal interpretation. For Déziel J., the syndic's request was valid and in compliance with the power granted by the legislature under s. 122. The syndic had sufficiently specific information to make the request. Since he saw no ambiguity in s. 122

**122.** Le syndic et les syndics adjoints peuvent, à la suite d'une information à l'effet qu'un professionnel a commis une infraction visée à l'article 116 [infractions au *Code des professions*, à ses règlements ou à la loi constitutive de l'Ordre], faire une enquête à ce sujet et exiger qu'on leur fournisse tout renseignement et tout document relatif à cette enquête. . .

Malgré les demandes répétées du syndic, Pharmascience refusa de transmettre les documents. Quelques semaines plus tard, le syndic s'adressa à l'intimé Goodman, administrateur de Pharmascience et pharmacien inscrit au tableau de l'Ordre, afin d'obtenir lesdits renseignements. M. Goodman refusa lui aussi de communiquer quelque document que ce soit. Une plainte fut déposée contre lui devant le comité de discipline de l'Ordre. En octobre 2003, Pharmascience et M. Goodman prirent l'initiative d'instituer une requête en jugement déclaratoire visant à faire déclarer les demandes de communication nulles et illégales. Se portant demandeur reconventionnel, le syndic demanda une injonction permanente contraignant Pharmascience à lui livrer les documents.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure*, [2005] R.J.Q. 90

Le juge Déziel conclut que le pharmacien Goodman était assujetti au pouvoir d'enquête du syndic, même s'il n'exerçait plus la profession de pharmacien depuis plusieurs années. Quant à la question de savoir si M. Goodman avait contrevenu à son *Code de déontologie*, le juge s'en remit à la compétence du comité de discipline qui devra trancher la plainte portée contre lui.

Le juge Déziel estima que l'utilisation du pronom « on » à l'art. 122 suggère que le législateur n'entendait pas soumettre seulement les professionnels à l'obligation de fournir des renseignements au syndic. L'objectif de la surveillance adéquate de l'exercice des professions milite également pour une interprétation large et libérale. Pour le juge Déziel, la demande formulée par le syndic était valide et conforme au pouvoir conféré par le législateur à l'art. 122. Le syndic disposait d'informations suffisamment précises pour lui permettre de demander les renseignements.

*Prof. C.*, Déziel J. did not think it necessary to refer to the values protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to assess the validity of the syndic's information request. In any event, he considered that, because of the highly regulated nature of the sale of drugs, Pharmascience's expectation of privacy with regard to the documents requested by the syndic was significantly lower. Given the importance of the syndic's role in protecting the public, the alleged acts, which — if the allegations were true — were very costly to Quebec's public purse, the potential delay inherent in the disciplinary proceedings against Mr. Goodman, and the evidence demonstrating the existence of the requested documents and information, the judge concluded that the application for a permanent injunction met the criteria of art. 751 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*").

Puisqu'il ne voyait pas d'ambiguïté dans l'art. 122 *C. prof.*, le juge Déziel ne crut pas opportun de s'en remettre aux valeurs consacrées par la *Charte canadienne des droits et libertés* pour apprécier la validité de la demande d'information du syndic. Quoi qu'il en soit, il estima qu'en raison du caractère très réglementé de la vente de médicaments, l'expectative de vie privée de Pharmascience à l'égard des documents faisant l'objet de la demande du syndic était considérablement réduite. Vu l'importance du rôle du syndic pour la protection du public, les faits allégués qui, s'ils s'avéraient, coûtaient cher au trésor public québécois, le délai potentiel inhérent au déroulement de l'instance disciplinaire contre M. Goodman et la preuve démontrant l'existence des documents et renseignements recherchés, le juge conclut que la demande d'injonction permanente répondait aux critères de l'art. 751 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »).

B. *Quebec Court of Appeal (Brossard, Nuss and Morissette JJ.A.)*, [2005] R.J.Q. 1352, 2005 QCCA 427

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Nuss et Morissette)*, [2005] R.J.Q. 1352, 2005 QCCA 427

The Quebec Court of Appeal allowed the appeal and ordered the syndic to return the documents he had received. It granted the application for a declaratory judgment and ruled that s. 122 *Prof. C.* could not be set up against Pharmascience or against Mr. Goodman in his capacity as an officer of that corporation. Accordingly, the court quashed the injunction order against Pharmascience.

11 La Cour d'appel du Québec accueillit le pourvoi et ordonna au syndic de rendre les documents qui lui avaient été transmis. Elle fit droit à la demande de jugement déclaratoire et statua que l'art. 122 *C. prof.* était inopposable à Pharmascience et à M. Goodman en sa qualité de dirigeant de cette dernière. En conséquence, elle annula l'ordonnance d'injonction prononcée contre Pharmascience.

Brossard J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, stated that the use of the word "*on*" in the French version of s. 122 makes the provision ambiguous and that the provision must therefore be interpreted in accordance with s. 8 of the *Charter*. The court considered the syndic's power to be specific and limited: his investigation had to target *a* professional and had to be based on *information* that an offence had been committed. In the court's view, this interpretation was supported by Baudouin J.A.'s conclusion in *Beaulne v. Kavanagh-Lemire*, [1989] R.J.Q. 2343 (C.A.), that s. 122 *Prof. C.* did not authorize sending a questionnaire to a group of professionals for the purpose of discovering which of them had committed a specific act. According

12 Auteur des motifs d'une Cour d'appel unanime, le juge Brossard estima que l'utilisation du mot « on » à l'art. 122 rendait le texte législatif ambigu et que ce dernier devait donc être interprété en conformité avec l'art. 8 de la *Charte*. Pour la cour, le pouvoir conféré au syndic est spécifique et limité : son enquête doit viser *un* professionnel et se fonder sur *une* information selon laquelle une infraction a été commise. La cour fut d'avis que l'analyse du juge Baudouin dans l'arrêt *Beaulne c. Kavanagh-Lemire*, [1989] R.J.Q. 2343 (C.A.), où il a conclu que l'art. 122 *C. prof.* ne permet pas l'envoi d'un questionnaire à un ensemble de professionnels dans le but de repérer ceux ayant posé un certain acte, appuyait cette interprétation. Selon la cour,

to the court, the rationale for applying the reasoning in *Beaulne* is even stronger when third parties are involved. Section 122 must be read in conjunction with s. 2 *Prof. C.*, which limits the scope of the syndic's powers to "professional orders and to their members".

13 Although he confirmed that the Superior Court had jurisdiction to issue the injunction, Brossard J.A. nevertheless found that the grounds on which the order was granted had not been established. For instance, according to the Court of Appeal, the fact that the syndic had not obtained the requested information had in no way affected the RAMQ's lawsuit and had accordingly had no impact on the public purse. Nor, since the injunction did not apply to Mr. Goodman, was there any relevance in the fact that the disciplinary proceedings brought against him might be lengthy. The syndic thus had not shown that he would suffer real and permanent harm if the injunction were refused. According to the court, he could have waited for the information to be provided in the course of the legal proceedings or the disciplinary process already in progress.

### C. *Appeal to This Court*

14 This Court granted leave to appeal in the case at bar for the purpose of determining whether s. 122 *Prof. C.* imposes on third parties an obligation to disclose information required by a syndic for an inquiry and, if so, whether the syndic can obtain an injunction under the general law to compel the disclosure of documents. The issue of the respondent Goodman's ethical responsibility in his capacity as a pharmacist is not before this Court and will ultimately, as the courts below have mentioned, be decided by the committee on discipline that hears the complaint against him. Nor is the constitutionality of s. 122 *Prof. C.* in issue.

## IV. Analysis

### A. *Issues*

15 The main issue raised by this appeal is thus whether s. 122 *Prof. C.* authorizes a syndic to

le raisonnement de l'arrêt *Beaulne* s'applique avec davantage de force à l'égard des tiers. L'article 122 doit être lu en parallèle à l'art. 2 *C. prof.* qui a pour effet de limiter l'étendue du pouvoir du syndic aux « ordres professionnels et à leurs membres ».

Bien qu'il ait confirmé la compétence de la Cour supérieure de prononcer l'ordonnance d'injonction, le juge Brossard jugea toutefois que les motifs pour lesquels elle avait été accordée n'avaient pas été établis. Entre autres, selon la Cour d'appel, le fait que le syndic n'obtienne pas les renseignements demandés n'affectait en aucune façon la poursuite intentée par la RAMQ et n'entraînait donc aucune conséquence pour le trésor public. Puisque l'injonction ne visait pas M. Goodman, il n'y avait pas non plus lieu de s'arrêter au fait que la procédure disciplinaire entreprise contre ce dernier risquait de s'étirer. Ainsi, le syndic n'aurait pas démontré qu'il subirait un préjudice réel et permanent, en cas de refus de l'injonction. D'après la cour, le syndic aurait pu attendre que les renseignements soient fournis dans le cadre des procédures judiciaires ou du processus disciplinaire déjà en cours.

### C. *Appel devant notre Cour*

Notre Cour a autorisé le présent pourvoi afin de déterminer si l'art. 122 *C. prof.* assujettissait les tiers à l'obligation de communiquer les renseignements requis par un syndic dans le cadre de son enquête et, le cas échéant, si ce dernier pouvait obtenir une ordonnance d'injonction de droit commun visant à forcer la transmission des documents. La responsabilité déontologique de l'intimé Goodman à titre de pharmacien n'est pas portée devant notre Cour et, comme l'ont souligné les instances précédentes, relèvera ultimement du comité de discipline chargé d'entendre la plainte disciplinaire. La constitutionnalité de l'art. 122 *C. prof.* n'est pas non plus contestée.

## IV. Analyse

### A. *Les questions en litige*

La principale question soulevée par le présent pourvoi consiste donc à déterminer si

request information from third parties and, if so, whether the circumstances of the case at bar meet the conditions for making such a request. It will then have to be determined whether, should a third party refuse, a syndic may seek an injunction pursuant to the Quebec *Code of Civil Procedure* to compel the third party to provide the requested information.

B. *Positions of the Parties*

1. Syndic and Attorney General

The appellants argue that the grammatical and ordinary sense of the French version of s. 122 *Prof. C.*, which states that "*[l]e syndic et les syndics adjoints peuvent . . . exiger qu'on leur fournisse tout renseignement et tout document*" (the English version reads "[t]he syndic and assistant syndics may . . . require that they be provided with any information or document"), clearly demonstrates the legislature's intention to have this provision apply to everyone, not just a defined group of individuals. Section 122 must also be interpreted in the context of the mechanisms established in the *Professional Code* to protect the public by monitoring the practice of the profession. In the appellants' view, *Beaulne* does not support a narrow interpretation of s. 122 *Prof. C.* In that case, the syndic of the Ordre des optométristes had no prior information that an offence had been committed. In the case at bar, on the other hand, Syndic Binet had extensive reliable information suggesting that pharmacists who owned pharmacies and were customers of Pharmascience had violated their *Code of ethics*. The appellants add that the Court of Appeal erred in invoking the values protected by s. 8 of the *Charter*. They see no ambiguity in the text that would justify resorting to the *Charter* and its values. The ordinary principles of interpretation are quite sufficient to decide the case. The appellants thus argue that the Superior Court was justified in granting the injunction requested by the syndic and add that the Court of Appeal should have deferred to the trial judge's findings of fact.

l'art. 122 *C. prof.* permet à un syndic de demander des renseignements à des tiers et, le cas échéant, si les circonstances du présent dossier remplissent les conditions qui donnent ouverture à une telle demande. Il s'agira ensuite de décider si le refus d'un tiers permet au syndic de réclamer une injonction en vertu du *Code de procédure civile* du Québec pour le contraindre à fournir les informations demandées.

B. *Les positions des parties*

1. Le syndic et le procureur général

16 Les appelants plaident que le sens ordinaire et grammatical de l'art. 122 *C. prof.*, qui énonce que « [l]e syndic et les syndics adjoints peuvent [. . .] exiger qu'on leur fournisse tout renseignement et tout document », traduit manifestement l'intention du législateur que toute personne soit visée et non pas seulement un groupe défini d'individus. L'article 122 doit également être interprété dans le contexte des mécanismes mis en place par le *Code des professions* afin d'assurer la protection du public par la surveillance de l'exercice de la profession. Pour les appelants, l'arrêt *Beaulne* ne justifie pas une interprétation restrictive de l'art. 122 *C. prof.* En effet, dans cette affaire, le syndic de l'Ordre des optométristes ne disposait d'aucune information préalable selon laquelle une infraction avait été commise. Au contraire, en l'espèce, le syndic Binet bénéficiait de plusieurs informations fiables voulant que des pharmaciens propriétaires, clients de Pharmascience, aient contrevenu à leur *Code de déontologie*. De plus, les appelants soutiennent que la Cour d'appel a eu tort d'invoquer les valeurs consacrées par l'art. 8 de la *Charte*. Selon leurs prétentions, aucune ambiguïté du texte ne justifierait le recours à la *Charte* et aux valeurs qui y sont inscrites. Les principes d'interprétation ordinaires suffiraient amplement pour régler le sort du litige. Les appelants prétendent ainsi que la Cour supérieure était justifiée d'accorder l'injonction demandée par le syndic et ajoutent que la Cour d'appel aurait dû respecter les conclusions factuelles du premier juge.

2. Pharmascience

17 Pharmascience replies that s. 122 *Prof. C.* grants syndics a circumscribed and well-defined investigative role and that syndics must have personalized information before they may take action. In the case at bar, the syndic was not in a position to identify the pharmacists about whom he wanted to obtain information. He could not use s. 122 to identify members who may have violated the *Code of ethics*. That approach would amount to a fishing expedition, which is prohibited by s. 122 and the case law of this Court: *James Richardson & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1984] 1 S.C.R. 614.

18 Pharmascience argues that the interpretation proposed by the appellants is overly literal in that it focuses unduly on the meaning of the French word "*on*". A contextual interpretation of the *Professional Code* leads to the conclusion that s. 122 applies only to members of professional orders. Moreover, s. 2 *Prof. C.* makes it clear that only professional orders and their members are subject to the Code. The scheme of the legislation also confirms the specific and limited nature of the power of inquiry of syndics. For example, should a professional refuse to respond to a syndic's order, a complaint may be lodged with the committee on discipline for hindering the syndic's inquiry. However, the *Professional Code* does not provide for any similar penalty for third parties who refuse to comply.

19 Even if it were assumed that third parties are obliged to disclose information under s. 122, Pharmascience submits that the only sanction contemplated by the *Professional Code* is the institution of penal proceedings for contravening the Code (s. 188). In this context, the Attorney General must act as prosecutor or, at the very least, authorize a prosecution (s. 191). Pharmascience contends that, when the legislature passes legislation to establish a framework for a public authority's powers, the public authority cannot ignore that legislative framework and rely instead on the general law.

2. Pharmascience

Pharmascience répond que l'art. 122 *C. prof.* confère au syndic un rôle d'enquête circonscrit et balisé et que ce dernier doit disposer d'informations personnalisées avant de pouvoir agir. En l'espèce, le syndic n'est pas en mesure de préciser l'identité des pharmaciens au sujet desquels il désire obtenir des renseignements. Le syndic ne saurait utiliser l'art. 122 afin d'identifier les membres qui auraient commis une infraction déontologique. Une telle procédure équivaudrait à une expédition de pêche, ce que prohibent l'art. 122 et la jurisprudence de notre Cour : *James Richardson & Sons Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1984] 1 R.C.S. 614.

Pharmascience plaide que, trop littérale, la position des appelants insiste indûment sur le sens du mot « on ». Par contre, une interprétation contextuelle du *Code des professions* permettrait de conclure que l'art. 122 ne s'applique qu'aux membres des ordres professionnels. D'ailleurs, l'art. 2 *C. prof.* établirait clairement que seuls les ordres et leurs membres sont assujettis au Code. L'économie de la loi confirmerait également la nature spécifique et limitée du pouvoir d'enquête du syndic. Par exemple, le refus d'un professionnel de répondre à l'ordre du syndic permet le dépôt d'une plainte pour entrave à son enquête devant le comité de discipline. Le *Code des professions* ne prévoit toutefois aucune sanction similaire pour le refus d'obtempérer d'un tiers.

Même en supposant que le tiers soit assujetti à l'obligation de communiquer des renseignements prévue à l'art. 122, Pharmascience prétend que la seule sanction envisagée par le *Code des professions* demeure le dépôt d'une poursuite pénale pour une infraction à la loi (art. 188). Or, dans ce contexte, le procureur général doit agir comme poursuivant ou, à tout le moins, son autorisation est nécessaire (art. 191). Pharmascience soutient que lorsque le législateur légifère afin d'encadrer les pouvoirs d'une autorité publique, cette dernière ne peut faire abstraction de cet encadrement législatif, pour s'en remettre au droit commun.

C. *Legislative Framework*

1. *Professional Code* as a General Framework for the Organization and Activities of Professional Orders in Quebec

In 1973, the Quebec legislature carried out a sweeping reform of the law of professions as it stood at that time in the province. The *Professional Code* was the cornerstone of the reform. It established a set of common rules applicable to professional orders that had up to then been governed only by their constituting legislation. The reform resulted from the work of a commission of inquiry, which found it astonishing

that laws relating to professional bodies do not constitute a system but a disparate nomenclature of legislative documents which do not correspond to one another, relate to one another nor complement one another.

(*Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. VII, t. 1, *The Professions and Society* (1970), at para. 70)

As is clear from s. 2, the Code thus became the law of general application with regard to professions in Quebec. This general scheme is complemented or varied by special legislation governing each individual profession:

**2.** Subject to the inconsistent provisions of a special Act, of the letters patent issued under section 27 or of an integration or amalgamation order made under section 27.2, this Code applies to all professional orders and to their members.

The Code creates two main classes of professions. On the one hand, it recognizes exclusive professions, in which the members of the relevant professional orders have the exclusive privilege to carry out certain acts: for example, only physicians may perform surgery. On the other hand, the Code also provides for professions with reserved titles, in which, although the use of certain titles, abbreviations or initials is restricted to members of the relevant orders, members are not given a monopoly over the practice of the profession (s. 27 *Prof. C.*). For example, people may offer translation

C. *Le cadre législatif*

1. Le *Code des professions* comme régime général encadrant l'organisation et l'activité des ordres professionnels au Québec

En 1973, le législateur québécois procède à une réforme majeure du droit professionnel alors en vigueur dans la province. Le *Code des professions* en constitue la pièce maîtresse. En effet, il établit un ensemble de règles uniformes applicables aux ordres professionnels qui, jusque-là, n'étaient régis que par leur loi constitutive. La réforme fait suite à une commission d'enquête qui s'étonnait 20

que les lois relatives aux organismes professionnels ne constituent pas un régime mais une nomenclature disparate de documents législatifs sans correspondance, sans relation et sans complémentarité.

(*Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. VII, t. 1, *Les professions et la société* (1970), par. 70)

Comme le précise son art. 2, le Code devient donc la loi d'application générale à l'égard de l'exercice d'une profession au Québec. Ce régime général est toutefois complété ou modifié par les lois particulières qui régissent l'exercice de chaque profession :

**2.** Sous réserve des dispositions inconciliables d'une loi particulière, des lettres patentes délivrées conformément à l'article 27 ou d'un décret d'intégration ou de fusion adopté conformément à l'article 27.2, le présent code s'applique à tous les ordres professionnels et à leurs membres.

Le Code crée deux grandes catégories de professions. D'une part, il reconnaît des professions d'exercice exclusif qui confèrent aux membres d'un ordre professionnel le privilège exclusif de poser certains actes : par exemple, seul le médecin pourra procéder à une intervention chirurgicale. D'autre part, le Code prévoit des professions à titre réservé, qui restreignent l'utilisation de certains titres, abréviations ou initiales aux seuls membres des ordres, sans leur accorder le monopole de l'exercice professionnel (art. 27 *C. prof.*). Par exemple, une personne peut offrir des services de traduction sans 21

services without being members of the Ordre des traducteurs, terminologues et interprètes agréés du Québec, but may not represent themselves to be professionals entered on the roll of that order or give third parties the impression that they are.

22 There are currently 45 professional orders in Quebec: 25 in exclusive professions and 20 in professions with reserved titles. Each exclusive profession is established by a statute (s. 26 *Prof. C.*): the *Pharmacy Act*, R.S.Q., c. P-10, is one such statute, and the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1, and the *Optometry Act*, R.S.Q., c. O-7, are two other examples. Each of these statutes sets out the nature of the practice of the profession but also refers to the interrelationship between the scheme it establishes and the *Professional Code*. The *Pharmacy Act* is no exception:

> **3.** Subject to this act, the Order and its members shall be governed by the Professional Code.

23 At the time of the 1973 reform, every exclusive professional order then in existence thus had its constituting legislation amended or, in certain cases, adapted to take into account the general law represented by the *Professional Code*. The implementation of the Code as a framework law governing the organization and practice of all professions in Quebec was the product of a long process of consultations and discussions with stakeholders. As Claude Castonguay, the minister responsible for this legislative reform, noted at that time, the new legislation [TRANSLATION] "will provide . . . the public with better protection by creating new [disciplinary] mechanisms" for professions (Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 4th Sess., 29th Leg., July 6, 1973, at p. 2270).

### 2. Organization of Discipline Under the *Professional Code*: Its Mechanisms and Stages, and the Distinction Between It and Professional Inspection

24 The *Professional Code* establishes a number of mechanisms to protect the public through the supervision of professional practice. As I recently noted

être membre de l'Ordre des traducteurs, terminologues et interprètes agréés du Québec. Elle ne doit toutefois pas se représenter comme un professionnel inscrit au tableau de l'Ordre ni donner aux tiers l'impression qu'elle l'est.

Il existe actuellement 45 ordres professionnels au Québec. Vingt-cinq professions sont d'exercice exclusif, 20 à titre réservé. Chaque profession d'exercice exclusif est créée par une loi (art. 26 *C. prof.*) : c'est le cas de la *Loi sur la pharmacie*, L.R.Q., ch. P-10, mais aussi, à titre d'exemple, de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1, ou de la *Loi sur l'optométrie*, L.R.Q., ch. O-7. Chacune de ces lois précise la nature de l'exercice de la profession, mais rappelle l'interrelation entre le régime qu'elle institue et le *Code des professions*. La *Loi sur la pharmacie* ne fait pas exception :

> **3.** Sous réserve des dispositions de la présente loi, l'Ordre et ses membres sont régis par le Code des professions.

Lors de la réforme de 1973, chaque ordre professionnel d'exercice exclusif alors en existence a donc aussi vu sa loi constitutive modifiée ou, dans certains cas, adaptée pour tenir compte de la loi générale que constitue le *Code des professions*. La mise en place de celui-ci comme loi cadre régissant l'organisation et l'exercice de toutes les professions au Québec représentait alors l'aboutissement d'un long processus de consultation et de discussion avec les milieux intéressés. Comme le soulignait à l'époque le ministre Claude Castonguay, responsable de cette réforme législative, la nouvelle loi « assurera [. . .] davantage la protection du public par la création des nouveaux mécanismes » de discipline professionnelle (Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 4e sess., 29e lég., 6 juillet 1973, p. 2270).

### 2. L'organisation de la discipline en vertu du *Code des professions* : ses mécanismes et ses étapes et sa distinction avec l'inspection professionnelle

Le *Code des professions* met en place divers mécanismes afin d'assurer la protection du public par la surveillance de l'exercice de la profession.

for this Court in *Finney v. Barreau du Québec*, [2004] 2 S.C.R. 17, 2004 SCC 36, to fully understand the nature of this system for supervising and monitoring professional practice, it is important to recall the distinction between professional inspection, which is preventive in nature, and the disciplinary system, which plays a curative and punitive role (para. 18).

Each order must establish a professional inspection committee, which must in particular inspect the records, books and registers kept by professionals, and the equipment they use in practising the profession in question (s. 112). The committee or one of its members may also inquire into the competence of a professional. The *Professional Code* includes a prohibition against hindering a committee's inquiry:

**114.** It is forbidden to hinder in any way a member of the committee, the person responsible for professional inspection appointed pursuant to section 90, an inspector, an investigator or an expert, in the performance of the duties conferred upon him by this Code, to mislead him by concealment or false declarations, [to] refuse to furnish him with any information or document relating to an inspection or inquiry carried out by him under this Code or to refuse to let him take copy of such a document.

On completing its inquiry, a committee may recommend to the Bureau of the order that it suspend a member's right to practise until he or she has completed a refresher course (s. 113). Where the committee has reasonable grounds to believe that a professional has committed an offence under s. 116 *Prof. C.*, that is, an offence against the Code, the order's constituting legislation or the regulations made under one of those statutes, it must inform the syndic (s. 112, para. 5).

The syndic plays a crucial role in the disciplinary system under the *Professional Code*. The syndic inquires into the conduct of a professional before a formal complaint is lodged with the committee on discipline. The syndic launches an inquiry on the basis of information that a professional is guilty of an offence contemplated in s. 116. This information may come from any of a variety of sources. As

Comme je le soulignais récemment au nom de cette Cour dans *Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, 2004 CSC 36, pour bien comprendre la nature de ce système de surveillance et de contrôle de l'exercice des professions, il importe de retenir la distinction entre l'inspection professionnelle, qui se veut préventive, et le système disciplinaire, qui remplit une fonction curative et répressive (par. 18).

25 Le comité d'inspection professionnelle, que chaque ordre doit établir, procède notamment à la vérification des dossiers, livres et registres tenus par les professionnels et à l'inspection des équipements utilisés dans le cadre de l'exercice d'une profession donnée (art. 112). Le comité ou un de ses membres peut aussi faire enquête sur la compétence d'un professionnel. Le *Code des professions* interdit alors d'entraver l'enquête du comité :

**114.** Il est interdit d'entraver de quelque façon que ce soit un membre du comité, la personne responsable de l'inspection professionnelle nommée conformément à l'article 90, un inspecteur, un enquêteur ou un expert, dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées par le présent code, de le tromper par des réticences ou par de fausses déclarations, de refuser de lui fournir un renseignement ou document relatif à une vérification ou à une enquête tenue en vertu du présent code ou de refuser de lui laisser prendre copie d'un tel document.

26 Au terme de son enquête, le comité peut recommander au Bureau de l'ordre de suspendre le droit d'exercice d'un membre jusqu'à ce qu'il se soumette à un cours de perfectionnement (art. 113). Lorsque le comité a des motifs raisonnables de croire qu'un professionnel a commis une infraction visée à l'art. 116 *C. prof.*, c'est-à-dire une infraction au Code, à la loi constitutive de l'ordre ou aux règlements pris en vertu de l'une de ces deux lois, il en informe le syndic (art. 112, al. 5).

27 Le syndic joue un rôle crucial dans le fonctionnement du système disciplinaire créé par le *Code des professions*. Le syndic enquête sur la conduite d'un professionnel avant qu'une plainte formelle ne soit portée contre ce dernier devant le comité de discipline. Le syndic ouvrira une enquête sur la base d'une information selon laquelle un professionnel a commis une infraction visée à

mentioned above, it may be provided to the syndic by the professional inspection committee. Another professional, a member of the public, or the Bureau of the order may also ask the syndic to hold an inquiry. Finally, syndics may act on their own initiative if, for example, they themselves observe situations that could give rise to disciplinary complaints; for instance, a syndic might see an advertisement made by a professional in violation of the rules relating to advertising (*Khalil v. Corporation professionnelle des opticiens d'ordonnances*, [1991] D.D.C.P. 316 (Prof. Trib.); *Delisle v. Corporation professionnelle des arpenteurs-géomètres*, [1991] D.D.C.P. 190 (Prof. Trib.), noted in S. Poirier, *La discipline professionnelle au Québec: principes législatifs, jurisprudentiels, et aspects pratiques* (1998), at p. 81). As in the case of an inquiry by a professional inspection committee, the legislature has imposed an obligation to co-operate with a syndic's inquiry in s. 122 *Prof. C.*, the interpretation of which is central to the instant case:

**122.** The syndic and assistant syndics may, following an [*sic*] information to the effect that a professional is guilty of an offence contemplated in section 116, inquire into the matter and require that they be provided with any information or document relating to such inquiry. . . .

Section 114 shall apply to every inquiry held under this section.

At the end of his or her inquiry, the syndic decides whether a complaint should be lodged with the committee on discipline (s. 123).

28 Section 116 *Prof. C.* gives each order's committee on discipline jurisdiction to sanction offences committed by professionals. These committees are quasi-judicial adjudicative bodies responsible for ruling on the merits of complaints in adversarial proceedings (s. 144). Like most bodies of this nature, they have the power to summon witnesses and to compel them to appear and answer (ss. 146 and 147). Section 156 of the Code sets out the penalties that may be imposed against a professional.

l'art. 116. Cette information pourra lui provenir de sources diverses. Comme il a été souligné précédemment, elle pourra lui être fournie par le comité d'inspection professionnelle. Un autre professionnel, une personne du public et le Bureau de l'ordre peuvent également demander au syndic de tenir une enquête. Enfin, le syndic a le droit d'agir de sa propre initiative, par exemple lorsqu'il constate lui-même une situation susceptible de fonder une plainte disciplinaire; un syndic pourrait par exemple visionner une publicité faite par un professionnel en contravention avec les règles prescrites en cette matière (*Khalil c. Corporation professionnelle des opticiens d'ordonnances*, [1991] D.D.C.P. 316 (T.P.); *Delisle c. Corporation professionnelle des arpenteurs-géomètres*, [1991] D.D.C.P. 190 (T.P.), répertoriés dans S. Poirier, *La discipline professionnelle au Québec : principes législatifs, jurisprudentiels, et aspects pratiques* (1998), p. 81). Comme il le fait pour l'enquête du comité d'inspection professionnelle, le législateur impose une obligation de collaborer à l'enquête du syndic à l'art. 122 *C. prof.* dont l'interprétation se situe au cœur du présent litige :

**122.** Le syndic et les syndics adjoints peuvent, à la suite d'une information à l'effet qu'un professionnel a commis une infraction visée à l'article 116, faire une enquête à ce sujet et exiger qu'on leur fournisse tout renseignement et tout document relatif à cette enquête. . .

L'article 114 s'applique à toute enquête tenue en vertu du présent article.

À l'issue de son enquête, le syndic décide s'il y a lieu de porter une plainte devant le comité de discipline (art. 123).

L'article 116 *C. prof.* confère au comité de discipline de chaque ordre la compétence de sanctionner les infractions des professionnels. Le comité est l'organisme juridictionnel quasi-judiciaire chargé de décider du bien-fondé d'une plainte au cours d'une procédure contradictoire (art. 144). Comme la plupart des organismes de cette nature, le comité possède le pouvoir d'assigner et de contraindre des témoins (art. 146 et 147). L'article 156 du Code prévoit les sanctions auxquelles s'exposent les professionnels.

D. *Interpretation of Section 122*

In my view, a grammatical analysis of the statutory provision together with a review of the relevant contextual aspects, such as the purpose of the statute and of the provision in issue, confirms that the legislature intended to subject third parties to the syndic's power of inquiry under s. 122 *Prof. C.* This contextual analysis resolves any ambiguity flowing from s. 122 without it being necessary to refer to *Charter* principles or values. This Court has consistently held that the courts may turn to *Charter* values to interpret the meaning of a statutory provision only if an ambiguity persists following a contextual analysis (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *Charlebois v. Saint John (City)*, [2005] 3 S.C.R. 563, 2005 SCC 74). In the case at bar, the Court of Appeal did not adhere to this interpretive approach when it referred to *Charter* values without trying to determine the meaning of the text in question by situating it in its context.

1. Effect of a Textual Interpretation

Although the weight to be given to the ordinary meaning of words varies enormously depending on their context, in the instant case, a textual interpretation supports a comprehensive analysis based on the purpose of the Act. Most often, "ordinary meaning" refers "to the reader's first impression meaning, the understanding that spontaneously emerges when words are read in their immediate context" (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 21; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6, at para. 59). In *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735, Gonthier J. spoke of the "natural meaning which appears when the provision is simply read through".

D. *L'interprétation de l'art. 122*

29 À mon avis, l'analyse grammaticale du texte législatif, complétée par l'évaluation des aspects contextuels pertinents, comme l'objet de la loi et de la disposition en discussion, confirme l'intention du législateur d'assujettir les tiers au pouvoir d'enquête du syndic prévu à l'art. 122 *C. prof.* Cette analyse contextuelle permet de résoudre toute ambiguïté émanant de l'art. 122 sans qu'il soit nécessaire de recourir ici aux principes ou aux valeurs consacrées par la *Charte*. En effet, selon la jurisprudence constante de notre Cour, il est bien établi que les tribunaux ne doivent se tourner vers les valeurs inscrites dans la *Charte* pour interpréter le sens d'une disposition législative que si une ambiguïté persiste au terme de l'application de la méthode contextuelle (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, 2005 CSC 74). En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas respecté cette méthode d'interprétation, lorsqu'elle a recouru aux valeurs consacrées par la *Charte*, sans chercher à dégager le sens du texte en cause en le replaçant dans son contexte.

1. L'effet du recours à l'interprétation textuelle

30 Bien que le poids à accorder au sens ordinaire des mots varie énormément suivant le contexte de leur emploi, dans la présente affaire, l'interprétation textuelle appuie l'analyse globale fondée sur l'objet de la loi. Le sens ordinaire réfère la plupart du temps [TRADUCTION] « à la première impression du lecteur, c'est-à-dire au sens qui lui vient spontanément lorsqu'il lit les termes dans leur contexte immédiat » (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 21, citée dans *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6, par. 59). Dans *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735, le juge Gonthier parlait du « sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition ».

31 The ordinary and grammatical sense of the French version of s. 122, which provides that "*[l]e syndic et les syndics adjoints peuvent . . . exiger qu'on leur fournisse tout renseignement et tout document*" favours the argument that the obligation to co-operate applies to everyone, not just to a defined and limited group of individuals, such as professionals belonging to a given order. Moreover, this is the meaning usually given to the French indefinite pronoun "*on*", which is defined as follows:

[TRANSLATION] ***on*** Indef. pron. (lat. *homo*, man). [Always subject.] **1.** Designates an indeterminate person, group of persons; someone, people.

(*Petit Larousse illustré* (2004), at p. 715; trial judgment, at paras. 82-83)

If there were any concern that the significance given to this common meaning might give disproportionate weight to the French version, contrary to the principles of interpretation of bilingual statutes, it should be noted that the ordinary sense of the English version of s. 122, which provides that "[t]he syndic and assistant syndics may . . . require that they be provided with any information or document", is equally supportive of the appellants' position. In my view, the primary meaning of s. 122 leans more toward an interpretation according to which the obligation applies to third parties. As this Court recently noted, when the legislature intends to limit the scope of a statutory provision, it usually says so clearly: *Glykis v. Hydro-Québec*, [2004] 3 S.C.R. 285, 2004 SCC 60, at para. 13; *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, [2005] 3 S.C.R. 425, 2005 SCC 70, at para. 3. The legislature could have drafted s. 122 so as to restrict the obligation to provide information to the professional under investigation. It did not do so.

32 Nevertheless, it has to be admitted that textual interpretation has its limits. Before this Court, the parties submitted numerous definitions of the French word "*on*" taken from dictionaries, grammar books and other encyclopedic sources, and countless examples drawn from statutes in which the legislature used similar or different wordings

Le sens commun et grammatical de l'art. 122, qui prévoit que « [l]e syndic et les syndics adjoints peuvent [. . .] exiger qu'on leur fournisse tout renseignement et tout document » favorise davantage la thèse suivant laquelle toute personne est soumise à l'obligation de coopération et non seulement un groupe défini et restreint d'individus tels les professionnels d'un ordre donné. C'est d'ailleurs là le sens habituellement donné au terme « on », pronom indéfini :

**on** pron. indéf. (lat. *homo*, homme). [Toujours sujet.] **1.** Désigne une personne, un groupe de personnes indéterminées; quelqu'un, des gens.

(*Petit Larousse illustré* (2004), p. 715; jugement de première instance, par. 82-83)

Si l'on redoute que l'importance accordée à ce sens commun puisse attribuer un poids démesuré à la version française, contrairement aux principes d'interprétation des lois bilingues, on constate que le sens ordinaire de la version anglaise de l'art. 122 qui dispose que « *[t]he syndic and assistant syndics may [. . .] require that they be provided with any information or document* » appuie tout autant la position des appelants. À mon avis, le sens premier de l'art. 122 penche davantage vers l'interprétation qui reconnaît l'assujettissement des tiers. Comme le rappelait récemment notre Cour, lorsqu'il entend limiter le champ d'application d'un article de loi, le législateur s'exprime habituellement de façon claire : *Glykis c. Hydro-Québec*, [2004] 3 R.C.S. 285, 2004 CSC 60, par. 13; *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, [2005] 3 R.C.S. 425, 2005 CSC 70, par. 3. Le législateur aurait pu rédiger l'art. 122 de façon à restreindre l'obligation de fournir des renseignements au professionnel visé par l'enquête. Il ne l'a pas fait.

Il faut toutefois admettre que l'interprétation textuelle connaît des limites. Devant notre Cour, les parties ont présenté de nombreuses définitions du terme « on » tirées de dictionnaires, grammaires ou autres sources encyclopédiques et d'innombrables exemples de lois dans lesquelles le législateur utilisait une formulation similaire ou différente

to indicate the inclusion of all persons or of a specific group of individuals. That is why this Court now considers it important, even when a provision seems clear and conclusive, to nevertheless review the overall context of the provision: *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62, at para. 10.

pour signifier l'assujettissement de toute personne ou d'un groupe spécifique d'individus. C'est pourquoi notre Cour considère désormais que, même en présence d'un texte en apparence clair et concluant, il importe néanmoins d'examiner le contexte global dans lequel s'inscrit la disposition sous étude : *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62, par. 10.

### 2. Contextual Interpretation: Structure of the Act and Judicial Policy

As I noted above, the *Professional Code* is the statutory solution chosen by the Quebec legislature to protect the public by means of an appropriate framework for all professionals. Section 2 states this general principle by asserting that the "Code applies to all professional orders and to their members". Still, this provision cannot be transformed into a rule limiting the effect of statutes governing professionals to members of orders subject to the *Professional Code*. That is one of the errors the Court of Appeal committed in agreeing with one of Pharmascience's arguments and consequently concluding that s. 2 establishes the scope of application of the *Professional Code* and limits it to members of professional orders (para. 49). In the Court of Appeal's view, the presence of this section confirms that s. 122 does not apply to third parties.

That conclusion fails to take sufficient account of the public protection objective of the *Professional Code*, which cannot be attained unless certain provisions of the *Professional Code* apply to or affect third parties. For example, ss. 188.1 to 189 prohibit the unlawful practice of a profession by non-member third parties. And s. 188 provides for the imposition of a fine on *every person* who commits an offence. As its wording indicates, s. 2 is intended to establish the general nature of the Code, its status as a framework law for the practice of professions in Quebec, and the precedence of a professional order's special statute in the event of inconsistency. This is confirmed by the context in which the Code was enacted, which I discussed above. Section 2 does not provide that the Code applies *only to* members of professional orders;

### 2. L'interprétation contextuelle : la structure de la loi et la politique judiciaire

33 Comme je l'ai souligné précédemment, le *Code des professions* représente la solution législative choisie par le législateur québécois afin de protéger le public par un encadrement approprié de tous les professionnels. L'article 2 énonce ce principe général lorsqu'il affirme que le « code s'applique à tous les ordres professionnels et à leurs membres ». On ne saurait toutefois transformer cette disposition en une règle qui limite l'effet des lois professionnelles aux seuls membres des ordres régis par le *Code des professions*. C'est l'une des erreurs commises par la Cour d'appel, lorsqu'elle a accepté l'un des moyens de Pharmascience et a conclu, en conséquence, que l'art. 2 établissait le champ d'application du *Code des professions* et le limitait aux seuls membres des ordres professionnels (par. 49). Pour la Cour d'appel, la présence de cet article confirmait le non-assujettissement des tiers à l'art. 122.

34 Cette conclusion ne tient pas suffisamment compte de l'objectif de protection du public poursuivi par le *Code des professions*. La réalisation de cet objectif implique nécessairement que les tiers soient visés ou touchés par certaines dispositions du *Code des professions*. Par exemple, les art. 188.1 à 189 prohibent l'exercice illégal de la profession par des tiers non-membres. L'article 188 prévoit quant à lui l'imposition d'amendes à *toute personne* commettant une infraction. Comme son libellé l'indique, l'art. 2 vise à établir le caractère général du Code, son statut de loi cadre pour l'exercice des professions au Québec et la préséance des lois particulières à chaque ordre professionnel en cas d'incompatibilité. Le contexte dans lequel fut adopté le Code, que j'ai rappelé précédemment, confirme ce constat. L'article 2 ne prévoit pas que le Code ne s'applique

rather, it confirms that the Code applies to *all* members of *every* professional order and establishes common rules governing operations and action in this area. This interpretation was accepted by the Quebec Court of Appeal in a recent decision: *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec v. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 1164, at paras. 18-19.

35 According to the principles of interpretation, in the event of ambiguity, the interpretation most favourable to the purpose of the statute must prevail. Professor P.-A. Côté sums up this rule as follows:

> Undoubtedly the aim of an enactment is relevant in selecting the most suitable of a number of possible meanings, where the written expression is ambiguous.

(*The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed., 2000), at p. 392; see also Sullivan, at pp. 219-21.)

This principle is consistent with the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, s. 41 of which states that a "provision of an Act is deemed to be enacted for the recognition of rights, the imposition of obligations or the furtherance of the exercise of rights, or for the remedying of some injustice or the securing of some benefit". That section's second paragraph adds that a "statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit". Section 122 must therefore be interpreted from the perspective of the protection of the public, which is recognized in s. 23 as the main objective of the *Professional Code*: "The principal function of each order shall be to ensure the protection of the public."

(a) *Importance of the Function of Professional Orders, Their Role in Protecting the Public Interest, and a Review of the Case Law*

36 This Court has on many occasions noted the crucial role that professional orders play in protecting

*qu'aux* membres des ordres professionnels, mais vient plutôt confirmer que le Code s'applique à *tous* les membres de *tout* ordre professionnel, en établissant des règles de fonctionnement et des moyens d'action homogènes dans ce domaine. Cette interprétation fut d'ailleurs acceptée par la Cour d'appel du Québec dans un arrêt récent : *Ordre des comptables généraux licenciés du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 1164, par. 18-19.

Les principes d'interprétation suggèrent qu'en cas d'ambiguïté, l'interprétation la plus favorable à l'objet de la loi doit primer. Le professeur P.-A. Côté résume ainsi cette règle :

> Il est en effet incontestable qu'on peut, lorsque la formule soulève une difficulté d'interprétation, lorsqu'elle n'est pas claire, se référer à la finalité de la loi ou de la disposition examinée pour choisir celui des sens possibles qui est le plus propre à réaliser cette finalité.

(*Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 496; voir également Sullivan, p. 219-221.)

Ce principe est conforme à la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, qui, à son art. 41, énonce qu'une « disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage ». Le deuxième alinéa du même article dispose aussi qu'une « loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin ». L'article 122 doit donc être interprété dans l'optique de la protection du public, reconnue à l'art. 23 comme l'objectif principal du *Code des professions* : « Chaque ordre a pour principale fonction d'assurer la protection du public. »

a) *Importance de la fonction des ordres professionnels, leur rôle dans la protection de l'intérêt public, rappel de la jurisprudence*

Notre Cour a d'ailleurs rappelé à maintes occasions le rôle crucial des ordres professionnels pour

the public interest. As McLachlin J. stated in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, "[i]t is difficult to overstate the importance in our society of the proper regulation of our learned professions" (p. 249). The importance of monitoring competence and supervising the conduct of professionals stems from the extent to which the public places trust in them. Also, it should not be forgotten that in the client-professional relationship, the client is often in a vulnerable position. The Court has already had occasion to address this point in respect of litigants who entrust their rights to lawyers (*Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45, at para. 17). The general public's lack of knowledge of the pharmaceutical field and high level of dependence on the advice of competent professionals means that pharmacists are another profession in which the public places great trust. I have no hesitation in applying the comments I wrote for this Court in *Finney*, at para. 16, generally to the health field to emphasize the importance of the obligations imposed by the state on the professional orders that are responsible for overseeing the competence and honesty of their members:

> The primary objective of those orders is not to provide services to their members or represent their collective interests. They are created to protect the public, as s. 23 of the *Professional Code* makes clear. . . .

The privilege of professional self-regulation therefore places the individuals responsible for enforcing professional discipline under an onerous obligation. The delegation of powers by the state comes with the responsibility for providing adequate protection for the public. *Finney* confirms the importance of properly discharging this obligation and the seriousness of the consequences of failing to do so.

(b) *Need for a Flexible Interpretation of Their Supervisory Powers to Enable Them to Discharge Their Duties*

In this context, it should be expected that individuals with not only the power, but also the duty, to

la protection de l'intérêt public. Comme l'affirmait la juge McLachlin dans *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, « [i]l est difficile d'exagérer l'importance dans notre société de la juste réglementation de nos professions » (p. 249). L'importance de contrôler la compétence et de surveiller la conduite des professionnels s'explique par le niveau de confiance que leur accorde le public. Il ne faut pas non plus oublier l'état de vulnérabilité dans lequel s'inscrit souvent la relation qu'un client établit avec un professionnel. Notre Cour a déjà eu l'occasion de le rappeler dans le cas des justiciables qui confient leurs droits aux avocats (*Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45, par. 17). Le peu de connaissances de la population en général dans le domaine pharmaceutique et le niveau de dépendance élevé envers les conseils de professionnels compétents fait en sorte que les pharmaciens sont, eux aussi, hautement dépositaires de la confiance du public. Je n'ai aucune hésitation à appliquer généralement au domaine de la santé les commentaires que j'ai rédigés au nom de notre Cour dans *Finney*, par. 16, pour souligner l'importance des obligations imposées par l'État aux ordres professionnels chargés de veiller sur la compétence et l'honnêteté de leurs membres :

> Le premier objectif de ces ordres n'est pas de fournir des services à leurs membres ou de défendre leurs intérêts collectifs. Ils sont formés dans le but de protéger le public, comme le veut l'art. 23 du *Code des professions*. . .

Le privilège d'autoréglementation d'une profession soumet donc les personnes chargées de la mise en œuvre de la discipline professionnelle à une obligation onéreuse. La délégation des pouvoirs de l'État s'accompagne de la charge de s'assurer de la protection adéquate du public. L'arrêt *Finney* confirme l'importance de la bonne exécution de cette obligation et la gravité des conséquences de sa violation.

b) *Nécessité d'une interprétation souple de leurs pouvoirs de surveillance pour l'exécution de leurs fonctions*

Dans ce contexte, on doit s'attendre à ce que les personnes dotées non seulement du pouvoir mais 37

inquire into a professional's conduct will have sufficiently effective means at their disposal to gather all information relevant to determining whether a complaint should be lodged. As we have seen, the *Professional Code* confers the responsibility for conducting an inquiry and deciding whether to lodge a complaint with the committee on discipline on an independent official, the syndic. In *Parizeau v. Barreau du Québec*, [1997] R.J.Q. 1701 (Sup. Ct.), at p. 1708, Dalphond J., as he then was, gave a clear description of the essential role delegated by the legislature to the syndic:

> [TRANSLATION] The keystone of the monitoring of the profession is the syndic, who plays a dual role: that of an investigator with significant powers (s. 122 of the Code) and that of an informant or complainant before the committee on discipline (s. 128 of the Code).

38 The importance of this "dual role" must necessarily guide the interpretation of s. 122. The lodging of a complaint with the committee on discipline is a possible outcome of the syndic's inquiry. For the professional concerned, the mere fact that a complaint has been lodged can sometimes have a serious impact on his or her reputation and ability to practise. In order to conduct an effective investigation while bearing in mind and upholding the rights of everyone with an interest in the outcome, the syndic must be able to require relevant documents and information from anyone, not just from professionals as the Court of Appeal concluded. Obtaining information in the possession of third parties appears often to be essential to the effective conduct of a syndic's inquiry. Although only the professional accused of a violation of the *Code of ethics* might eventually be summoned before the committee on discipline, situations likely to give rise to disciplinary complaints will often involve third parties in one way or another.

39 The offence for which certain pharmacists are being investigated in the case at bar, that is, "receiv[ing] . . . [a] benefit, allowance or commission" (s. 3.05.06 of the *Code of ethics*), is no exception. The benefit is received from another person. Logically, an inquiry into the commission of an offence would therefore have to extend to third

aussi du devoir d'enquêter sur la conduite d'un professionnel disposent de moyens suffisamment efficaces pour leur permettre de recueillir toutes les informations pertinentes afin de déterminer si une plainte doit être portée. Comme on l'a vu, le *Code des professions* attribue à un fonctionnaire indépendant, le syndic, la charge d'enquêter et de se prononcer sur la nécessité de déposer une plainte devant le comité de discipline. Le juge Dalphond, alors à la Cour supérieure, décrivait clairement le rôle capital dévolu par le législateur à cet acteur dans *Parizeau c. Barreau du Québec*, [1997] R.J.Q. 1701, p. 1708 :

> La clé de voûte au niveau du contrôle de la profession est le syndic, qui joue un double rôle : celui d'enquêteur doté de pouvoirs importants (art. 122 du code) et celui de dénonciateur ou plaignant devant le comité de discipline (art. 128 du code).

L'importance de ce « double rôle » doit nécessairement guider l'interprétation de l'art. 122. Le dépôt d'une plainte devant le comité de discipline peut constituer l'aboutissement de l'enquête du syndic. Pour le professionnel en cause, ce seul dépôt entraîne parfois des conséquences graves pour sa réputation et pour l'exercice de ses activités professionnelles. Pour agir avec efficacité, mais dans le souci et le respect des droits de tous les intéressés durant son enquête, le syndic doit être en mesure d'exiger les documents et renseignements pertinents de toute personne et non seulement d'un professionnel, comme le conclut la Cour d'appel. L'obtention de renseignements en possession de tiers paraît souvent essentielle à la conduite efficace de l'enquête du syndic. Bien que seul le professionnel accusé d'une infraction déontologique puisse éventuellement être cité devant le comité de discipline les situations susceptibles de provoquer des plaintes disciplinaires impliqueront fréquemment une tierce partie, d'une manière ou d'une autre.

L'infraction pour laquelle certains pharmaciens font l'objet d'une enquête en l'espèce, i.e. « recevoir [. . . un] avantage, ristourne ou commission » (art. 3.05.06 du *Code de déontologie*), ne fait pas exception. L'avantage est reçu d'une autre personne. Un processus d'enquête concernant la commission d'une infraction devrait donc logiquement

parties. Other examples can be used to illustrate this. For instance, a syndic might need to obtain information from a nurse or orderly who witnessed certain events in order to determine whether a sexual harassment complaint should be lodged against a doctor. Also, a syndic's investigation might require access to information held by a bank or an accountant on a lawyer's improper use of a trust account.

(c) *Problems With Pharmascience's Interpretation*

Pharmascience submits that a broad interpretation of s. 122 and of the syndic's powers of investigation would make certain functions of the committee on discipline pointless. Its reasoning can be summed up as follows. Under ss. 146 and 147 *Prof. C.*, a committee on discipline can summon witnesses and compel them to appear and testify. It can also require the production of documents. According to Pharmascience, if the syndic is recognized as having the power to require documents from third persons in the course of an inquiry, [TRANSLATION] "the investigative role of the committee on discipline would duplicate the functions of a syndic".

In my view, this argument disregards the position of members of a professional order in the context of the application of s. 122 and in the course of a disciplinary proceeding, from the opening of the file by the syndic to the decision by the committee on discipline. These are a series of actions that the syndic and the committee on discipline may perform in discharging their duties relating to professionals. First, the syndic exercises powers of investigation in order to determine whether there is a basis for a complaint. If a complaint is lodged, the committee on discipline then holds hearings to consider the merits of the complaint. At each stage, an inquiry takes place, but within a different legal framework and for a different purpose.

From the standpoint of the fairness of the entire disciplinary proceeding and the protection of the rights and reputations of all concerned, it is

prévoir l'assujettissement des tiers. D'autres exemples illustrent cette nécessité. Un syndic pourrait avoir besoin d'obtenir des renseignements d'une infirmière ou d'un préposé, témoins de certains événements, afin de déterminer si une plainte pour harcèlement sexuel doit être portée contre un médecin. L'enquête d'un syndic pourrait exiger l'accès à des renseignements détenus par une banque ou un comptable sur l'utilisation dérogatoire d'un compte en fidéicommis par un avocat.

c) *Les inconvénients de l'interprétation de Pharmascience*

40 Pharmascience prétend qu'une interprétation large de l'art. 122 et des pouvoirs d'enquête du syndic rendrait inutiles certaines des fonctions du comité de discipline. Son raisonnement se résume en quelques propositions. En vertu des art. 146 et 147 *C. prof.*, le comité de discipline peut assigner et contraindre des témoins. Il a le droit également d'exiger la production de documents. Selon Pharmascience, si l'on reconnaît au syndic le pouvoir d'exiger d'un tiers des documents lors de l'enquête, « le rôle inquisitoire du comité de discipline ferait double emploi avec les fonctions d'un syndic ».

41 À mon avis, cet argument ne tient pas compte de la situation des membres d'un ordre professionnel dans le contexte de l'application de l'art. 122 et dans le déroulement d'une procédure disciplinaire depuis l'ouverture d'un dossier par le syndic jusqu'à la décision du comité de discipline. À l'égard des professionnels, l'exercice des fonctions du syndic et du comité de discipline peut entraîner des interventions successives. Le syndic exerce d'abord des pouvoirs d'enquête pour déterminer s'il y a matière à plainte. En cas de dépôt d'une plainte, le comité de discipline tient ensuite des audiences au cours desquelles il examine le bien-fondé de la plainte. À chaque étape, une enquête a lieu, mais dans un cadre juridique différent et pour des fins distinctes.

42 Sur le plan de l'équité de l'ensemble de la procédure disciplinaire ainsi que de la protection des droits et de la réputation de tous les intéressés, on

difficult to see any advantage in Pharmascience's position that it should be possible to obtain documents or information from third parties only after a disciplinary complaint has been lodged with the committee on discipline. It seems far preferable, especially for the professional in question, to allow the syndic conducting the inquiry to have access to all the necessary information before an adversarial proceeding is set in motion before an administrative tribunal. In this regard, the fact that the committee on discipline has powers of investigation does not in any way indicate that the means available to a syndic in conducting his or her own inquiry must be interpreted narrowly. These two authorities play different, but complementary, roles: the quality of the evidence presented to the committee on discipline is largely dependent on the effectiveness of the syndic's inquiry. In this sense, the interpretation advocated by Pharmascience would encourage the lodging of hasty and even groundless complaints with the committee on discipline. It is in everyone's interest to ensure that a syndic who files a disciplinary complaint has detailed knowledge of the accusations against the professional and that the evidence at the syndic's disposal is complete. What is more, the requirements of procedural fairness set out in the statute include the obligation to disclose this evidence to the professional.

### 3. Conditions for Exercising the Power Under Section 122

43 The words used in s. 122 *Prof. C.* circumscribe the syndic's power: the syndic may require the disclosure of information or documents only "following an [*sic*] information to the effect that a professional is guilty of an offence". These words require sufficient cause for making the request and do not permit "fishing expeditions".

44 The Code does not specify the nature or the source of the information that may justify holding an inquiry. As a general rule, a member of the public will contact a professional order to complain about a professional. In making the receipt of "information" a precondition, however, the legislature contemplated the possibility of the likely commission of an offence being brought to a syndic's attention

comprend difficilement les avantages que présenterait la position défendue par Pharmascience selon laquelle l'obtention de documents ou d'informations de tiers ne deviendrait possible qu'après le dépôt d'une plainte disciplinaire devant le comité de discipline. Il semble de loin préférable, spécialement pour le professionnel en cause, de permettre au syndic qui effectue l'enquête d'accéder à l'ensemble des renseignements nécessaires avant qu'un processus contradictoire devant un tribunal administratif soit enclenché. À cet égard, le fait que le comité de discipline soit doté de pouvoirs d'instruction ne signifie aucunement qu'il faille interpréter restrictivement les moyens dont dispose le syndic dans la conduite de son enquête. Ces deux instances jouent des rôles différents et complémentaires : en effet, la qualité de la preuve présentée devant le comité de discipline est grandement tributaire de l'efficacité de l'enquête du syndic. En ce sens, l'interprétation que préconise Pharmascience favorisait le dépôt de plaintes hâtives et même inutiles devant le comité de discipline. Il est dans l'intérêt de tous de s'assurer qu'un syndic qui dépose une plainte disciplinaire connaisse en détail les reproches adressés au professionnel et dispose d'une preuve complète. Les exigences d'équité procédurale contenues dans la loi prévoient d'ailleurs l'obligation de communiquer cette preuve au professionnel.

### 3. Conditions d'exercice du pouvoir de l'art. 122

Les termes utilisés à l'art. 122 *C. prof.* balisent le pouvoir du syndic : ce dernier ne pourra exiger la transmission de renseignements ou documents qu'« à la suite d'une information à l'effet qu'un professionnel a commis une infraction ». Ils exigent une cause suffisante pour la demande et ne permettent pas les « expéditions de pêche ».

Le Code ne précise pas la teneur ou la source de l'information susceptible de justifier la tenue d'une enquête. Règle générale, un membre du public contactera un ordre professionnel afin de se plaindre au sujet d'un professionnel. En établissant comme condition préalable l'obtention d'une « information », le législateur envisageait toutefois que la commission probable d'une infraction

by other means. It would have been surprising if this were not the case, given the fact that the syndic may act on his or her own initiative. Thus, there is nothing to prevent a syndic from personally taking cognizance, by reading newspapers or court pleadings, for example, of information that might give rise to an inquiry.

puisse être portée à la connaissance d'un syndic par d'autres moyens. La solution contraire aurait étonné en raison du rôle conféré au syndic, qui peut agir de sa propre initiative. Rien ne s'oppose donc à ce qu'un syndic prenne connaissance par lui-même, par exemple à la lecture de journaux ou d'actes de procédure judiciaire, des informations susceptibles de donner ouverture à une enquête.

The information upon which a syndic relies must raise a suspicion that an offence has been committed. However, at this stage, the syndic need not be in a position to identify exactly which professionals are under suspicion. The individualized process provided for in the *Professional Code* is the lodging of a disciplinary complaint with the committee on discipline. The syndic's inquiry precedes this process and is aimed at determining whether a complaint should be lodged. Pharmascience contends that the syndic's inquiry in the case at bar is, because of its scope, similar to a commission of inquiry. Pharmascience submits that the professional inspection committee is responsible for monitoring the practice of the profession, while each order's Bureau is responsible for general oversight of compliance with legal, regulatory, and ethical standards. Pharmascience relies on *Beaulne*, a decision of the Quebec Court of Appeal, in support of the argument that the actions of Syndic Binet are incompatible with the role conferred on him by the Code. The Court of Appeal erred in finding that *Beaulne* applies to the instant case.

45 L'information sur laquelle se fonde un syndic doit laisser soupçonner la commission d'une infraction. À ce stade, il n'est toutefois pas nécessaire que le syndic soit en mesure d'identifier précisément les professionnels soupçonnés. Le processus individualisé prévu par le *Code des professions* est l'institution d'une plainte disciplinaire devant le comité de discipline. L'enquête du syndic se situe en amont et vise à déterminer si une plainte doit être déposée. Pharmascience prétend que l'enquête du syndic en l'espèce ressemble à une commission d'enquête en raison de son ampleur. Or, soutient-elle, le comité d'inspection professionnelle a pour mission de surveiller l'exercice de la profession et le Bureau de chaque ordre a pour mission de veiller de façon générale au respect des normes légales, réglementaires et déontologiques. Pharmascience s'appuie sur un arrêt de la Cour d'appel du Québec, *Beaulne*, afin de défendre la thèse suivant laquelle les actions du syndic Binet débordent le rôle que lui confère le Code. La Cour d'appel a considéré à tort que cet arrêt s'appliquait au présent dossier.

The legal situations and facts in the two cases can be clearly distinguished. In *Beaulne*, the syndic of the Ordre des optométristes, relying on s. 122, had indiscriminately sent a questionnaire to all members of that order to find out whether they were associated with dispensing opticians. The optometrists had to respond to the questionnaire or face penalties. The Court of Appeal found that the syndic had exceeded his powers in sending out this questionnaire, noting that it was not an offence for an optometrist to be associated with an optician:

46 En effet, la situation juridique et les faits examinés dans les deux affaires se distinguent nettement. Dans l'arrêt *Beaulne*, le syndic de l'Ordre des optométristes, se fondant sur l'art. 122, avait fait parvenir indistinctement à tous les membres de l'Ordre un questionnaire afin de vérifier leur association avec un opticien d'ordonnances. Les optométristes devaient y répondre sous peine de sanctions. Déclarant que l'envoi de ce questionnaire outrepassait les pouvoirs du syndic, la Cour d'appel soulignait que le fait pour un optométriste de s'associer avec un opticien ne constituait pas une infraction :

[TRANSLATION] These proceedings relate to a dispute within the optometry profession regarding two

Ce débat judiciaire s'inscrit dans un différend qui oppose, au sein de la profession d'optométrie, deux

competing conceptions of the practice of the profession. There are those who feel that optometrists should remain independent, while others think, on the contrary, that it could be in an optometrist's interest to practise his or her profession jointly or in close collaboration with a dispensing optician. [p. 2344]

It was in this context that the Court of Appeal in *Beaulne* noted that the syndic's power of inquiry was not unlimited and that his actions in that case fell instead within the jurisdiction of the professional inspection committee responsible for monitoring the practice of the profession. On this point, the Court of Appeal wrote the following:

[TRANSLATION] Section 122 of the *Professional Code*, *supra*, allows syndics to conduct inquiries only in specific circumstances and under certain conditions. The power the statute confers on them is not general and discretionary but, on the contrary, specific and limited. There must be *information* that *a* professional has committed an offence. In the case at bar, the syndic, through this questionnaire, is thus investigating all optometrists, without any prior information. Furthermore, nothing in the statute or the regulations prohibits optometrists from practising optometry in the same establishment or jointly with a dispensing optician. I am therefore of the view that the syndic did not have the power to conduct an inquiry as general as this while, in addition, ordering recipients to respond on pain of disciplinary penalties. I cannot (since this is a disciplinary matter in which the fundamental rights of a possible offender must therefore be upheld) accept the argument that the legislature, despite the specific guidance regarding the syndic's mandate set out in section 122, also intended to give syndics unlimited powers to conduct inquiries on their own initiative, without any information, simply because their role generally consists in monitoring the practice of the profession and defending the public interest. [Emphasis added; p. 2346.]

47 In *Beaulne*, the syndic thus had no information on which to base a rational suspicion that an offence had been committed. The decision tells us nothing that is not already clear from s. 122, but merely confirms that prior information is necessary in order to initiate an inquiry. As for Syndic Binet, he had reliable information from a government authority and from legal proceedings. But there are two particular features of the case at bar that may have led the Court of Appeal to find that it could

conceptions de la pratique de cette profession. D'un côté, d'aucuns estiment que l'optométriste doit rester autonome et indépendant; d'un autre côté, certains pensent au contraire que l'optométriste peut avoir intérêt à pratiquer sa profession conjointement ou en relation étroite avec un opticien d'ordonnances. [p. 2344]

C'est dans cette optique que la Cour d'appel, dans *Beaulne*, rappelait que le pouvoir d'enquête du syndic n'est pas illimité et que son intervention, dans cette affaire, aurait relevé plutôt de la compétence du comité d'inspection professionnelle chargé de la surveillance de l'exercice de la profession. La Cour d'appel mentionnait à ce propos :

Or, l'article 122 du *Code des professions* précité ne permet au syndic de faire enquête que dans des circonstances et à des conditions spécifiques. La loi ne lui confère pas un pouvoir général et discrétionnaire mais, au contraire, un pouvoir spécifique et limité. Il faut, en effet, qu'il existe *une information* à l'effet qu'*un* professionnel a commis une infraction. Dans l'espèce qui nous occupe, le syndic, par le biais de ce questionnaire, se trouve donc à faire enquête sur tous les optométristes et sans aucune information préalable. Qui plus est, rien dans la loi ou les règlements n'interdit l'exercice de l'optométrie dans le même établissement ou conjointement avec un opticien d'ordonnances. Je suis donc d'avis que le syndic n'a pas le pouvoir de procéder à une enquête aussi générale avec en plus l'ordre d'y répondre sous menace de sanction disciplinaire. Je ne puis souscrire à l'idée (puisque nous sommes en matière disciplinaire où donc les droits fondamentaux d'un éventuel contrevenant doivent être respectés) que le législateur, malgré les précisions qu'il a apportées à l'article 122 au mandat du syndic, a entendu lui donner également des pouvoirs illimités de faire enquête en en prenant lui-même l'initiative, sans qu'il y ait d'information, simplement parce que sa fonction consiste généralement à surveiller l'exercice de la profession et à défendre l'intérêt public. [Je souligne; p. 2346.]

Dans *Beaulne*, le syndic ne possédait donc pas d'informations à partir desquelles il pouvait rationnellement soupçonner la commission d'une infraction. Cet arrêt ne nous apprend rien que l'art. 122 n'affirme pas d'emblée et ne fait que confirmer qu'une information préalable est nécessaire à l'ouverture d'une enquête. Le syndic Binet bénéficiait, quant à lui, d'informations fiables provenant d'une instance gouvernementale et d'actes de procédure judiciaire. Le présent dossier comporte

not be distinguished from *Beaulne*: (1) the syndic's inquiry concerns an exceptionally large number of professionals; and (2) the syndic does not know their names. However, these characteristics are not determinative. Although Syndic Binet is not yet able to name names, he does have information leading him to suspect that some pharmacists have committed offences; he even knows approximately how many are involved. He is relying on facts that establish a reasonable basis for his inquiry. The scope of the inquiry does not make it a random one. Far from relating to an ethical debate within the profession that would fall more within the jurisdiction of a professional inspection committee (as was the case in *Beaulne*), the syndic's inquiry concerns allegations of clear breaches of the *Code of ethics*. The syndic has not only the jurisdiction but also the duty to intervene to protect the public. The mere fact that the purpose of the inquiry is to identify the offenders as opposed to determining the specific circumstances of the offence, which would be a more typical situation, is not determinative. In fact, the very reason why the syndic has required that Pharmascience disclose certain documents is to be able to commence disciplinary proceedings.

toutefois deux particularités qui ont pu amener la Cour d'appel à l'assimiler à l'arrêt *Beaulne* : (1) l'enquête du syndic concerne un nombre exceptionnellement élevé de professionnels; et (2) le syndic ne possède pas leurs noms. Ces caractéristiques ne sont toutefois pas déterminantes. Même s'il n'est pas encore en mesure de spécifier des noms, le syndic Binet possède des informations qui lui permettent de soupçonner l'existence de pharmaciens fautifs; il en connaît d'ailleurs le nombre approximatif. Le syndic se base sur des faits qui lui fournissent une base raisonnable pour entreprendre son enquête. L'envergure de cette dernière ne la rend pas aléatoire. Loin de porter sur un débat éthique au sein de la profession qui serait davantage du ressort d'un comité d'inspection professionnelle (comme c'était le cas dans *Beaulne*), l'enquête du syndic vise des allégations de manquements non équivoques au *Code de déontologie*. Or, le syndic a non seulement la compétence mais le devoir d'intervenir afin de protéger le public. Le simple fait que l'enquête vise à déterminer l'identité des contrevenants, plutôt que les circonstances spécifiques de l'infraction comme lors d'une situation plus typique, n'est pas décisif. En fait, c'est précisément pour être en mesure d'entamer des recours disciplinaires que le syndic exige que Pharmascience lui communique certains documents.

For similar reasons, the principle stated by this Court in *Richardson* does not apply to the circumstances of the case at bar. In that case, the Court concluded, in interpreting a ministerial power under the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, to require "any . . . additional information" from any person, that the power could be used only in a serious inquiry into the tax liability of one or more specific persons. The power could not be used to conduct a "fishing expedition" (p. 625) with regard to a broker's customers who were not the subject of a genuine inquiry:

48

Pour des raisons similaires, les circonstances du présent dossier ne remettent pas en cause le principe dégagé par notre Cour dans l'arrêt *Richardson*. Interprétant un pouvoir ministériel prévu à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, qui permettait d'exiger de quiconque « tout renseignement supplémentaire », notre Cour avait alors conclu que ce pouvoir ne devait être utilisé qu'à l'égard d'une enquête sérieuse sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées. Le pouvoir ne pouvait servir à effectuer une « recherche à l'aveuglette » (p. 625) sur des clients d'un courtier qui ne faisaient pas l'objet d'une enquête véritable :

If the tax liability of its customers or one or more of them were the subject of a genuine inquiry, then the Minister would clearly be entitled under s. 231(3) to single out the appellant even although innocent taxpayers' trading

Si l'assujettissement à l'impôt d'un seul ou de plusieurs de ses clients faisait l'objet d'une enquête véritable, le Ministre aurait alors manifestement le droit, en vertu du par. 231(3), de choisir l'appelante, même si cela avait

activities were disclosed in the process. But it cannot, in my opinion, be singled out otherwise. It cannot be compelled . . . to provide [a] random sample . . . . [pp. 625-26]

pour effet de divulguer les opérations commerciales de contribuables innocents. Mais elle ne peut pas, à mon avis, être choisie en d'autres circonstances. Elle ne peut pas être forcée [. . .] à fournir des échantillons au hasard . . . [p. 625-626]

In the instant case, unlike in the process criticized in *Richardson*, Syndic Binet is not seeking information randomly. He is conducting a genuine and serious inquiry concerning pharmacists whom he has reasonable grounds to suspect of receiving discounts and other benefits. The inquiry concerns a group of specific persons, and Pharmascience was not selected at random.

Contrairement à la démarche critiquée dans l'arrêt *Richardson*, le syndic Binet ne recherche pas ici des renseignements au hasard. Il mène une enquête véritable et sérieuse à l'égard de pharmaciens à propos desquels il a des motifs raisonnables de soupçonner la réception de ristournes et autres avantages. L'enquête porte sur un groupe de personnes déterminé, et Pharmascience n'a pas été choisie au hasard.

4. Justification for Resorting to Section 122

4. Justification du recours à l'art. 122

49 Like Déziel J., I believe that the inquiry in the case at bar is not a fishing expedition and that Syndic Binet had a reasonable factual basis for opening it. In addition to the information drawn from figures advanced by the media and the Order, according to which 85 percent of Quebec pharmacy owners had received benefits or discounts, the syndic received personal correspondence from the director general of the RAMQ that provided him with reasonable grounds to believe that some pharmacists had breached their ethical obligations (affidavit of the syndic dated November 14, 2003, A.R., at pp. 253 *et seq.*).

Comme le juge Déziel, j'estime que nous ne sommes pas ici en présence d'une expédition de pêche et que le syndic Binet disposait d'une base factuelle raisonnable justifiant l'ouverture de son enquête. En plus des informations obtenues sur les chiffres avancés par les médias et par l'Ordre, selon lesquels 85 pour 100 des pharmaciens propriétaires du Québec auraient touché des avantages ou ristournes, le syndic a reçu des communications personnelles du directeur général de la RAMQ qui lui fournissaient aussi des motifs raisonnables de croire que des pharmaciens avaient manqué à leurs obligations déontologiques (affidavit du syndic du 14 novembre 2003, d.a., p. 253 et suiv.).

50 In June 2003, the syndic therefore acted under s. 122, contacting Pharmascience, one of the generic drug manufacturers being sued by the RAMQ, to obtain accurate information about the goods or benefits each of its pharmacist customers had allegedly received or profited from. Pharmascience refused to disclose the information he was seeking. A few weeks later, the syndic sent pharmacist Morris Goodman, a director of Pharmascience, a request for the same information. He was acting on information that Mr. Goodman had been personally involved in setting up the rebate scheme. Mr. Goodman also refused to disclose any information. The syndic also contacted a sampling of 175 pharmacy owners, who tried to block his inquiry by applying for an injunction, which the Superior

En juin 2003, le syndic se prévaut donc de l'art. 122 et s'adresse à Pharmascience, l'un des fabricants de médicaments génériques poursuivis par la RAMQ, afin de connaître le détail exact des biens ou avantages qu'auraient reçus ou dont auraient bénéficié chacun de ses clients pharmaciens. Pharmascience refuse de transmettre les renseignements que le syndic réclame. Quelques semaines plus tard, le syndic fait également parvenir au pharmacien Morris Goodman, administrateur de Pharmascience, une demande visant l'obtention des mêmes renseignements. Le syndic agit alors sur la foi d'informations selon lesquelles ce dernier aurait été personnellement impliqué dans la mise sur pied du système de rabais. M. Goodman refuse également de communiquer tout renseignement.

Court subsequently dismissed. He therefore had to investigate, but it was impossible for him to complete his inquiry without first obtaining information about the identities of the pharmacists concerned. After a motion for a declaratory judgment was filed to contest the scope of his powers, he himself applied for an injunction to compel the respondents to co-operate with his inquiry.

Le syndic s'adresse aussi à un échantillonnage de 175 pharmaciens propriétaires. Ces derniers tentent alors de bloquer son enquête par une demande d'injonction que la Cour supérieure rejettera plus tard. Le syndic doit donc enquêter, mais il lui est impossible de mener à bien son enquête s'il n'obtient pas les renseignements concernant l'identité des pharmaciens fautifs. Devant une requête pour jugement déclaratoire contestant la portée de ses pouvoirs, il demande donc lui-même une injonction pour contraindre les intimés à coopérer à son enquête.

E. *Recourse to an Injunction*

Although recognizing that the Superior Court had jurisdiction to issue an injunction in the case at bar, the Court of Appeal found that it had been inappropriate to do so (para. 62). This conclusion was unwarranted in the circumstances. In reviewing the Court of Appeal's judgment, it is important to consider the penalties, rights, obligations and powers established by the *Professional Code*.

1. Penal Injunctions Under the *Professional Code*

The procedure for penalizing a third party for refusing to disclose documents to a syndic brings into play several provisions of the *Professional Code*, including ss. 114, 122, 188 and 191. Section 114 establishes a general prohibition against refusing to disclose a document needed for a disciplinary inquiry. The last paragraph of s. 122 makes it clear that this prohibition applies to requests by a syndic. Section 188 provides that anyone who contravenes a provision of the *Professional Code* is guilty of an offence. The combined effect of ss. 122 and 188 is therefore that a third party who refuses to disclose documents requested by a syndic is guilty of an offence punishable by a fine of not less than $600 and no more than $6,000. Section 191 adds that, if any penal offence provided for in the *Professional Code* is repeated, the Attorney General or, with the Attorney General's authorization, a professional order may, after penal proceedings have been instituted, obtain an interlocutory injunction, and then a final injunction, to ensure that the person committing the offence ceases to do so.

E. *Le recours à l'injonction*

Bien qu'elle ait reconnu la compétence de la Cour supérieure pour prononcer une injonction en l'espèce, la Cour d'appel estima sa délivrance inopportune (par. 62). Cette conclusion ne se justifiait pas dans les circonstances du présent dossier. Il importe, alors, pour analyser le jugement de la Cour d'appel, de revoir les mécanismes de sanction des droits, obligations et pouvoirs créés par le *Code des professions*. 51

1. L'injonction pénale du *Code des professions*

La procédure qui sanctionne le refus d'un tiers de communiquer des documents au syndic met en jeu plusieurs dispositions du *Code des professions*, notamment ses art. 114, 122, 188 et 191. L'article 114 établit l'interdiction générale de refuser de transmettre un document nécessaire à la poursuite d'une enquête disciplinaire. Le dernier paragraphe de l'art. 122 précise que cette interdiction s'applique aux demandes du syndic. L'article 188 prévoit que toute personne contrevenant à l'une des dispositions du *Code des professions* commet une infraction. Par l'effet combiné des art. 122 et 188, un tiers qui refuse de transmettre les documents réclamés par le syndic commet donc une infraction passible d'une amende d'au moins 600 $ et d'au plus 6 000 $. En cas de répétition de toute infraction pénale prévue au *Code des professions* et après que des poursuites pénales aient été intentées, l'art. 191 permet au procureur général ou, après autorisation de ce dernier, à un ordre professionnel d'obtenir une injonction interlocutoire, et par la suite finale, afin de faire cesser la commission de l'infraction. 52

### 2. Availability of the General Remedy of an Injunction in Support of the Exercise of the Order's Powers

53 Pharmascience submits, citing *City of Montreal v. Morgan* (1920), 60 S.C.R. 393, that since the legislation does not expressly authorize a syndic to apply to the Superior Court for an injunction and since it even provides for other forms of sanctions, syndics are not entitled to do so. The Court of Appeal also considered that *Morgan* made the issuance of an injunction under the *Code of Civil Procedure* inappropriate. However, *Morgan* does not have the restrictive effect attributed to it by Pharmascience and the Court of Appeal. In fact, I feel that it actually supports the opposite position, namely that the syndic was entitled to apply for a general law injunction.

54 *Morgan* created an exception to the general principle that the general law is inapplicable where a specific statute provides for an obligation and related penalties. In that case, a person who had constructed a building in violation of municipal by-laws claimed that, absent other procedures provided for by statute, a fine was the only sanction available to the City of Montréal. It is important to consider the remarks of Anglin J., which are central to this part of the debate in the case at bar:

> To what consequences has the defendant's contravention of by-law No. 570 subjected him? He argues that he is merely liable to the penalty which the by-law provides and that the plaintiffs have no other means of enforcing it. But a person prepared to do so cannot thus purchase the right to disobey the law. The public interest forbids that the enforcement of the penalty should be the sole remedy for the breach of such a by-law and requires that the regulation itself should be made effective. The general rule of construction that where a law creates a new obligation and enforces its performance in a specific manner, that performance cannot be enforced in any other manner (*Doe d. Murray* v. *Bridges* [1 B. & Ad. 847, at p. 849]) is of course well established. But that rule is more uniformly applicable to statutes creating private rights than to those imposing public obligations. *Atkinson* v. *Newcastle Waterworks Co.* [2 Ex. D. 441, at p. 448]. Moreover whether the general rule is to

### 2. La recevabilité du recours général en injonction comme mécanisme d'appui à l'exercice des pouvoirs de l'ordre

Invoquant l'arrêt *City of Montreal c. Morgan* (1920), 60 R.C.S. 393, Pharmascience prétend que, puisque la loi ne l'y autorise pas expressément et prévoit même d'autres modes de sanctions, le syndic n'a pas le droit de s'adresser à la Cour supérieure afin d'obtenir une injonction. La Cour d'appel considérait elle aussi que l'arrêt *Morgan* rendait inopportune la délivrance d'une injonction en vertu du *Code de procédure civile*. Toutefois, cet arrêt n'a pas la portée restrictive que lui prêtent Pharmascience et la Cour d'appel. J'estime même qu'il appuie plutôt la thèse contraire suivant laquelle le syndic pouvait requérir une injonction de droit commun.

L'arrêt *Morgan* créait une exception au principe général qui rend le droit commun inapplicable lorsqu'une loi particulière prévoit une obligation et les sanctions qui s'y rattachent. Dans cet arrêt, une personne ayant construit un immeuble en contravention aux règlements municipaux prétendait qu'en l'absence d'autres procédures prévues par la loi, la condamnation à l'amende constituait la seule sanction que la Ville de Montréal pouvait rechercher. Il importe de reprendre ici les remarques du juge Anglin sur lesquelles repose cette partie du présent débat :

> [TRADUCTION] À quelles conséquences la contravention du défendeur au règlement n° 570 l'expose-t-elle? Il soutient qu'il n'encourt que la peine prévue par le règlement et que les demandeurs n'ont aucun autre moyen d'assurer l'application du règlement. Or, quand bien même elle le voudrait, une personne ne peut acquérir ainsi le droit de désobéir à la loi. L'intérêt public interdit que l'infliction de la peine constitue le seul recours en cas de contravention à un tel règlement et il exige que la réglementation soit appliquée. La règle d'interprétation générale selon laquelle, lorsqu'un texte législatif crée une nouvelle obligation et prévoit un moyen particulier d'en sanctionner l'exécution, aucun autre moyen ne peut être utilisé pour en assurer le respect (*Doe d. Murray* c. *Bridges* [1 B. & Ad. 847, p. 849]) est évidemment bien établie. Cependant, cette règle s'applique plus uniformément aux textes législatifs qui créent des droits privés qu'à ceux qui imposent des

prevail or an exception to it should be admitted must depend on the scope and language of the act which creates the obligation. *Pasmore* v. *Oswaldtwistle Urban District Council* [[1898] A.C. 387, at pp. 397-98,] per Lord Macnaghten. The provisions and object of the Act must be looked at. *Vallance* v. *Falle* [13 Q.B.D. 109, at p. 110]; *Brain* v. *Thomas* [50 L.J.Q.B. 662, at p. 663].

obligations publiques. *Atkinson* c. *Newcastle Waterworks Co.* [2 Ex. D. 441, p. 448]. De plus, la question de savoir si la règle générale doit prévaloir ou si une exception à cette règle doit être reconnue dépend de la portée et du libellé du texte législatif qui crée l'obligation. *Pasmore* c. *Oswaldtwistle Urban District Council* [[1898] A.C. 387, p. 397-398,] lord Macnaghten. Il faut examiner les dispositions et l'objet du texte législatif. *Vallance* c. *Falle* [13 Q.B.D. 109, p. 110]; *Brain* c. *Thomas* [50 L.J.Q.B. 662, p. 663].

Here the object and scope of by-law No. 570 make it clear, in my opinion, that the recovery of the penalties prescribed was not meant to be the sole remedy available for its enforcement. A breach of the obligation which it imposes falls within the purview of Art. 1066 [of the *Civil Code*], as my brother Mignault points out. [Emphasis added; pp. 406-7.]

En l'espèce, l'objet et la portée du règlement n° 570 indiquent clairement, selon moi, que la perception de l'amende prescrite n'est pas censée constituer le seul recours possible pour en assurer l'application. Un manquement à l'obligation qu'il impose tombe sous le coup de l'article 1066 [du *Code civil*], comme le souligne mon collègue le juge Mignault. [Je souligne; p. 406-407.]

*Morgan* thus places a limit on the general principle that the penalties provided for in a special statute are exhaustive: one cannot be given the opportunity to buy the right to break the law repeatedly with no further consequences. To avoid applying this exception, the Court of Appeal held that Pharmascience had not repeatedly broken the law and was merely contesting the applicability of s. 122 *Prof. C.* to third parties. Moreover, there was nothing to indicate that Pharmascience would have refused to provide the documents following an adverse final decision on a penal complaint. Finally, according to the Court of Appeal, the *Professional Code*, unlike the statute in question in *Morgan*, does not provide that the payment of a fine is the only sanction for third parties who refuse to disclose documents: s. 191 contemplates an injunction to stop the commission of repeat offences.

55 Ainsi, l'arrêt *Morgan* pose une limite au principe général d'exhaustivité des sanctions prévues par une loi particulière : on ne peut conférer à une personne la possibilité d'acheter le droit d'enfreindre la loi à répétition sans autre conséquence. Pour éviter l'application de cette exception, la Cour d'appel juge que Pharmascience n'a pas enfreint la loi à répétition et n'a fait que contester l'applicabilité de l'art. 122 *C. prof.* aux tiers. De plus, rien n'indiquerait que Pharmascience aurait refusé de fournir les documents après une décision finale défavorable à l'égard d'une plainte pénale. Enfin, selon la Cour d'appel, le *Code des professions*, contrairement à la loi en cause dans *Morgan*, ne prévoit pas que le versement d'une amende est la seule sanction du refus du tiers de communiquer des documents : l'art. 191 envisage l'obtention d'une injonction afin de faire cesser la commission d'infractions répétées.

In my view, the principle in *Morgan* cannot be limited to situations in which a monetary penalty is the only sanction contemplated by a statute. Some authors attribute a broader scope to *Morgan*:

56 À mon avis, le principe dégagé par l'arrêt *Morgan* ne saurait être limité aux situations où une peine pécuniaire constitue l'unique sanction envisagée par une loi. Certains auteurs lui attribuent d'ailleurs une portée plus large :

[TRANSLATION] This decision and this comment by Anglin J. were on many occasions cited and interpreted to mean that public authorities may apply to the Superior Court for an order to do or not to do something when the public interest requires this, whether to

Cet arrêt et ce commentaire du juge Anglin furent plusieurs fois repris et interprétés comme signifiant que l'autorité publique peut s'adresser à la Cour supérieure pour y obtenir une ordonnance de faire ou de ne pas faire lorsque l'intérêt public l'exige, soit pour assurer

safeguard public order or public safety or to put an end to repeated violations of the law. [Emphasis added.]

(P.-A. Gendreau et al., *L'injonction* (1998), at pp. 182-83)

57 In Quebec procedural law, the existence of a specific remedy does not close the door on the ordinary general law injunction provided for in art. 751 *C.C.P.*, especially where the public interest requires that one be issued. It is the Superior Court judge who will have to consider the impact of the specific remedy provided for in another statute. The existence of that remedy is one element of the set of circumstances the judge will have to weigh in deciding whether the requested order is warranted. This conclusion is shared by the authors cited above:

[TRANSLATION] The "exhaustion doctrine" is not in itself an additional test. It is part of the Court's exercise of its discretion in applying the usual tests for injunctions . . . . [p. 183]

In the case at bar, therefore, Déziel J. could properly conclude that, given the situation in which the syndic found himself, the existence of a specific remedy under the *Professional Code* did not in any way preclude the issuance of a permanent injunction. No applicable legal rule prevented him from issuing the order.

58 The words used by Anglin J. in *Morgan* to qualify the strict application of the principle of the exclusivity of specific sanctions support this result. Anglin J. mentions first of all that this principle applies more to statutes that create private rights than to those that impose public obligations. He cites *Atkinson v. Newcastle Waterworks Co.*, [1874-80] All E.R. Rep. 757, in which the English Court of Appeal distinguished *Couch v. Steel* (1854), 3 El. & Bl. 402, 118 E.R. 1193 (Q.B.), a case dealing with the duty of a shipowner to provide sailors with sufficient medical supplies ("it differs from the case where a general public duty is imposed": *Atkinson*, at p. 761). Anglin J. adds that the creation of an exception depends on the scope and language of the statute creating the obligation (citing *Pasmore v. Oswaldtwistle Urban*

l'ordre public ou la sécurité du public soit pour faire cesser des violations répétées de la loi. [Je souligne.]

(P.-A. Gendreau et autres, *L'injonction* (1998), p. 182-183)

En droit judiciaire québécois, l'existence d'un recours spécifique ne ferme pas la porte à l'injonction ordinaire de droit commun prévue à l'art. 751 *C.p.c.*, particulièrement lorsque l'intérêt public en requiert la délivrance. Il appartiendra au juge de la Cour supérieure d'examiner l'impact du recours spécifique prévu dans une autre loi. L'existence de ce recours constituera l'un des éléments de l'ensemble des circonstances que le juge devra soupeser afin de décider si elles justifient d'accorder l'ordonnance demandée. C'est ce que concluent également les auteurs précités :

La théorie dite de l'épuisement des recours n'est pas en soi un critère additionnel. Elle participe de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour dans l'application des critères usuels en matière d'injonction . . . [p. 183]

En l'espèce, le juge Déziel pouvait alors légitimement conclure que compte tenu de la situation dans laquelle se trouvait le syndic, l'existence du recours spécifique prévu au *Code des professions* ne s'opposait aucunement à la délivrance d'une injonction permanente. Aucun principe de droit pertinent ne lui interdisait de prononcer cette ordonnance.

Les termes utilisés par le juge Anglin dans *Morgan*, afin de nuancer l'application stricte du principe d'exclusivité des sanctions spécifiques, militent en faveur de cette solution. Le juge mentionne premièrement que le principe s'applique davantage aux lois qui créent des droits privés qu'à celles qui imposent des devoirs publics. Il se référait alors à l'arrêt *Atkinson c. Newcastle Waterworks Co.*, [1874-80] All E.R. Rep. 757, où la Cour d'appel anglaise avait distingué l'affaire *Couch c. Steel* (1854), 3 El. & Bl. 402, 118 E.R. 1193 (B.R.), qui portait sur l'obligation du propriétaire d'un navire de fournir aux marins des réserves suffisantes de médicaments ([TRADUCTION] « ce cas est différent de celui où un devoir public général est imposé » : *Atkinson*, p. 761). Le juge Anglin mentionnait également que la création d'une exception dépendait

*District Council*, [1898] A.C. 387 (H.L.), in which Lord Macnaghten stated that "[w]hether the general rule is to prevail, or an exception to the general rule is to be admitted [in any particular case], must depend on the scope and language of the Act . . . and on considerations of policy and convenience" (pp. 397-98 (emphasis added)). Finally, Anglin J. states that the provisions and purpose of the statute must be taken into consideration.

de la portée et du langage de la loi créant l'obligation (se référant alors à *Pasmore c. Oswaldtwistle Urban District Council*, [1898] A.C. 387 (H.L.), où lord Macnaghten affirmait que [TRADUCTION] « [l]a question de savoir si la règle générale doit prévaloir ou si une exception à la règle générale doit être reconnue [dans un cas particulier] dépend de la portée et du libellé du texte législatif [. . .] ainsi que de considérations de politique et de commodité » (p. 397-398 (je souligne)). Finalement, le juge Anglin précisait que les dispositions et l'objectif de la loi devaient être considérés.

The role of the syndic of a professional order is clearly a public duty. The syndic's principal function is to inquire into the conduct of professionals in order to protect those who receive their services. The scope of the *Professional Code* and the language used in it reflect this objective of protection, which is provided for in s. 23. As we have seen, judicial policy considerations also favour recognizing the syndic's right to obtain all the information needed to carry out an effective inquiry and reach a final decision to lodge or not to lodge disciplinary complaints.

59 Le rôle du syndic d'un ordre professionnel constitue clairement un devoir public. La mission première du syndic est d'enquêter sur la conduite des professionnels afin de protéger les individus bénéficiant de leurs services. La portée du *Code des professions* et le langage qui y est utilisé traduisent cet objectif qu'illustre le libellé de l'art. 23. Comme nous l'avons vu, des considérations de politique judiciaire militent également en faveur de la reconnaissance du droit du syndic d'obtenir tous les renseignements nécessaires à la poursuite efficace de son enquête et à sa décision finale de porter ou non des plaintes disciplinaires.

Moreover, the Quebec courts have recognized that the existence of a specific sanction under a special statute does not preclude a general law injunction where the circumstances require one. For example, in *Coutu v. Ordre des pharmaciens du Québec*, [1984] R.D.J. 298, the Court of Appeal issued an order for an injunction to end a [TRANSLATION] "flagrant, persistent, systematic and deliberate" breach of the Order's regulations on advertising, which continued even after complaints had been lodged. Although that decision falls within the exception developed in *Morgan* concerning the ability to buy the right to break the law, Jacques J.A. made some more general comments on the circumstances in which the Superior Court would be justified in granting an injunction despite the existence of a specific penal remedy:

60 Les tribunaux québécois ont d'ailleurs reconnu que l'existence d'une sanction spécifique dans une loi particulière n'excluait pas la délivrance d'une injonction de droit commun lorsque les circonstances l'exigent. Par exemple, dans *Coutu c. Ordre des pharmaciens du Québec*, [1984] R.D.J. 298, la Cour d'appel prononçait une telle ordonnance afin de faire cesser la violation « flagrante, persistante, systématique et délibérée » des règlements de l'Ordre concernant la publicité qui se poursuivait même après que des plaintes eurent été déposées. Bien que cet arrêt s'inscrive dans l'exception consacrée dans *Morgan* concernant la faculté d'acheter le droit d'enfreindre la loi, le juge Jacques émettait des commentaires plus généraux sur les circonstances justifiant une Cour supérieure d'accorder une injonction en dépit de la présence de recours pénaux spécifiques :

[TRANSLATION] All the facts submitted to the Court must therefore point to an exceptional situation in which

Il faut donc que l'ensemble des faits soumis à la Cour indique une situation exceptionnelle où l'intérêt public

the public interest is impaired, such as where repeated convictions have had no effect on the offender, where violations of a zoning by-law are affecting the rights of the residents of a zone, or where public safety is put at risk, even before the other remedies provided for by the legislature have been exhausted.

. . .

If there is one constant that emerges from these decisions, it is the need for an impairment of public rights or of public order. The severity of the penalties for contempt of court, which is the consequence of disobeying an injunction, is such that the conduct sought to be prohibited must be disproportionate to the penalties specifically provided for by the legislature, thereby making it necessary to consider the harm caused in relation to the nature of the right invoked and its certainty. [Emphasis added; p. 313.]

61 Faced with similar facts in *Ordre des optométristes du Québec v. Vision Directe Inc.*, [1985] C.S. 116, Gonthier J. of the Quebec Superior Court, as he then was, agreed to issue an injunction because the disciplinary proceedings had been rendered ineffective, as they were paralysed by multiple evocation proceedings and actions in nullity brought by the professionals involved. Gonthier J. wrote the following:

[TRANSLATION] The Ordre des optométristes du Québec acts as a public body to enforce a law of public order for the protection of the consumer public relating, in the instant case, to corrective lenses, that is, to tools that are necessities of life for a very large portion of the public. The order's function in this particular field is thus equivalent to that of the Attorney General, in terms of defending public order. It is recognized that the Court has discretion to grant an injunction to enforce penal or disciplinary provisions at the Attorney General's request if the statutory remedy is ineffective, or if there have been repeated violations of the law. The instant case is not one in which the defendants have been convicted multiple times and been placed in a situation in which they could buy their peace by paying multiple fines, as one frequently finds in the case law.

Rather, the applicants rely on the ineffectiveness of the statutory remedy attributable to multiple evocation proceedings that are unduly delaying the outcome

est atteint comme dans les cas de déclarations répétées de culpabilité sans que cela ait un effet sur le contrevenant ou, comme dans les cas d'infractions à un règlement de zonage qui affectent les droits des résidents d'une zone, ou encore dans les cas où la sécurité du public est mise en danger, et cela, même avant épuisement des remèdes prévus par le législateur.

. . .

Si tant est qu'une constante puisse se dégager de ces décisions, c'est qu'il faut une atteinte aux droits du public ou à l'ordre public. La sévérité des pénalités pour outrage au tribunal, conséquence d'une désobéissance à une injonction, est telle que ce que l'on cherche à prohiber doit être disproportionné en regard des pénalités prévues spécifiquement par le législateur, d'où la nécessité de tenir compte du préjudice en regard de la nature du droit invoqué et de sa certitude. [Je souligne; p. 313.]

Placé devant des faits analogues dans *Ordre des optométristes du Québec c. Vision Directe Inc.*, [1985] C.S. 116, le juge Gonthier, alors à la Cour supérieure du Québec, avait accepté de prononcer une injonction en raison de l'inefficacité des recours disciplinaires paralysés par les multiples procédures engagées par voie d'évocation et d'action en nullité par les professionnels en cause. Le juge Gonthier écrivait à cette occasion :

L'Ordre des optométristes du Québec agit en tant que corps public pour faire respecter une loi d'ordre public qui vise la protection du public consommateur, dans le cas présent en matière de lentilles ophtalmiques c'est-à-dire d'instruments qui sont des nécessités de la vie pour une très grande partie de la population. Sa fonction dans ce domaine particulier est donc assimilable à celle du procureur général pour la défense de l'ordre public. Le pouvoir discrétionnaire du Tribunal d'accorder une injonction pour faire respecter les dispositions pénales ou disciplinaires à la demande du procureur général est reconnu si le remède statutaire est inefficace ou encore s'il y a eu violation répétée de la loi. Le cas présent n'en est pas un où les défendeurs ont été condamnés à de multiples reprises et se seraient mis dans une situation d'acheter leur paix en payant de multiples amendes comme on en retrouve fréquemment dans la jurisprudence.

Les demandeurs invoquent plutôt l'inefficacité du remède statutaire attribuable aux multiples recours en évocation qui retardent indûment l'aboutissement du

of disciplinary proceedings and the fact that, in the interim, the defendants have published a second circular that, because of its wide distribution, undermines the order's ability to enforce its regulations. This type of advertising is contrary to the letter and the spirit of the order's ethical regulations, which allow informational advertising only and prohibit advertising that encourages consumption, thereby upholding the quality of professional services while minimizing the commercial aspects. The case at bar is of the same nature as those that have resulted in injunctions against the advertisement of professional services by pharmacists and lawyers. [Emphasis added; p. 119.]

In applying the analytical framework established by Gonthier J., the courts have specifically held in certain decisions that the ineffectiveness of the remedy provided for in s. 191 *Prof. C.* could in certain circumstances make recourse to a general law injunction necessary: *Deveault v. Centre Vu Lebel & Des Roches Inc.*, Sup. Ct. Montreal, No. 500-05-003478-854, May 24, 1985 (*per* Dugas J.); *Ordre des optométristes du Québec v. United States Shoe Corp.*, SOQUIJ AZ-89021102 (Sup. Ct.) (*per* Flynn J.). In *Barreau du Québec v. Descôteaux*, SOQUIJ AZ-95021889 (Sup. Ct.), Forget J., as he then was, also adopted the reasoning of Gonthier J. and refused to dismiss an application for an injunction on the ground that it duplicated the penal proceeding provided for in s. 191 *Prof. C.* Forget J. nevertheless concluded that, where the conditions of that provision are met, it must be used. I agree with this reservation.

### 3. Review, by the Judge Hearing the Application for Injunction, of the Difficulties Inherent in Disclosing the Information and of the Protection of the Parties' Interests

The importance of and weight given to the remedies and penalties provided for in a special statute will depend on the particular context of a given case. Ultimately, the judge will have to determine whether the public interest requires that an injunction be issued to put an end to the violation of a law even though another remedy is available. In the circumstances that gave rise to the dispute in the case at bar, the injunction provided for in s. 191 *Prof. C.* to prevent the repeated commission of

recours disciplinaire et le fait que dans l'intérim, les défendeurs ont publié une deuxième circulaire qui par sa large distribution mine la capacité de l'Ordre de faire respecter sa réglementation. Effectivement, ce genre de publicité est contraire au règlement de déontologie de l'Ordre et à son esprit qui vise à ne permettre qu'une publicité informative en excluant une publicité incitative à la consommation, ceci comme moyen d'assurer la qualité du service professionnel en minimisant l'aspect commercial. La présente espèce est de même nature que celles qui ont donné lieu à l'émission d'injonctions en matière de publicité professionnelle pour les pharmaciens et pour les avocats. [Je souligne; p. 119.]

62 Appliquant le cadre d'analyse établi par le juge Gonthier, certaines décisions ont spécifiquement conclu que l'inefficacité du recours prévu par l'art. 191 *C. prof.* pouvait dans certaines circonstances rendre nécessaire le recours à l'injonction de droit commun : *Deveault c. Centre Vu Lebel & Des Roches Inc.*, C.S. Montréal, nº 500-05-003478-854, 24 mai 1985 (le juge Dugas); *Ordre des optométristes du Québec c. United States Shoe Corp.*, SOQUIJ AZ-89021102 (C.S.) (le juge Flynn). Dans *Barreau du Québec c. Descôteaux*, SOQUIJ AZ-95021889, le juge Forget, alors à la Cour supérieure, adoptait également le raisonnement du juge Gonthier et refusait de déclarer irrecevable une demande d'injonction au motif qu'elle faisait double emploi avec les procédures pénales prévues à l'art. 191 *C. prof.* Le juge Forget concluait toutefois que, lorsque les conditions d'application de cette disposition étaient réunies, il fallait utiliser ce recours. Je suis d'accord avec cette réserve.

### 3. Le contrôle du juge de l'injonction sur les difficultés inhérentes à la communication des renseignements et quant à la protection des intérêts des parties

63 L'importance et le poids des recours et peines prévus dans la loi particulière sera fonction du contexte particulier de l'espèce. En définitive, un juge devra évaluer si l'intérêt public exige la délivrance d'une injonction afin de faire cesser une violation à la loi et ce malgré le fait qu'un autre recours soit prévu. Dans les circonstances qui ont provoqué le présent litige, l'injonction visant à prévenir la commission d'infractions pénales à répétition prévue à l'art. 191 *C. prof.* n'aurait pas été

penal offences would not have been an appropriate and effective remedy. The case before the syndic was not, strictly speaking, one of repeated violations, and no penal prosecution had been instituted. Moreover, such proceedings could not have been commenced without prior authorization from the Attorney General, as a syndic cannot act alone. A judge might therefore conclude that it is difficult to reconcile the importance of the *Professional Code* and the syndic's inquiry for the protection of the public with the requirements and time limits inherent in this particular remedy. A timely and effective remedy to the failure to co-operate with the syndic's inquiry was needed to allow the syndic and the Ordre des pharmaciens to fulfil their obligation of diligence in disciplinary matters. I would add that the judge hearing the application for injunction can solve any problems that might result from the disclosure of the information requested from third parties by defining the third parties' obligations and the terms and conditions of their performance so as to dispel any fears that the injunction would lead to the fishing expedition apprehended by the respondents.

4. Merits of the Application for Injunction in the Circumstances

64 I believe that Déziel J. exercised his discretion properly in granting the injunction requested by Syndic Binet. An accurate interpretation of s. 122 *Prof. C.* would give the syndic the right to require Pharmascience to disclose documents concerning the payment of rebates and other benefits. The syndic, who is responsible for protecting the public, obviously had the interest required to make the application. The fact that it was impossible for him to apply on his own for the specific remedy provided for in s. 191 *Prof. C.* made a general law injunction all the more appropriate and necessary.

65 In my opinion, when analysing the issue of serious harm, the syndic's request for disclosure must not be considered in isolation. This case concerns not only the interest of the syndic or the professional order in having the documents disclosed, but also the interest of Quebec drug consumers in doing business with pharmacists who are not in a

un recours approprié et efficace. Le syndic ne se trouvait pas à proprement parler dans un cas de violations répétées et aucune poursuite pénale n'avait été intentée. Qui plus est, l'introduction de telles procédures aurait exigé l'autorisation préalable du procureur général, le syndic ne pouvant agir seul. Un juge pouvait donc conclure que l'importance du *Code des professions* et de l'enquête du syndic pour la protection du public pouvaient difficilement s'accommoder des exigences et des délais inhérents à ce recours spécifique. Un remède prompt et efficace au défaut de coopération à l'enquête du syndic s'imposait pour permettre à ce dernier et à l'Ordre des pharmaciens de satisfaire à leur obligation de diligence en matière disciplinaire. J'ajoute que le juge de l'injonction peut régler les problèmes que poserait éventuellement la communication des informations demandées aux tiers en définissant les obligations de ceux-ci ainsi que les modalités de leur exécution, pour dissiper toute crainte que l'ordonnance d'injonction ne déclenche l'excursion de pêche appréhendée par les intimés.

4. Bien-fondé de la demande d'injonction dans les circonstances

J'estime que le juge Déziel a correctement exercé sa discrétion d'accorder l'injonction que demandait le syndic Binet. Une interprétation exacte de l'art. 122 *C. prof.* conférait au syndic le droit d'exiger de Pharmascience la transmission des documents concernant le versement de ristournes et autres avantages. À l'évidence, le syndic, qui se voit confier le mandat de protéger le public, avait l'intérêt requis pour intenter ce recours. L'impossibilité pour le syndic d'agir seul, dans le cadre du recours spécifique prévu à l'art. 191 *C. prof.*, rendait d'autant plus utile et nécessaire le recours à l'injonction de droit commun.

Dans l'analyse du préjudice sérieux, il faut à mon avis éviter de considérer la demande de communication du syndic en vase clos. Il ne s'agit pas seulement ici de l'intérêt du syndic ou de l'ordre professionnel dans la transmission des documents mais aussi celui qu'ont les consommateurs de médicaments québécois à transiger avec des pharmaciens qui

conflict of interest. In a field as specialized as this one, where public health imperatives are at stake, the seriousness of the risk that pharmacists might put their own interests ahead of those of patients in choosing certain medications must not be underestimated. It should also be noted, as Déziel J. did, that if the syndic's information proved to be true, the kickback scheme in the case at bar was exploiting public funds allocated to health care for all Quebecers. Moreover, some of the evidence indicated that kickbacks continued to be paid despite the institution of the RAMQ's proceedings (A.R., at pp. 203-4).

ne se trouvent pas en conflit d'intérêts. Dans un domaine aussi spécialisé, qui met directement en cause des impératifs de santé publique, il ne faut pas sous-estimer la gravité du risque que des pharmaciens privilégient leurs propres intérêts plutôt que celui des patients dans le choix de certains médicaments. On doit aussi constater, comme l'a fait le juge Déziel, que si les informations dont le syndic disposait s'avéraient fondées, le système de ristournes en cause en l'espèce exploitait les ressources du trésor public destinées aux soins de santé de tous les Québécois. Certains éléments de preuve indiquaient d'ailleurs que les versements de ristournes continuaient malgré l'institution des procédures par la RAMQ (d.a., p. 203-204).

In an analysis of serious harm resulting from an offence under the *Professional Code*, the fact that this statute is a law of public order must be taken into account. The comments of Brossard J.A. in *Ordre des pharmaciens du Québec v. Meditrust Pharmacy Services Inc.*, [1994] R.J.Q. 2833, a case in which the Court of Appeal granted an injunction against a company that sold drugs by mail order, are enlightening:

66 L'analyse du préjudice sérieux découlant d'une infraction au *Code des professions* doit tenir compte du caractère d'ordre public de cette loi. Les commentaires du juge Brossard dans *Ordre des pharmaciens du Québec c. Meditrust Pharmacy Services Inc.*, [1994] R.J.Q. 2833, une affaire où la Cour d'appel accordait une injonction contre une entreprise faisant la vente de médicaments à distance, sont éclairants :

> [TRANSLATION] What is striking at first glance upon reading the judgment *a quo* is that the trial judge does not at any moment appear, in assessing harm and the balance of convenience, to have taken into consideration the fact that the appellant's mandate under the *Professional Code* and the *Pharmacy Act*, that is, to monitor and supervise the practice of pharmacy in Quebec, is merely one of public order and public interest that was delegated to it by the state.
>
> In this context, the harm to be taken into consideration is that which is likely to be caused to public order, not that caused to the Ordre des pharmaciens, and in the absence of a clear and indisputable right, what must be considered or weighed are, on the one hand, the inconveniences for a commercial corporation that alleges no specific inconvenience in the event the injunction is granted and, on the other hand, those that affect the public interest and public order. [Emphasis added; p. 2836.]

> Ce qui frappe, à première vue, à la lecture du jugement entrepris, c'est que le premier juge ne semble en aucun moment avoir pris en considération dans l'appréciation du préjudice et de la balance des inconvénients le fait que l'appelant n'exerce, sous l'autorité du *Code des professions* et de *Loi sur la pharmacie*, qu'une mission d'ordre et d'intérêt public, qui lui a été déléguée par l'État, soit celle de contrôler et de surveiller l'exercice de la pharmacie au Québec.
>
> Dans ce cadre, le préjudice à considérer est celui susceptible d'être causé à l'ordre public, et non celui à être causé à l'Ordre des pharmaciens, et les inconvénients à considérer ou à mettre dans la balance, en l'absence d'un droit clair et incontestable, sont ceux, d'une part, d'une société commerciale qui n'en allègue aucun spécifique si l'injonction devait être accordée, et ceux, d'autre part, qui relèvent de l'intérêt et de l'ordre public. [Je souligne; p. 2836.]

Brossard J.A. went on to note that, in certain cases, the serious harm required for an injunction to be issued can be inferred from the simple fact that the *Professional Code* has been violated:

Le juge Brossard poursuivait en précisant que, dans certains cas, l'existence du préjudice sérieux nécessaire pour la délivrance d'une injonction pourra s'inférer du seul fait de la violation du *Code des professions* :

[TRANSLATION] As an extension of the state, from which it inherited through a delegation of power the mandate to enforce the provisions of both the *Professional Code* and the *Pharmacy Act* in respect of all aspects of the practice of that profession, the appellant has not only the power but also the duty to enforce those provisions. The present injunction is consistent with that mandate of public order and of public interest. Insofar as the appellant has established *prima facie* a serious colour of right on the merits, the ongoing violation of the public order provisions of the *Professional Code* and the *Pharmacy Act* during the proceedings, and until the rendering of a final decision on the merits, constitutes in itself sufficient harm to warrant granting an injunction for the sole purpose of temporarily forcing the respondent to obey the law while the proceedings are in progress. [Emphasis added; p. 2839.]

67 As I mentioned above, the case at bar does not involve the types of repeated violations or acts of bad faith that are characteristic of some of the cases of general law injunctions I have discussed. But the case law on this subject confirms that the demonstration of such circumstances is not essential. When the public interest is at stake, a proliferation of court challenges may make an injunction under the *Code of Civil Procedure* necessary. In light of the evidence of Syndic Binet's difficulties in obtaining essential documents for his inquiry, Déziel J. took Pharmascience's court challenges into account; those challenges extended over a seven-month period and were appealed all the way to this Court, which dismissed an application for a stay (S.C.C., No. 30188, March 17, 2004). In exercising his discretion, Déziel J. properly found that Pharmascience's refusals and its conduct were intended to paralyse Syndic Binet's inquiry. The Court of Appeal was not justified in questioning that finding.

68 In my view, the Court of Appeal also erred in holding that the trial judge should have considered other methods by which, in its opinion, Syndic Binet could have tried to obtain the names of pharmacists he needed for his disciplinary inquiry. The Court of Appeal thus considered that the syndic could have waited for the information to be disclosed in the course of the civil proceedings brought against the

Extension de l'état dont il a hérité, par délégation de pouvoir, de la mission de faire respecter les dispositions tant du *Code des professions* que de la *Loi sur la pharmacie*, en regard de tous les aspects de l'exercice de cette profession, l'appelant a non seulement le pouvoir, mais également le devoir de faire respecter ces dispositions. La présente injonction s'insère dans le cadre de cette mission d'ordre et d'intérêt publics. Dans la mesure où il a établi *prima facie* son apparence sérieuse de droit au mérite, la violation continuelle des dispositions d'ordre public du *Code des professions* et de la *Loi sur la pharmacie*, pendant l'instance, et jusqu'à l'adjudication finale au fond constitue, en soi, un préjudice suffisant pour justifier l'octroi d'une injonction dont le seul objet est d'imposer, de façon temporaire, pendant l'instance, le respect par l'intimée des dispositions de la loi. [Je souligne; p. 2839.]

Comme je l'ai déjà mentionné, la présente affaire ne met pas en cause le type de récidives ou d'actes de mauvaise foi qui caractérisent certains des cas de délivrance d'une injonction de droit commun que j'ai passés en revue. Ainsi que le confirme la jurisprudence sur le sujet, la démonstration de telles situations n'est pas indispensable. Lorsque l'intérêt public est en jeu, la multiplication de procédures de contestation peut rendre nécessaire le recours à l'injonction du *Code de procédure civile*. À la lumière de la preuve des difficultés qu'éprouvait le syndic Binet à obtenir les documents essentiels à son enquête, le juge Déziel prit en compte les procédures de contestation de Pharmascience qui s'étalèrent sur une période de sept mois et furent portées en appel jusque devant notre Cour qui rejeta une demande de sursis (C.S.C., nº 30188, 17 mars 2004). Dans l'exercice de sa discrétion, le juge Déziel était en droit de conclure que les refus de Pharmascience et son comportement visaient à paralyser l'enquête du syndic Binet. La Cour d'appel n'était pas justifiée de remettre en cause cette conclusion.

À mon avis, la Cour d'appel a aussi décidé à tort que le juge du procès aurait dû considérer d'autres méthodes par lesquelles, selon son opinion, le syndic Binet aurait pu tenter d'obtenir les noms des pharmaciens nécessaires à son enquête disciplinaire. Ainsi, la Cour d'appel estimait que le syndic aurait pu attendre que les informations soient divulguées dans le cadre des poursuites civiles intentées

manufacturers by the RAMQ, or when the complaints were heard by the committee on discipline, which has the power to require the production of documents by way of *subpoena duces tecum*.

Neither of these options would have allowed Syndic Binet to conduct a diligent, effective and complete inquiry. The first is not only slow, but quite random: I agree with the syndic that there is no guarantee the documents will ever be made available. For example, in the event of an out-of-court settlement, the documents may never be filed. As for the second option, I have already mentioned the complementary relationship between the evidence collected by a syndic and the filing of a disciplinary complaint. A syndic is required to investigate alleged misconduct and, where appropriate, to lodge a complaint with the committee on discipline. Syndic Binet states in his affidavit dated November 14, 2003 that it was impossible for him [TRANSLATION] "to know precisely which 1,340 pharmacy owners out of a total of 1,575 received benefits or discounts" (A.R., at p. 255). If the syndic's inquiry is recognized to be legitimate, and if it is open to him to approach third parties, it would be unreasonable to require him to prove that there is no other way to obtain certain information or that any other means would in practice be impossible. Such an approach would prevent the syndic and the Ordre des pharmaciens from carrying out their duty to protect the public.

## V. Conclusion

I would therefore allow the appeal with costs throughout and restore the injunction order made by the Quebec Superior Court.

The reasons of Fish and Abella JJ. were delivered by

ABELLA J. (dissenting) — The public is entitled to know that the professionals on whom it relies behave competently and with integrity. It is to protect the public's interest in that professionalism that the conduct of those professionals is subject to scrutiny through mechanisms such as those delineated

par la RAMQ contre les fabricants ou lors des auditions des plaintes devant le comité de discipline qui a le pouvoir d'exiger la production de documents au moyen de *subpœna duces tecum*.

69 Aucune de ces options ne permettait au syndic Binet de mener une enquête diligente, efficace et complète. Le premier moyen est non seulement lent mais très aléatoire : je suis d'accord avec le syndic que rien ne garantit que les documents soient éventuellement accessibles. À titre d'exemple, un règlement hors cour pourrait prévoir que les documents ne soient jamais déposés. Quant au deuxième moyen, j'ai déjà mentionné la complémentarité de la preuve accumulée par le syndic et du dépôt d'une plainte disciplinaire. Le syndic est tenu d'enquêter sur des conduites dérogatoires alléguées et de porter plainte au comité de discipline, le cas échéant. Le syndic Binet annonce dans son affidavit du 14 novembre 2003 qu'il lui est impossible « de savoir précisément quels sont chacun des 1 340 des 1 575 pharmaciens propriétaires qui ont reçu des avantages ou des ristournes » (d.a., p. 255). Si l'on admet la légitimité de la démarche du syndic et la possibilité pour ce dernier de s'adresser à des tiers, il serait absurde de lui imposer le fardeau de prouver qu'il n'existe pas d'autres moyens d'obtenir certains renseignements ou celui de démontrer que ces moyens sont *de facto* irréalisables. Une telle approche empêcherait le syndic et l'Ordre des pharmaciens de remplir leur devoir de protection du public.

## V. Conclusion

70 J'accueillerais donc l'appel avec dépens devant toutes les cours et je rétablirais ainsi l'ordonnance d'injonction prononcée par la Cour supérieure du Québec.

Version française des motifs des juges Fish et Abella rendus par

71 LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le public a le droit de savoir que les professionnels sur qui il compte agissent avec compétence et intégrité. C'est pour protéger l'intérêt du public en garantissant ce professionnalisme que des mécanismes comme ceux établis dans le *Code des professions*, L.R.Q.,

in the *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26 ("Code"). In this respect, I am in agreement with my colleague Justice LeBel. Where we differ, however, is on how and by whom that supervisory responsibility is to be discharged in the context of this specific statutory scheme.

72 There is no doubt that the overriding purpose of the Code is the protection of the public, but this purpose manifests itself through specific legislative language about the syndic's powers. A syndic is confined by s. 122 to requesting information only in relation to allegations that a particular professional has breached the Code. I do not see in that language any power on the part of the syndic to go on a "fishing expedition". In this case, the syndic lacked this information. Nor do I agree that an injunction can be issued in these circumstances in the absence of the consent of the Attorney General.

73 Section 122 of the Code states:

> **122.** The syndic and assistant syndics may, following an [*sic*] information to the effect that a professional is guilty of an offence contemplated in section 116, inquire into the matter and require that they be provided with any information or document relating to such inquiry. . . .
>
> Section 114 shall apply to every inquiry held under this section.

It permits the syndic to launch an investigation "following an information to the effect that a professional is guilty of an offence". It does not confer a general investigatory power. This power is reserved to the Inspection Committee of the Bureau.

74 With great respect to the contrary view, in my view this case is governed by this Court's decision in *James Richardson & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1984] 1 S.C.R. 614. In that case, this Court dealt with the Minister's powers under s. 231 of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, which gave the Minister the power to require from any person, for any purposes related to the administration or enforcement of the Act, any information or production of any documents. Relying on this provision, the Minister decided to investigate compliance with the *Income Tax Act* by traders in

ch. C-26 (« Code »), permettent de scruter la conduite des professionnels. Sur ce point, je suis d'accord avec mon collègue le juge LeBel. Nous divergeons toutefois d'opinion sur la question de savoir comment doit s'exercer et à qui revient cette fonction de surveillance dans le contexte de ce régime législatif particulier.

Il ne fait aucun doute que l'objet premier du Code est la protection du public, mais cet objet s'exprime dans une disposition législative particulière sur les pouvoirs du syndic. Le syndic est confiné par l'art. 122 à la demande de renseignements se rapportant uniquement aux allégations qu'un professionnel a contrevenu au Code. Je ne vois rien dans cette disposition qui permette au syndic de faire une recherche à l'aveuglette. En l'espèce, le syndic ne disposait pas de ces renseignements. Je ne crois pas non plus qu'une injonction puisse être prononcée dans ces circonstances sans le consentement du procureur général.

L'article 122 du Code est ainsi libellé :

> **122.** Le syndic et les syndics adjoints peuvent, à la suite d'une information à l'effet qu'un professionnel a commis une infraction visée à l'article 116, faire une enquête à ce sujet et exiger qu'on leur fournisse tout renseignement et tout document relatif à cette enquête. . .
>
> L'article 114 s'applique à toute enquête tenue en vertu du présent article.

Il permet au syndic de faire une enquête « à la suite d'une information à l'effet qu'un professionnel a commis une infraction ». Il ne lui confère pas un pouvoir général d'enquête. Ce pouvoir est réservé au comité d'inspection du Bureau.

En toute déférence pour l'opinion contraire, j'estime que la présente espèce est régie par l'arrêt *James Richardson & Sons Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1984] 1 R.C.S. 614. Dans cette affaire, la Cour a examiné les pouvoirs conférés au ministre par l'art. 231 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, selon lequel le ministre pouvait, pour l'application ou l'exécution de la Loi, exiger d'une personne qu'elle fournisse tout renseignement ou qu'elle produise tout document. S'appuyant sur cette disposition, le ministre a décidé de vérifier si les négociants en denrées à

the commodities futures market and, as a result, requested information from a particular broker in the field about its clients. The broker provided some information but refused to provide the information necessary to identify the clients. The Minister, as a result, made a formal demand under s. 231. This Court held that the Minister had no power to make such a request, stating:

> It seems to me that what the Minister is trying to do here, namely check generally on compliance with the statute by traders in the commodities futures market, cannot be done by conducting a "fishing expedition" into the affairs of one broker's customers under s. 231(3) of the Act. . . .
>
> . . . If the tax liability of its customers or one or more of them were the subject of a genuine inquiry, then the Minister would clearly be entitled under s. 231(3) to single out the appellant even although innocent taxpayers' trading activities were disclosed in the process. But it cannot, in my opinion, be singled out otherwise. It cannot be compelled under s. 231(3) to provide the random sample for a check on general compliance by the entire class. . . . [pp. 625-26]

Similarly, in *Beaulne v. Kavanagh-Lemire*, [1989] R.J.Q. 2343, the Quebec Court of Appeal held that a syndic has a specific limited power of investigation, but not the power to investigate the practices of the profession at large. Although the conduct investigated in *Beaulne* was not an offence, the Court of Appeal made clear that that was not the only reason it found the syndic to have exceeded his jurisdiction:

> [TRANSLATION] Section 122 of the *Professional Code*, *supra*, allows syndics to conduct inquiries only in specific circumstances and under certain conditions. The power the statute confers on them is not general and discretionary but, on the contrary, specific and limited. There must be *information* that *a* professional has committed an offence. [Emphasis in original; p. 2346.]

The syndic, in other words, must have information that a specific, identified professional may have committed a specific offence.

terme respectaient la *Loi de l'impôt sur le revenu* et a, de ce fait, demandé à un courtier travaillant dans ce domaine des renseignements sur ses clients. Celui-ci a fourni certains renseignements, mais a refusé de fournir les renseignements qui permettent d'identifier ses clients. Le ministre a donc présenté une demande formelle en vertu de l'art. 231. La Cour a statué que le ministre n'avait pas le pouvoir de le faire :

> Il me semble que ce que le Ministre tente d'accomplir en l'espèce, c'est-à-dire vérifier de manière générale si les négociants en denrées à terme observent la Loi, ne peut pas se faire au moyen d'une « recherche à l'aveuglette » faite, en vertu du par. 231(3) de la Loi, dans les affaires des clients d'un courtier. . .
>
> . . . Si l'assujettissement à l'impôt d'un seul ou de plusieurs de ses clients faisait l'objet d'une enquête véritable, le Ministre aurait alors manifestement le droit, en vertu du par. 231(3), de choisir l'appelante, même si cela avait pour effet de divulguer les opérations commerciales de contribuables innocents. Mais elle ne peut pas, à mon avis, être choisie en d'autres circonstances. Elle ne peut pas être forcée, en application du par. 231(3), à fournir des échantillons au hasard aux fins de vérifier si la Loi est observée par l'ensemble de la catégorie. . . [p. 625-626]

75 De même, dans *Beaulne c. Kavanagh-Lemire*, [1989] R.J.Q. 2343, la Cour d'appel du Québec a conclu que le syndic a un pouvoir d'enquête spécifique et limité, mais non le pouvoir d'enquêter sur les pratiques de l'ensemble de la profession. Même si dans *Beaulne* la conduite visée par l'enquête ne constituait pas une infraction, la Cour d'appel a indiqué clairement que ce n'était pas pour cette seule raison qu'elle a jugé que le syndic avait outrepassé sa compétence :

> Or, l'article 122 du *Code des professions* précité ne permet au syndic de faire enquête que dans des circonstances et à des conditions spécifiques. La loi ne lui confère pas un pouvoir général et discrétionnaire mais, au contraire, un pouvoir spécifique et limité. Il faut, en effet, qu'il existe *une information* à l'effet qu'*un* professionnel a commis une infraction. [En italique dans l'original; p. 2346.]

Autrement dit, le syndic doit disposer des renseignements selon lesquels un professionnel en particulier peut avoir commis une infraction précise.

76 For a syndic to engage in a valid investigation under s. 122, he or she must have information or a complaint regarding the possibility that a particular professional, or group of professionals, has committed an offence. The scope of investigations, it seems to me, is clearly limited by the individualized nature of disciplinary hearings. This individual disciplinary investigation, which is based on the receipt of a complaint about individuals or groups of individuals, is in contrast to the wider powers of the Bureau's Inspection Committee which has responsibility for overseeing the entire profession and for investigating matters affecting it.

77 Where the legislature has intended to give broad investigatory powers, it has expressly done so. Section 112 of the Code, for example, defines the broad powers of an inspection committee:

**112.** The committee shall supervise the practice of the profession by the members of the order and it shall in particular inspect their records, books, registers, medications, poisons, products, substances, apparatus and equipment relating to such practice, and inspect the property entrusted to them by their clients. . . .

At the request of the Bureau, the committee or one of its members shall inquire into the professional competence of any member of the order indicated by the Bureau; the committee or one of its members may also act of his own initiative in this regard. . . .

In addition, the Bureau has regulation-making powers, which allow it to implement global solutions, such as its recent revision of the *Code of ethics of pharmacists*, R.R.Q. 1981, c. P-10, r. 5, with regard to rebates and kickbacks.

78 In this case, the syndic, Jocelyn Binet, launched an investigation to try to identify members who had committed an infraction. Binet had no information regarding any specific, identifiable pharmacists. What he had was general information, obtained from as yet unconcluded legal proceedings against generic pharmaceutical companies, that unnamed pharmacists had been receiving kickbacks.

Pour que l'enquête qu'il mène en vertu de l'art. 122 soit valide, le syndic doit avoir reçu des renseignements ou une plainte concernant la possibilité qu'un professionnel ou groupe de professionnels en particulier aient commis une infraction. La portée de cette enquête, me semble-t-il, est manifestement limitée par le caractère individualisé des audiences disciplinaires. Cette enquête disciplinaire individuelle, fondée sur la réception d'une plainte concernant un individu ou un groupe d'individus, se distingue des pouvoirs plus vastes du comité d'inspection du Bureau, à qui il incombe de surveiller la profession dans son ensemble et d'enquêter sur les questions la concernant.

Toutes les fois que le législateur a voulu attribuer de vastes pouvoirs d'enquête, il l'a indiqué expressément. L'article 112 du Code, par exemple, définit les vastes pouvoirs du comité d'inspection :

**112.** Le comité surveille l'exercice de la profession par les membres de l'ordre et il procède notamment à la vérification de leurs dossiers, livres, registres, médicaments, poisons, produits, substances, appareils et équipements relatifs à cet exercice ainsi qu'à la vérification des biens qui leur sont confiés par leurs clients. . .

À la demande du Bureau, le comité ou un de ses membres fait enquête sur la compétence professionnelle de tout membre de l'ordre indiqué par le Bureau; le comité ou un de ses membres peut aussi agir de sa propre initiative, à cet égard. . .

Le Bureau est aussi doté de pouvoirs de réglementation, qui lui permettent de mettre en œuvre des solutions globales, ce qu'il a fait récemment en révisant le *Code de déontologie des pharmaciens*, R.R.Q. 1981, ch. P-10, r. 5, pour ce qui touche aux rabais et aux ristournes.

En l'espèce, le syndic, Jocelyn Binet, a ouvert une enquête pour tenter d'identifier les membres qui avaient commis une infraction. Il ne possédait aucun renseignement sur un pharmacien en particulier qui serait identifiable. Ce dont il disposait, c'étaient des renseignements généraux obtenus dans le cadre d'une poursuite, toujours en cours, intentée contre des sociétés pharmaceutiques fabriquant des médicaments génériques selon lesquels des pharmaciens, non désignés nommément, recevaient des ristournes.

This kind of general compliance investigation is wholly analogous to what this Court found to be unauthorized in *Richardson*. As in *Richardson*, where the Minister had some general information relating to the non-compliance of some traders in the commodities futures market, Binet had only a generic concern. And, as in *Richardson*, Binet's investigation was in the nature of a "fishing expedition", rather than a response to a specific complaint. If such expeditions are not permitted pursuant to the much broader and more general power of a Minister under s. 231 of the *Income Tax Act*, it is difficult to see how they could be permitted under s. 122 of the Code.

79 Ce genre d'enquête générale visant à vérifier l'observation est tout à fait analogue à ce que la Cour a jugé dans *Richardson* comme étant interdit. En effet, tout comme dans cette affaire, où le ministre disposait de renseignements généraux sur l'inobservation de la part de certains négociants en denrées à terme, la préoccupation de M. Binet était seulement de nature générale. Et, comme dans *Richardson*, l'enquête menée par M. Binet constituait plutôt une recherche à l'aveuglette qu'une réponse à une plainte précise. Si de telles recherches ne sont pas autorisées en vertu du pouvoir plus étendu et plus général conféré au ministre par l'art. 231 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il est difficile de voir comment elles pourraient l'être en vertu de l'art. 122 du Code.

I would therefore find that the syndic did not have the information necessary to trigger his power of investigation under s. 122.

80 Par conséquent, je conclus que le syndic ne possédait pas les renseignements nécessaires pour exercer le pouvoir d'enquête que lui confère l'art. 122.

I agree with LeBel J., however, that, in circumstances where s. 122 applies, the syndic can obtain information and documents from third parties. The language used in the provision is sufficiently broad to encompass third parties, and I see nothing in the rest of the Code indicating that the provision should be interpreted more narrowly. But having concluded that the provision was not activated in the circumstances of this case, Binet had no derivative authority to invoke such authority.

81 Je conviens toutefois avec le juge LeBel que, dans les cas où l'art. 122 s'applique, le syndic peut obtenir de tiers des renseignements et des documents. Le libellé de la disposition est assez général pour englober les tiers, et je ne vois rien dans le reste du Code qui indique qu'il faut donner à la disposition une interprétation plus restrictive. Mais après avoir conclu que la disposition ne s'appliquait pas dans les circonstances de l'espèce, j'estime que M. Binet ne disposait d'aucun pouvoir dérivé lui permettant d'invoquer cette compétence.

Nor do I agree, with respect, that an injunction can be issued in these circumstances in the absence of the consent of the Attorney General. The enforcement mechanism envisioned in the Code is found in the interplay of ss. 114, 122, 188 and 191. Section 114, which is explicitly said to apply to the procedure under s. 122, prohibits a professional from refusing to furnish the documents requested pursuant to the Code. Section 188 makes contravention of any provision of the Code an offence. The combined effect of these two sections is that any third person who refuses to supply the syndic with documents pursuant to an investigation under s. 122 is committing an offence. This opens the door to

82 En toute déférence, j'estime également qu'en l'espèce une injonction ne peut être prononcée sans le consentement du procureur général. Le mécanisme d'exécution prévu par le Code se dégage de l'interaction entre les art. 114, 122, 188 et 191. L'article 114, dont il est mentionné expressément qu'il s'applique à la procédure établie à l'art. 122, interdit à un professionnel de refuser de fournir les documents demandés en vertu du Code. Selon l'article 188, toute personne qui contrevient à une disposition du Code commet une infraction. Par l'effet conjugué de ces articles, commet une infraction tout tiers qui refuse de fournir des documents au syndic dans le cadre d'une enquête fondée sur

the Attorney General to institute penal proceedings pursuant to s. 191, which states:

**191.** If a person repeats the offences contemplated in any of sections 188, 188.1, 188.1.1, 188.1.2, 188.2 and 188.3, the Attorney General or, following his authorization and upon a resolution of the Bureau or the administrative committee of the interested order, the interested order, after penal proceedings have been instituted, may require of the Superior Court an interlocutory writ of injunction enjoining that person or his officers, agents or employees to cease the commission of the offences charged until final judgment is pronounced in penal proceedings.

After pronouncing such judgment, the Superior Court shall itself render final judgment on the application for an injunction.

83 Binet submits that s. 751 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, empowers the Superior Court to order an injunction in this case. Section 751 states:

**751.** An injunction is an order of the Superior Court or of a judge thereof, enjoining a person, his senior officers, agents or employees, not to do or to cease doing, or, in cases which admit of it, to perform a particular act or operation, under pain of all legal penalties.

84 Although this provision provides the Superior Court with broad powers to order injunctions, the question is whether these powers yield to the particular procedures in the *Professional Code*. In my view, they do. I see the Code as exhaustively defining the remedies available when it is violated. Section 191 sets out the required procedures with respect to injunctions. The legislature has therefore expressed the view that injunctions can only be requested under the Code in particular circumstances, namely, when the Attorney General requests or authorizes them and when there has been the repeated commission of an offence. It is difficult to reconcile the stringency of the requirements in s. 191 with a syndic's ability to circumvent them under s. 122 by ignoring the Code's procedural constraints on obtaining an injunction.

85 There is disagreement between the Superior Court and the Court of Appeal about whether

l'art. 122. Le procureur général peut ainsi intenter des poursuites pénales en vertu de l'art. 191 :

**191.** Si une personne répète des infractions visées à l'un des articles 188, 188.1, 188.1.1, 188.1.2, 188.2 ou 188.3, le procureur général ou, après autorisation de ce dernier et sur résolution du Bureau ou du comité administratif de l'ordre intéressé, l'ordre, après que des poursuites pénales aient été intentées, peut requérir de la Cour supérieure un bref d'injonction interlocutoire enjoignant à cette personne, à ses dirigeants, représentants ou employés, de cesser la commission des infractions reprochées jusqu'à prononciation du jugement final à être rendu au pénal.

Après prononciation de ce jugement, la Cour supérieure rend elle-même son jugement final sur la demande d'injonction.

M. Binet soutient que l'art. 751 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, confère à la Cour supérieure le pouvoir de prononcer une injonction en l'espèce. Cette disposition est ainsi libellée :

**751.** L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses dirigeants, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit.

Bien que cette disposition confère à la Cour supérieure de vastes pouvoirs en matière d'injonction, il s'agit de savoir si ces pouvoirs cèdent le pas aux procédures particulières prévues par le *Code des professions*. C'est le cas à mon avis. J'estime que le Code définit de façon exhaustive les recours disponibles en cas de violation. L'article 191 établit les procédures à respecter en matière d'injonction. Le législateur a donc expressément indiqué que les injonctions ne peuvent être demandées en vertu du Code que dans certaines circonstances, à savoir lorsque le procureur général requiert ou autorise l'injonction et lorsqu'il y a répétition de l'infraction. Il est difficile de concilier la rigueur des exigences de l'art. 191 et la capacité du syndic de les contourner selon l'art. 122 en ne tenant aucun compte des contraintes procédurales imposées par le Code pour l'obtention d'une injonction.

La Cour supérieure et la Cour d'appel sont en désaccord quant à la question de savoir si

Pharmascience had already violated a provision of the Code when it refused to provide the requested documents, such that this latter condition in s. 191 was fulfilled. The Court of Appeal concluded that even if s. 122 applied to Pharmascience, the injunction granted was premature as there was no evidence that Pharmascience would not have complied with a request under s. 122 once the court had declared it to be subject to the section. Even assuming that the request for an injunction was not premature, it is clear from s. 191 that Binet was not permitted to ask the court for an injunction as the Attorney General neither authorized nor requested it.

I would therefore dismiss the appeal.

*Appeal allowed with costs,* FISH *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant Jocelyn Binet: Lavery, de Billy, Montréal.*

*Solicitors for the appellant the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Solicitors for the respondents Pharmascience Inc. and Morris S. Goodman: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

Pharmascience avait déjà violé une disposition du Code en refusant de fournir les documents requis, si bien que la dernière condition de l'art. 191 était remplie. La Cour d'appel a conclu que, même si l'art. 122 s'appliquait à Pharmascience, l'octroi de l'injonction était prématuré puisque rien ne prouve qu'elle n'aurait pas obtempéré à une demande fondée sur l'art. 122 une fois que la cour aurait déclaré qu'elle était visée par cette disposition. Même en supposant que la demande d'injonction n'était pas prématurée, il ressort clairement de l'art. 191 que M. Binet ne pouvait présenter cette demande à la cour puisque le procureur général ne l'a ni autorisée ni requise.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 86

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges* FISH *et* ABELLA *sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant Jocelyn Binet : Lavery, de Billy, Montréal.*

*Procureurs de l'appelant le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Procureurs des intimés Pharmascience Inc. et Morris S. Goodman : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

**Apotex Inc.** *Appellant*

*v.*

**AstraZeneca Canada Inc., Minister of Health and Attorney General of Canada** *Respondents*

- and -

**Apotex Inc.** *Appellant*

*v.*

**AstraZeneca Canada Inc., Minister of Health and Attorney General of Canada** *Respondents*

and

**Canadian Generic Pharmaceutical Association and Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies** *Interveners*

**Apotex Inc.** *Appelante*

*c.*

**AstraZeneca Canada Inc., ministre de la Santé et procureur général du Canada** *Intimés*

- et -

**Apotex Inc.** *Appelante*

*c.*

**AstraZeneca Canada Inc., ministre de la Santé et procureur général du Canada** *Intimés*

et

**Association canadienne du médicament générique et Compagnies de recherche pharmaceutique du Canada** *Intervenantes*

INDEXED AS: ASTRAZENECA CANADA INC. *v.* CANADA (MINISTER OF HEALTH)

**Neutral citation: 2006 SCC 49.**

File No.: 30985.

2006: May 11; 2006: November 3.

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

RÉPERTORIÉ : ASTRAZENECA CANADA INC. *c.* CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ)

**Référence neutre : 2006 CSC 49.**

N° du greffe : 30985.

2006 : 11 mai; 2006 : 3 novembre.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Intellectual property — Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Generic manufacturer applying in 1993 for notice of compliance to manufacture and sell copy-cat version of drug containing omeprazole — Original drug sold in Canada from 1989 to 1996 — Innovator drug company continuing to list new patents associated with drug even though it had withdrawn drug from market and had marketed no related products — Generic manufacturer's notice of compliance establishing bioequivalence with 1989 version of*

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments brevetés — Avis de conformité — Demande d'avis de conformité en 1993 par un fabricant de produits génériques en vue de la fabrication et de la vente d'une copie d'une drogue contenant de l'oméprazole — Vente de la drogue originale au Canada de 1989 à 1996 — Société pharmaceutique innovatrice continuant à inscrire de nouveaux brevets relativement à la drogue même si elle l'avait retirée du marché et n'avait commercialisé aucun produit connexe — Bioéquivalence avec la version de*

*drug — Whether generic manufacturer was required to address new listed patents — Whether s. 5(1) of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations refers to actual comparator drug copied by generic manufacturer or to drug in any of its formulations — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 55.2(4) — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4(1), (5), 5(1).*

In 1989, the respondent AstraZeneca, an innovator manufacturer, obtained from the Minister of Health a notice of compliance ("NOC") enabling it to market its drug omeprazole for use in the treatment of acidic stomach conditions. It was sold in Canada as *Losec 20* from 1989 until 1996, when AstraZeneca decided to remove it from the market and replace it with another formulation. AstraZeneca's patent for omeprazole then expired in 1999. In 2002, despite the absence of *Losec 20* from the market, AstraZeneca obtained and registered with the Minister of Health two more patents associated with *Losec 20*, but did not incorporate this new technology into any of its products. In 1993, Apotex filed an abbreviated new drug submission for a NOC for its generic version of omeprazole, comparing its product to AstraZeneca's 1989 version of *Losec 20*. The Minister determined that Apotex was not required to address the after-issued patents and granted Apotex the NOC in 2004. AstraZeneca applied for judicial review of this decision, and the motions judge upheld the Minister's decision. The Federal Court of Appeal overturned this judgment and quashed Apotex's NOC.

*Held*: The appeal should be allowed.

Under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* ("*NOC Regulations*"), a generic manufacturer that is not prepared to await the expiry of what are alleged to be the relevant patents, must challenge their validity or applicability to its proposed product (s. 5). The challenge is to be embodied in a notice of allegation. The innovator drug company may then apply for an order prohibiting the issuance of the NOC based on the relevance, validity and applicability of the listed patents (s. 7). The application for prohibition triggers a 24-month statutory freeze on the issuance of a NOC. In this case, the Minister was entitled to issue the NOC to Apotex on the basis of Apotex's abbreviated new drug submission without subjecting it to the 24-month statutory freeze in respect of the after-issued patents. The *NOC Regulations* are concerned only with patents relevant to the innovator product actually copied and not with subsequently issued

*1989 de la drogue établie par l'avis de conformité du fabricant de produits génériques — Le fabricant de produits génériques doit-il traiter des nouveaux brevets inscrits au registre? — L'article 5(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) renvoie-t-il à la véritable drogue de comparaison copiée par le fabricant de produits génériques ou à la drogue dans toutes ses formulations? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 55.2(4) — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(1), (5), 5(1).*

En 1989, l'intimée AstraZeneca, fabricant innovateur, obtient du ministre de la Santé un avis de conformité (« AC ») lui permettant de commercialiser sa drogue oméprazole pour traitement des affections de l'estomac causées par l'acidité. La drogue est vendue au Canada sous le nom de *Losec 20* de 1989 à 1996, date à laquelle AstraZeneca décide de la retirer du marché et de la remplacer par une autre formulation. Le brevet d'AstraZeneca pour l'oméprazole expire en 1999. En 2002, malgré l'absence du *Losec 20* sur le marché, AstraZeneca obtient et enregistre auprès du ministre de la Santé deux autres brevets relatifs au *Losec 20*, mais elle n'incorpore cette nouvelle technique dans aucun de ses produits. En 1993, Apotex dépose une présentation abrégée de drogue nouvelle en vue d'obtenir un AC pour sa version générique de l'oméprazole, en comparant son produit à la version de 1989 du *Losec 20* d'AstraZeneca. Le ministre décide qu'Apotex n'est pas tenue de traiter des brevets « post-délivrance » et lui accorde l'AC en 2004. AstraZeneca demande le contrôle judiciaire de cette décision et le juge des requêtes confirme la décision du ministre. La Cour d'appel fédérale infirme ce jugement et annule l'AC d'Apotex.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

Selon le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (« *Règlement AC* »), le fabricant de produits génériques qui ne veut pas attendre l'expiration des brevets présentés comme étant pertinents doit contester leur validité ou leur applicabilité au produit qu'il propose (art. 5). La contestation doit être exposée dans un avis d'allégation. La société pharmaceutique innovatrice peut alors demander une ordonnance interdisant la délivrance de l'AC sur le fondement de la pertinence, de la validité et de l'applicabilité des brevets inscrits (art. 7). La demande d'interdiction déclenche un gel de 24 mois prévu par la loi pour la délivrance d'un AC. En l'espèce, le ministre avait le pouvoir de délivrer l'AC à Apotex sur le fondement de sa présentation abrégée de drogue nouvelle, sans imposer le gel de 24 mois prévu par la loi à l'égard des brevets « post-délivrance ». Le *Règlement AC* vise uniquement les brevets relatifs au

and listed patents from which a generic manufacturer could not receive a benefit. [3] [17]

AstraZeneca's interpretation of the *NOC Regulations*, which is rejected, would permit "evergreening" a product indefinitely by the addition of new patents of marginal significance, which would trigger an indefinite series of 24-month statutory freezes, even though such subsequently listed patents are not the subject of "early working" by the generic manufacturer, and from which (as in the circumstances here) the generic manufacturer derives no advantage. Such an interpretation not only flies in the face of the limited regulatory purpose authorized by s. 55.2(4) of the *Patent Act*, but attaches no significance to s. 4(5) of the *NOC Regulations* which requires that particular patents be linked to particular submissions. It is not to be presumed that the regulations insist on this identification for no purpose. [23]

The scope of the protection to which AstraZeneca is entitled is predicated on the patent list established under s. 4(1). With respect to patents added afterwards, s. 4(5) indicates that a patentee must link the submission to the patent list to which it relates, and to the NOC to which the submissions are directed. This ensures that the Minister is able to identify the precise patents relevant to the "early working" by a generic manufacturer of its copy-cat product. [20-22]

Since, in this case, Apotex did not claim bioequivalence or take advantage of the early working exception with respect to the technology incorporated in the two after-issued patents, the scheme of the *NOC Regulations* and the statutory freeze with respect to those patents should not apply to it. When the *NOC Regulations* are considered in their context, including s. 55.2(4) of the *Patent Act*, the references in s. 5(1) to "another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence" and "the other drug" in respect of which patents are listed can only mean the actual comparator drug and not a drug that never became available on the market for comparison. [18] [23] [28] [36]

**Cases Cited**

**Applied:** *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; **overruled:** *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140, 2003 FCA 24.

produit innovateur véritablement copié et non les brevets délivrés et inscrits au registre par la suite qui ne profitent en rien aux fabricants de produits génériques. [3] [17]

Selon l'interprétation que donne AstraZeneca au *Règlement AC* et qui est rejetée, il serait possible de perpétuer son produit en ajoutant de nouveaux brevets de peu d'importance, qui déclencheraient une série indéfinie de gels de 24 mois prévus par la loi, même si les brevets inscrits ultérieurement ne font pas l'objet des « travaux préalables » effectués par le fabricant de produits génériques et que celui-ci n'en tire aucun avantage (comme c'est le cas en l'espèce). Une telle interprétation non seulement va à l'encontre des fins limitées de réglementation autorisées au par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, mais aussi n'attache aucune importance au par. 4(5) du *Règlement AC*, qui exige que des brevets précis soient liés à des demandes précises. On ne peut présumer que le règlement insiste sans raison sur cette identification. [23]

L'étendue de la protection à laquelle a droit AstraZeneca est fonction de la liste de brevets établie aux termes du par. 4(1). Pour ce qui est des brevets ajoutés ultérieurement, le par. 4(5) indique que le breveté doit établir un lien entre la demande et la liste des brevets auxquels elle se rapporte ainsi que le lien avec l'AC visant les demandes. Cela permet au ministre de déterminer les brevets pertinents pour les « travaux préalables » que le fabricant de produits génériques effectue à l'égard de son produit copié. [20-22]

Étant donné qu'en l'espèce Apotex n'a pas revendiqué la bioéquivalence et ne s'est pas prévalue de l'exception relative aux travaux préalables quant à la technique incorporée dans les deux brevets « post-délivrance », le régime établi par le *Règlement AC* et le gel prévu par la loi à l'égard de ces brevets ne s'appliquent pas à elle. Si l'on examine le *Règlement AC* dans son contexte, y compris le par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, on s'aperçoit que les mentions au par. 5(1) de « une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence » et de « cette autre drogue » à l'égard desquelles sont inscrits les brevets ne peuvent renvoyer qu'à la véritable drogue de comparaison et non à une drogue qui n'a jamais été disponible sur le marché pour comparaison. [18] [23] [28] [36]

**Jurisprudence**

**Arrêts appliqués :** *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; **arrêt rejeté :** *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140, 2003 CAF 24.

**Statutes and Regulations Cited**

*Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, ss. C.08.001.1, C.08.002.1(1)(*a*).
*Food and Drugs Act*, R.S.C. 1985, c. F-27.
*Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 55.2(1), (2), (4).
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 3(3), 4, 5, 6, 7, 8.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Sharlow and Malone JJ.A.), [2006] 1 F.C.R. 297, 254 D.L.R. (4th) 690, 336 N.R. 166, 40 C.P.R. (4th) 353, [2005] F.C.J. No. 889 (QL), 2005 FCA 189, reversing a decision of Kelen J. (2004), 263 F.T.R. 161, 36 C.P.R. (4th) 519, [2004] F.C.J. No. 1545 (QL), 2004 FC 1277. Appeal allowed.

*Harry B. Radomski*, *Andrew R. Brodkin* and *Miles Hastie*, for the appellant.

*Gunars A. Gaikis*, *Yoon Kang*, *Nancy P. Pei* and *Colin B. Ingram*, for the respondent AstraZeneca Canada Inc.

*Peter M. Southey* and *Frederick B. Woyiwada*, for the respondents the Minister of Health and the Attorney General of Canada.

*Edward Hore* and *Kevin Zive*, for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association.

*Patrick S. Smith* and *Henry S. Brown*, *Q.C.*, for the intervener Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — On January 27, 2004, the respondent Minister issued to the appellant Apotex Inc. a notice of compliance ("NOC") permitting Apotex to manufacture and sell a copy-cat version of a drug containing omeprazole. The drug was originally developed and marketed as *Losec 20* by the respondent AstraZeneca Canada Inc. The patent on omeprazole itself, which is used to treat stomach

**Lois et règlements cités**

*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, ch. F-27.
*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 55.2(1), (2), (4).
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, art. C.08.001.1, C.08.002.1(1)*a*).
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 3(3), 4, 5, 6, 7, 8.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Sharlow et Malone), [2006] 1 R.C.F. 297, 254 D.L.R. (4th) 690, 336 N.R. 166, 40 C.P.R. (4th) 353, [2005] A.C.F. nº 889 (QL), 2005 CAF 189, qui a infirmé une décision du juge Kelen (2004), 263 F.T.R. 161, 36 C.P.R. (4th) 519, [2004] A.C.F. nº 1545 (QL), 2004 CF 1277. Pourvoi accueilli.

*Harry B. Radomski*, *Andrew R. Brodkin* et *Miles Hastie*, pour l'appelante.

*Gunars A. Gaikis*, *Yoon Kang*, *Nancy P. Pei* et *Colin B. Ingram*, pour l'intimée AstraZeneca Canada Inc.

*Peter M. Southey* et *Frederick B. Woyiwada*, pour les intimés le ministre de la Santé et le procureur général du Canada.

*Edward Hore* et *Kevin Zive*, pour l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique.

*Patrick S. Smith* et *Henry S. Brown*, *c.r.*, pour l'intervenante les Compagnies de recherche pharmaceutique du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Le 27 janvier 2004, le ministre intimé a délivré à Apotex Inc., l'appelante, un avis de conformité (« AC ») lui permettant de fabriquer et de vendre une copie d'une drogue contenant de l'oméprazole. À l'origine, cette drogue a été mise au point et commercialisée sous le nom de *Losec 20* par l'intimée AstraZeneca Canada Inc. Le brevet pour l'oméprazole en soi, qui est

conditions related to hyperacidity, expired in 1999. AstraZeneca began to market *Losec 20* in Canada in 1989 but withdrew it in September 1996 because it had developed what it considered to be a superior drug using omeprazole magnesium. Apotex wants approval to market the older *Losec 20* product.

2 Nevertheless, AstraZeneca seeks to quash the NOC issued to Apotex on the basis of two patents which it (or a related company) obtained and registered with the Minister after *Losec 20* was withdrawn from the market (hereafter referred to as the 037 and 470 patents). The basis of AstraZeneca's objection at this stage is not patent infringement but the alleged failure of Apotex to comply with the much litigated *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 ("*NOC Regulations*"), which are reproduced in the Appendix. The *NOC Regulations* provide an innovator drug company like AstraZeneca with procedures to freeze for the purpose of assuring patent compliance the access of copy-cat patented medicines to market "in addition to" whatever remedies a patent owner has under the ordinary law of patents.

3 The response of Apotex is that the later patents have nothing to do with the version of *Losec 20* it copied, which did not (and could not) have incorporated the 037 or 470 technology. The NOC Apotex received on January 27, 2004 does not approve the use by Apotex of that technology. Apotex copied the 1989 product and contends that in that respect all NOC regulatory requirements have been satisfied. Apotex argues that even if it had wanted to copy the 037 and 470 technology, it could not have done so "[to] demonstrat[e] bioequivalence" within the meaning of the *NOC Regulations* because AstraZeneca never produced a product incorporating the technology taught by the two subsequently issued and listed patents. Apotex could not copy a product that did not exist. Kelen J. accepted the argument of Apotex that the *NOC Regulations* were only concerned with patents

utilisé dans le traitement des affections de l'estomac causées par l'hyperacidité, a expiré en 1999. AstraZeneca a commencé à commercialiser le *Losec 20* au Canada en 1989, mais elle l'a retiré du marché en septembre 1996 parce qu'elle avait mis au point ce qu'elle considérait être une drogue supérieure à base d'oméprazole magnésien. Apotex sollicite l'autorisation de commercialiser l'ancien produit, soit le *Losec 20*.

AstraZeneca cherche néanmoins à faire annuler l'AC délivré à Apotex, sur le fondement de deux brevets qu'elle-même (ou une société affiliée) a obtenus et enregistrés auprès du ministre après le retrait du marché du *Losec 20* (les « brevet 037 » et « brevet 470 »). À ce stade-ci, l'objection d'AstraZeneca porte non pas sur une contrefaçon de brevets, mais sur le prétendu défaut de la part d'Apotex de se conformer au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (« *Règlement AC* »), reproduit à l'annexe, qui a souvent fait l'objet de litiges devant les tribunaux. Pour garantir le respect des brevets, le *Règlement AC* confère aux sociétés pharmaceutiques innovatrices comme AstraZeneca des recours, en plus de ceux dont disposent déjà les propriétaires de brevets en vertu des règles de droit ordinaires en matière de brevets, pour empêcher la mise en marché de copies de médicaments brevetés.

Apotex réplique que les brevets ultérieurs n'ont rien à voir avec la version du *Losec 20* qu'elle a copiée, laquelle n'incorpore pas (et ne pouvait incorporer) la technique décrite aux brevets 037 ou 470. L'AC qu'elle a reçu le 27 janvier 2004 ne l'autorise pas à employer cette technique. Elle a copié le produit de 1989 et soutient avoir respecté à cet égard toutes les exigences réglementaires de l'AC. Elle fait valoir qu'elle n'aurait pas pu copier la technique expliquée aux brevets 037 et 470 même si elle avait voulu le faire « pour en démontrer la bioéquivalence » au sens du *Règlement AC*, parce qu'AstraZeneca n'a jamais fabriqué de produit incorporant la technique décrite aux deux brevets ultérieurement délivrés et inscrits au registre. Elle ne pouvait pas copier un produit qui n'existait pas. Le juge Kelen a accepté son argument selon lequel le *Règlement AC* vise uniquement les brevets relatifs au produit

relevant to the innovator product actually copied, and not with subsequently issued and listed patents from which, under the federal new drug approval process, a generic manufacturer could receive no benefit ((2004), 263 F.T.R. 161, 2004 FC 1277). He therefore dismissed AstraZeneca's application to quash the Apotex NOC. The Federal Court of Appeal reversed, Sharlow J.A. dissenting ([2006] 1 F.C.R. 297, 2005 FCA 189). In my view, Kelen J. and Sharlow J.A. reached the correct conclusion. I would allow the appeal. The procedural delays afforded AstraZeneca by the majority decision of the Federal Court of Appeal overshoot the provisions and purpose of the *NOC Regulations*. The NOC 9427-A1114-195 issued by the Minister on January 27, 2004 is valid.

A. Brief Chronology of Events

| | |
|---|---|
| June 19, 1989 | NOC issued to AstraZeneca for *Losec 20* (DIN 00846503) |
| April 27, 1993 | Apotex files an abbreviated new drug submission ("ANDS") seeking approval for Apo-omeprazole alleging bioequivalence with the then version of *Losec 20* |

(Apotex argues that any patent activity by AstraZeneca that post-dates the 1993 filing of its ANDS comparing its omeprazole product to AstraZeneca's 1989 *Losec 20* product is irrelevant.)

| | |
|---|---|
| February 9, 1996 | AstraZeneca files application for the 037 patent |
| September 10, 1996 | AstraZeneca withdraws *Losec 20* from the market, and so advises the Minister |
| December 16, 1997 | Apotex refiles for NOC |

innovateur véritablement copié et non les brevets délivrés et inscrits au registre par la suite qui ne profitent en rien aux fabricants de produits génériques selon le processus d'approbation fédéral des drogues nouvelles ([2004] A.C.F. nº 1545 (QL), 2004 CF 1277). Il a donc rejeté la demande d'AstraZeneca visant à faire annuler l'AC d'Apotex. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision, la juge Sharlow étant dissidente ([2006] 1 R.C.F. 297, 2005 CAF 189). Selon moi, les juges Kelen et Sharlow sont arrivés à la bonne conclusion. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Les délais procéduraux que la Cour d'appel fédérale a, dans sa décision majoritaire, accordés à AstraZeneca outrepassent les dispositions et l'objet du *Règlement AC*. L'AC 9427-A1114-195, délivré par le ministre le 27 janvier 2004, est valide.

A. Brève chronologie des faits

| | |
|---|---|
| 19 juin 1989 | Un AC est délivré à AstraZeneca pour le *Losec 20* (DIN 00846503). |
| 27 avril 1993 | Apotex dépose une présentation abrégée de drogue nouvelle (« PADN ») dans laquelle elle sollicite l'approbation de l'Apo-oméprazole sur le fondement de sa bioéquivalence avec la version d'alors du *Losec 20*. |

(Apotex fait valoir que les démarches en matière de brevets entreprises par AstraZeneca après le dépôt de sa PADN en 1993, dans laquelle elle compare son produit à base d'oméprazole au produit *Losec 20* de 1989 d'AstraZeneca sont non pertinentes.)

| | |
|---|---|
| 9 février 1996 | AstraZeneca dépose une demande pour le brevet 037. |
| 10 septembre 1996 | AstraZeneca retire du marché le *Losec 20* et en avise le ministre. |
| 16 décembre 1997 | Apotex dépose une nouvelle demande d'AC. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| November 10, 1998 | AstraZeneca files application for the 470 patent | 10 novembre 1998 | AstraZeneca dépose une demande pour le brevet 470. |
| January 22, 1999 | AstraZeneca files a Supplementary New Drug Submission ("SNDS") for approval of use of *Losec 20* for treatment of *H. Pylori* | 22 janvier 1999 | AstraZeneca dépose un supplément à la présentation de drogue nouvelle (« SPDN ») en vue d'obtenir l'autorisation d'utiliser le *Losec 20* pour le traitement de *H. Pylori*. |
| June 4, 1999 | AstraZeneca obtains NOC permitting it to claim treatment for *H. Pylori* as a new approved use of *Losec 20* | 4 juin 1999 | AstraZeneca obtient un AC l'autorisant à revendiquer une nouvelle utilisation approuvée du *Losec 20* pour le traitement de *H. Pylori*. |
| July 12, 2000 | AstraZeneca files SNDS for corporate change of name | 12 juillet 2000 | AstraZeneca dépose un SPDN pour un changement de nom de société. |
| October 24, 2000 | Name change NOC issued | 24 octobre 2000 | L'AC concernant le changement de nom est délivré. |
| February 26, 2002 | 470 patent issues | 26 février 2002 | Le brevet 470 est délivré. |
| March 8, 2002 | 470 patent added to Register in relation to both SNDS dated January 22, 1999 and the SNDS dated July 12, 2000 | 8 mars 2002 | Le brevet 470 est ajouté au registre relativement aux deux SPDN, datés du 22 janvier 1999 et du 12 juillet 2000. |
| April 16, 2002 | 037 patent issues | 16 avril 2002 | Le brevet 037 est délivré. |
| February 27, 2003 | 037 patent added to Register in relation to both the SNDS dated January 22, 1999 and the SNDS dated July 12, 2000 | 27 février 2003 | Le brevet 037 est ajouté au registre relativement aux deux SPDN, datés du 22 janvier 1999 et du 12 juillet 2000. |
| January 27, 2004 | NOC issued to Apotex for Apo-omeprazole | 27 janvier 2004 | Un AC est délivré à Apotex pour l'Apo-oméprazole. |

5 Although the July 12, 2000 SNDS seems to have been of a purely administrative nature, the Minister permitted the patents to be listed against it. The position of Apotex is that the listing of the 037 and the 470 patents was and is in any event irrelevant to the Apotex application.

Même si le SPDN du 12 juillet 2000 semble être de nature purement administrative, le ministre a permis l'inscription de brevets au registre relativement à ce supplément. La position d'Apotex est que l'inscription des brevets 037 et 470 était et est de toute façon non pertinente quant à sa demande.

The Minister concluded, and it is no longer disputed, that throughout the period September 10, 1996 to the present, AstraZeneca's *Losec 20* has been off the Canadian market. To the extent that there is a demand for an "omeprazole only" product, it is not being met by AstraZeneca.

B. AstraZeneca's New Patents

The trial judge thought it curious that despite the withdrawal of *Losec 20* AstraZeneca continued to list new patents in association with omeprazole 20 mg capsules. He found that "[n]o other brand name company has attempted to list patents in this manner in Canada, making this a novel situation" (para. 5).

Kelen J. then quoted an undated internal memorandum from a departmental official to the Deputy Minister of Health:

> To date, the administrative policy has been to address all patents listed for a drug. However, this is the first time a patent has been listed for a supplemental new drug submission introducing a change to a drug which was clearly never marketed, and to which the generic could not have made a comparison.
>
> The Patent Unit is recommending that Apotex should not be required to address the '470 patent. [Emphasis added; para. 14.]

Kelen J. agreed with Apotex that even if the 037 and the 470 patents were properly added to the register, the listing of such after-acquired patents was irrelevant to the Apotex application.

The *037 patent*, applied for on February 9, 1996 and issued April 16, 2002 describes a new "oral pharmaceutical dosage form" of several compounds, including omeprazole, consisting of a core material "that contains a proton pump inhibitor" and an outer polymer coating, the two layers being separated by a water soluble salt. The patent also describes "a new efficient process"

6 Le ministre a conclu, et cela n'est plus contesté, que le *Losec 20* d'AstraZeneca n'est plus commercialisé au Canada depuis le 10 septembre 1996. Dans la mesure où il y a une demande de produits à base d'« oméprazole seulement », AstraZeneca n'y répond pas.

B. Les nouveaux brevets d'AstraZeneca

7 Le juge de première instance a trouvé curieux qu'AstraZeneca ait continué à indiquer de nouveaux brevets à l'égard des gélules d'oméprazole en doses de 20 mg malgré le retrait du marché du *Losec 20*. Selon lui, « [a]ucun autre fabricant de médicaments d'origine n'avait par le passé procédé de cette façon; c'était donc la première fois qu'une telle situation se présentait » (par. 5).

8 Le juge Kelen a ensuite reproduit une note de service non datée, adressée au sous-ministre de la Santé par un fonctionnaire du ministère :

> [TRADUCTION] Jusqu'à présent, conformément à la politique administrative en vigueur, tous les brevets relatifs à un médicament devaient faire l'objet d'une allégation. Toutefois, avant aujourd'hui, aucun brevet n'avait été inscrit sur la liste relativement à une présentation supplémentaire de drogue nouvelle visant à faire état de modifications apportées à un médicament n'ayant manifestement jamais été commercialisé et à l'égard duquel le fabricant de médicaments génériques n'a pu effectuer d'étude comparative.
>
> La Section des brevets recommande que le ministre ne requiert pas qu'Apotex fasse une allégation ou une déclaration concernant le brevet 470. [Je souligne; par. 14.]

Le juge Kelen convient avec Apotex que, même si les brevets 037 et 470 ont été dûment ajoutés au registre, l'inscription de tels brevets obtenus ultérieurement n'est pas pertinente quant à sa demande.

9 Le *brevet 037*, demandé le 9 février 1996 et délivré le 16 avril 2002, décrit une nouvelle [TRADUCTION] « forme posologique d'une préparation pharmaceutique à administration orale » qui contient plusieurs composés, dont l'oméprazole, et qui est constituée d'un noyau [TRADUCTION] « comprenant un inhibiteur de la pompe à protons » et d'un enrobage à base de polymère, les deux couches étant séparées par

for the manufacture of such a dosage in one step.

10 The *470 patent*, applied for on November 10, 1998 and issued February 26, 2002 teaches that "surprisingly ... the substance omeprazole can exist in more than one crystal form" and describes how a new "form A" of omeprazole can be prepared and utilized, offering such advantages as being "more stable" than the previously used crystalline form. It follows that AstraZeneca must have taken the position before the Commissioner of Patents (and accepted by him) that the new "form A" of omeprazole was patentably distinct and different from the form of omeprazole used in the 1989 version of *Losec 20*.

11 As stated, neither of these inventions was incorporated into AstraZeneca's 1989 *Losec 20* product to which Apotex made reference to establish bioequivalence. Apotex could not have, and did not attempt to, piggy-back on any clinical and testing work done by AstraZeneca in relation to the 037 and 470 patents listed against its subsequent NOCs issued seven years after the original Apotex application for *its* NOC. As Kelen J. found, "[a] generic drug cannot be expected to compare itself to a drug which is not available on the Canadian market. The generic drug manufacturer could not obtain such a drug" (para. 46).

C. Legislative Overview

12 The *NOC Regulations* lie at the intersection of two regulatory systems with sometimes conflicting objectives. First, is the law governing approval of new drugs, which seeks to ensure the safety and efficacy of new medications before they can be put on the market. The governing rules are set out in the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1985, c. F-27 ("*FDA*"), and the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870. The *FDA* process culminates (if successful) in the issuance of a NOC to an applicant manufacturer by the Minister of Health on the

un sel soluble. Le brevet décrit aussi [TRADUCTION] « un nouveau procédé efficace » de fabrication de cette forme posologique en une étape.

Le *brevet 470*, demandé le 10 novembre 1998 et délivré le 26 février 2002, nous apprend qu'[TRADUCTION] « étonnamment [. . .] la substance oméprazole peut exister sous plus d'une forme cristalline » et décrit comment on peut préparer et utiliser une nouvelle « forme A » d'oméprazole, qui offre comme avantage, entre autres, « une plus grande stabilité » par rapport à l'ancienne forme cristalline. AstraZeneca a donc sûrement fait valoir devant le commissaire aux brevets (qui a sûrement accepté sa position), que la nouvelle « forme A » d'oméprazole vise des éléments brevetables distincts et différents de ceux de la forme d'oméprazole utilisée dans la version du *Losec 20* de 1989.

Nous avons vu que ni l'une ni l'autre de ces inventions n'a été incorporée dans le produit *Losec 20* de 1989 d'AstraZeneca auquel fait référence Apotex pour établir la bioéquivalence. Apotex n'aurait pas pu profiter, et n'a pas essayé de le faire, des tests et travaux cliniques effectués par AstraZeneca pour les brevets 037 et 470 qui sont inscrits au registre et à l'égard desquels des AC lui ont été délivrés sept ans après la demande initiale d'Apotex pour l'obtention de *son* AC. Comme le juge Kelen l'a conclu, « [o]n ne peut s'attendre à ce qu'un médicament générique soit comparé à un médicament qui n'est pas offert en vente sur le marché canadien. Le fabricant de médicaments génériques ne serait pas en mesure de se procurer un tel médicament » (par. 46).

C. Aperçu du droit applicable

Le *Règlement AC* se situe à l'intersection de deux systèmes réglementaires aux objectifs parfois divergents. Le premier concerne le droit en matière d'approbation de drogues nouvelles, qui vise à assurer l'innocuité et l'efficacité des médicaments nouveaux avant leur mise en marché. Les règles applicables sont prévues par la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, ch. F-27 (« *LAD* »), et le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870. Il y a aboutissement du processus prévu par la *LAD* lorsque, sur le conseil de ses fonctionnaires de la

advice of his officials in the Therapeutic Products Directorate. The *FDA* objective is to encourage bringing safe and effective medicines to market to advance the nation's health. The achievement of this objective is tempered by a second and to some extent overlapping regulatory system created by the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4. Under that system, in exchange for disclosure to the public of an invention, including the invention of a medication, the innovator is given the exclusive right to its exploitation for a period of 20 years. Until 1993, the two regulatory systems were largely kept distinct and separate.

Direction des produits thérapeutiques, le ministre délivre un AC au fabricant dont la demande est accueillie. L'objectif de la *LAD* est d'encourager la mise en marché de médicaments efficaces et non nocifs de façon à améliorer l'état de santé de la population. La réalisation de cet objectif est tempérée par un second système réglementaire qui, dans une certaine mesure, chevauche le premier et qui est créé par la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4. Selon ce système, l'innovateur a le droit exclusif d'exploiter pendant 20 ans son invention, y compris l'invention d'un médicament, en échange de sa divulgation au public. Jusqu'en 1993, les deux systèmes réglementaires étaient pour l'essentiel maintenus séparés.

The problem perceived by Parliament in 1993 was that if a generic manufacturer waits to begin its preparation of a copy-cat medicine for regulatory approval until the patent expires, the *FDA* approval process will likely add at least two years to the effective monopoly of the patent owner, which is two years of monopoly longer than the *Patent Act* contemplates. On the other hand, if the generic manufacturer tries to work the patented invention *prior* to the expiry of the patent, even if solely to satisfy the *FDA* requirements for a NOC, it will infringe the patent, thus inviting litigation by the patent owner (and this is a very litigious industry).

13 En 1993, le législateur a vu se dessiner le problème suivant : si un fabricant de produits génériques attend l'expiration du brevet pour commencer à préparer la copie du médicament qu'il doit soumettre pour approbation réglementaire, le processus d'approbation prévu par la *LAD* prolongera probablement d'au moins deux ans le monopole effectif du propriétaire du brevet, ce qui équivaut à deux ans de monopole de plus que ce que prévoit la *Loi sur les brevets*. Par ailleurs, le fabricant de produits génériques qui essaye d'entreprendre des travaux relativement à l'invention *avant* l'expiration du brevet, ne serait-ce que pour satisfaire aux exigences de la *LAD* concernant l'obtention d'un AC, contrefait ce brevet, ouvrant ainsi la porte à une action en justice par le propriétaire du brevet (et c'est une industrie où l'on est enclin à intenter des procès).

The solution arrived at by Parliament in Bill C-91 (1993) was to introduce an exemption from the owner's patent rights which permits the generic manufacturers to work the patented invention within the 20-year period (the "early working" exception) to the extent necessary to obtain a NOC effective at the time the patent(s) expire (s. 55.2(1)) and to "stockpile" generic product towards the end of the 20-year period to await lawful market entry (s. 55.2(2)). (The "stockpiling" exception was repealed by S.C. 2001, c. 10, s. 2(1) (in force July 12, 2001).)

14 La solution du législateur avec l'adoption du projet de loi C-91 (1993) consiste à introduire une exception à l'égard des droits des propriétaires de brevets qui permet aux fabricants de produits génériques de procéder à des travaux relativement à l'invention brevetée pendant la période de 20 ans (exception relative aux travaux préalables) dans la mesure nécessaire à l'obtention d'un AC pouvant prendre effet dès l'expiration du brevet (par. 55.2(1)) et d'« emmagasiner » le produit générique vers la fin de la période de 20 ans en attendant d'avoir le droit de le commercialiser (par. 55.2(2)) (exception relative à l'emmagasinage abrogée par la L.C. 2001, ch. 10, par. 2(1) (en vigueur le 12 juillet 2001)).

15 Recognizing that the "early working" and "stockpiling" exceptions could be abused, Parliament balanced creation of these exceptions with implementation of a summary procedure designed to strengthen the protection of patent owners against generic competitors *within* the 20-year patent period. The legislative solution is found in s. 55.2 of the *Patent Act* as follows:

**55.2** (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product. [The "early working" exception.]

(2) It is not an infringement of a patent for any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) to make, construct or use the invention, during the applicable period provided for by the regulations, for the manufacture and storage of articles intended for sale after the date on which the term of the patent expires. [The "stockpiling" exception.]

(3) The Governor in Council may make regulations for the purposes of subsection (2), but any period provided for by the regulations must terminate immediately preceding the date on which the term of the patent expires.

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) or (2) including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(*a*) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice [e.g. of compliance] . . . may be issued . . .;

(*b*) respecting the earliest date on which a notice [e.g. of compliance] . . . may take effect . . .;

(*c*) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice [e.g. of compliance] . . . as to the

Reconnaissant que les exceptions relatives aux « travaux préalables » et à « l'emmagasinage » pouvaient faire l'objet d'abus, le Parlement a équilibré leur création par la mise en œuvre d'une procédure sommaire visant à accroître la protection des brevetés contre leurs concurrents, les fabricants de produits génériques, *pendant* la période de 20 ans de validité du brevet. La solution législative est formulée à l'art. 55.2 de la *Loi sur les brevets* en ces termes :

**55.2** (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit. [Exception relative aux « travaux préalables ».]

(2) Il n'y a pas contrefaçon de brevet si l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée, au sens du paragraphe (1), a lieu dans la période prévue par règlement et qu'elle a pour but la production et l'emmagasinage d'articles déterminés destinés à être vendus après la date d'expiration du brevet. [Exception relative à « l'emmagasinage ».]

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires à l'application du paragraphe (2) étant entendu que toute période ainsi prévue doit se terminer à la date qui précède immédiatement celle où expire le brevet.

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon de brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens des paragraphes (1) ou (2), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

*a*) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance [. . .] d'avis [par ex. de conformité] . . .;

*b*) concernant la première date [. . .] à laquelle un titre [par ex. de conformité] [. . .] peut prendre effet;

*c*) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l'ancien titulaire du brevet, et le demandeur d'un titre [par ex. de conformité] [. . .] quant à la

> date on which that notice . . . may be issued or take effect;

The grant of the regulation-making power in s. 55.2(4) is thus expressly limited to prevention of infringement by a person who takes advantage of the "early working" exception (s. 55.2(1)) or (until its repeal) the "stockpiling" exception (s. 55.2(2)).

The *NOC Regulations* were enacted pursuant to s. 55.2(4). Their history and general structure were discussed by this Court in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26 (the "*Biolyse*" decision). Serendipidously, our judgment was released the day following the decision of the Federal Court of Appeal in this case. For present purposes, the important aspect of the *Biolyse* decision is the emphasis it placed on the need to interpret the *NOC Regulations* with careful regard to the limited purposes set out in the aforesaid s. 55.2(4) of the *Patent Act*.

The general scheme of the *NOC Regulations* is to create a Patent Registry within the Department of Health in which an innovator drug company like AstraZeneca may have patents listed relevant to its various drug submissions for regulatory approval (s. 4). A generic manufacturer that is not prepared to await the expiry of what are alleged to be the relevant patents must challenge their validity or applicability to its proposed product (s. 5). The challenge is to be embodied in a notice of allegation, which will generally trigger an application in the Federal Court by the patent owner to prohibit the issuance of a NOC based on (in its view) the relevance, validity and applicability of the listed patents (s. 7). The unusual feature of the *NOC Regulations* is that mere initiation by the patent owner of its application for prohibition freezes ministerial action for 24 months unless the prohibition proceedings are earlier disposed of, which seems to be rare (s. 7(1)(*e*)). As pointed out in the majority judgment in *Biolyse* (at para. 24):

> date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

Le pouvoir réglementaire prévu au par. 55.2(4) se limite donc expressément à empêcher la contrefaçon par une personne qui tire partie de l'exception relative aux « travaux préalables » (par. 55.2(1)) ou (avant son abrogation) de l'exception relative à « l'emmagasinage » (par. 55.2(2)).

16 Le *Règlement AC* a été pris en vertu du par. 55.2(4). Son historique et sa structure générale ont été examinés par la Cour dans *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26 (arrêt « *Biolyse* »). Le hasard a fait que notre jugement a été rendu le lendemain de la décision de la Cour d'appel fédérale concernant la présente affaire. L'aspect important de *Biolyse* pour l'espèce est l'insistance sur la nécessité d'interpréter le *Règlement AC* en tenant soigneusement compte des fins limitées précisées au par. 55.2(4) susmentionné de la *Loi sur les brevets*.

17 Le régime général établi par le *Règlement AC* vise à créer au sein du ministère de la Santé un registre des brevets où une société pharmaceutique innovatrice comme AstraZeneca peut faire inscrire des brevets pertinents pour ses diverses demandes d'approbation réglementaire (art. 4). Le fabricant de produits génériques qui ne veut pas attendre l'expiration des brevets présentés comme étant pertinents doit contester leur validité ou leur applicabilité au produit qu'il propose (art. 5). La contestation doit être exposée dans un avis d'allégation, lequel déclenchera généralement le dépôt d'une demande en Cour fédérale, par le propriétaire des brevets, visant à faire interdire la délivrance de l'AC sur le fondement (à son avis) de la pertinence, de la validité et de l'applicabilité des brevets inscrits (art. 7). Caractéristique inhabituelle, le *Règlement AC* prévoit que le simple dépôt d'une demande d'interdiction par le propriétaire du brevet empêche le ministre d'agir pendant 24 mois, à moins qu'il ne soit statué sur la cause avant ce terme, ce qui semble rare (al. 7(1)*e*)). Le jugement majoritaire de *Biolyse* précise d'ailleurs (par. 24) :

[U]nder this procedure, the court hearing the prohibition application has no discretion to lift the stay even if it thinks the innovator's case for interim relief is weak. Nor does the court have a discretion to leave the contending parties to their remedies under the *Patent Act*. The "[generic manufacturer]"'s application for a NOC simply goes into deep-freeze until the statutory procedures have played themselves out. For these reasons, Iacobucci J. described the regime as "draconian" in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, at para. 33.

[D]ans le cadre de cette procédure, le tribunal saisi de la demande d'interdiction n'a aucun pouvoir discrétionnaire lui permettant de lever la suspension, même s'il estime faibles les arguments sur lesquels se fonde la demande de mesures provisoires de la société innovatrice. Le tribunal n'a pas non plus le pouvoir discrétionnaire de renvoyer les parties opposées aux recours prévus par la *Loi sur les brevets*. La demande d'[AC] soumise par l[e] « [fabricant de produits génériques] » est simplement reléguée aux oubliettes jusqu'à ce que la procédure réglementaire ait connu son dénouement. Pour ces motifs, le juge Iacobucci a qualifié ce régime de « draconien » dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, par. 33.

18 If, as Apotex says, it did not have the advantage of an "early working" of the after-listed 037 and 470 patents, because they came too late and were not incorporated in any product available to Apotex to copy, it is difficult to see in principle why in respect of *those* patents Apotex should be subject to the *NOC Regulations* regime, with a consequent further delay of two years, and perhaps longer. The Apotex submission has already been pending since April 27, 1993.

Si, comme elle l'affirme, Apotex n'avait pas eu l'avantage d'effectuer des « travaux préalables » relativement aux brevets 037 et 470 inscrits ultérieurement au registre parce qu'ils sont arrivés trop tard et qu'ils n'ont été incorporés à aucun produit disponible sur le marché qu'elle aurait pu copier, il est difficile de voir en principe pourquoi elle devrait être assujettie au régime du *Règlement AC* à l'égard de *ces* brevets, ce qui causerait un délai supplémentaire minimum de deux ans. La demande d'Apotex est déjà en instance depuis le 27 avril 1993.

D. The New Drug Approval Process

D. Le processus d'approbation des drogues nouvelles

19 The *Food and Drug Regulations* and departmental policies require drug manufacturers to submit different types of new drug submission ("NDS") for different purposes. The two principal forms of submission are the NDS, filed by an innovative drug manufacturer for a new drug product, and the ANDS, filed by a generic manufacturer that claims its product is the "pharmaceutical equivalent" of a previously approved "Canadian reference product" (s. C.08.002.1(1)(*a*)). A SNDS may be submitted for substantive or for purely administrative reasons. Unlike the situation in *Biolyse*, the intention of the applicant Apotex from the outset was to produce a generic (i.e. copy-cat) version of the AstraZeneca product marketed as *Losec 20* in 1989. In this case, Apotex makes no pretence of originality.

Selon le *Règlement sur les aliments et drogues* et les politiques ministérielles, les fabricants de drogues doivent soumettre différents types de présentations de drogue nouvelle (« PDN ») à des fins différentes. Les deux principales formes de présentation sont la PDN, déposée par un fabricant de produits d'origine à l'égard d'un nouveau produit pharmaceutique, et la PADN, déposée par un fabricant de produits génériques qui allègue que son produit est l'« équivalent pharmaceutique » d'un « produit de référence canadien » déjà approuvé (al. C.08.002.1(1)*a*)). Un SPDN peut être soumis pour des raisons fondamentales ou des raisons de nature purement administrative. Contrairement à la situation dans *Biolyse*, l'intention de la requérante Apotex a toujours été de produire une version générique (c.-à-d. une copie) du produit qu'AstraZeneca a commercialisé sous le nom de *Losec 20* en 1989. En l'espèce, Apotex n'a aucune prétention d'originalité.

## E. Scope of Regulatory Protection

The scope of the protection to which AstraZeneca is entitled as a person who has filed a NDS is predicated on the patent list established under s. 4(1). As stated in *Biolyse*, at para. 58: "The patent list becomes the minefield that the generic 'copy-cat' manufacturer must navigate to obtain a NOC." The list of relevant patents is to be filed by the "first person" (i.e. the innovator pharmaceutical company) at the time of its NDS (s. 4(3)), or updated within 30 days of issuance of a new patent(s) that had been applied for prior to filing for a submission but not issued until afterwards (s. 4(4)). The 037 and 470 patents fall into this "after-issued" category. (I note in passing that the 30-day limit seems not to have been observed in the case of the 037 and 470 patents, but nothing turns on that here.) Section 4 reads in relevant part as follows:

*Patent List*

**4.** (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

(2) A patent list submitted in respect of a drug must

(*a*) indicate the dosage form, strength and route of administration of the drug;

(*b*) set out any Canadian patent that is owned by the person . . . that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the register;

(*c*) contain a statement that, in respect of each patent, the person applying for a notice of compliance is the owner . . .;

(*d*) set out the date on which the term limited for the duration of each patent will expire pursuant to section 44 or 45 of the *Patent Act*; and

(*e*) set out the address in Canada for service on the person of any notice of an allegation . . . .

## E. Étendue de la protection réglementaire

L'étendue de la protection à laquelle a droit AstraZeneca en tant que personne ayant déposé une PDN est fonction de la liste de brevets établie aux termes du par. 4(1). Comme il est mentionné dans *Biolyse*, au par. 58 : « [l]a liste de brevets devient le champ de mines que le fabricant de "copies" génériques doit traverser pour obtenir un [AC] ». La « première personne » (c.-à-d. la société pharmaceutique innovatrice) doit déposer la liste des brevets pertinents au moment de sa PDN (par. 4(3)) ou la modifier dans les 30 jours suivant la délivrance d'un nouveau brevet qui a fait l'objet d'une demande avant la date de la présentation mais qui n'a été délivré qu'après cette date (par. 4(4)). Les brevets 037 et 470 entrent dans cette catégorie « post-délivrance ». (Je signale en passant que le délai de 30 jours ne semble pas avoir été observé dans le cas des brevets 037 et 470, mais cela n'a aucune incidence en l'espèce.) Les extraits pertinents de l'art. 4 sont les suivants : 20

*Liste de brevets*

**4.** (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe (7).

(2) La liste de brevets au sujet de la drogue doit contenir les renseignements suivants :

*a*) la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue;

*b*) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire [. . .] qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament, et qu'elle souhaite voir inscrit au registre;

*c*) une déclaration portant, à l'égard de chaque brevet, que la personne qui demande l'avis de conformité en est le propriétaire . . .;

*d*) la date d'expiration de la durée de chaque brevet aux termes des articles 44 ou 45 de la *Loi sur les brevets*;

*e*) l'adresse de la personne au Canada aux fins de signification de tout avis d'allégation . . .

(3) Subject to subsection (4), a person who submits a patent list must do so at the time the person files a submission for a notice of compliance.

(4) A first person may, after the date of filing of a submission for a notice of compliance and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list, or an amendment to an existing patent list, that includes the information referred to in subsection (2).

(5) When a first person submits a patent list or an amendment to an existing patent list in accordance with subsection (4), the first person must identify the submission to which the patent list or the amendment relates, including the date on which the submission was filed.

(6) A person who submits a patent list must keep the list up to date but may not add a patent to an existing patent list except in accordance with subsection (4).

(7) A person who submits a patent list or an amendment to an existing patent list under subsection (1) or (4) must certify that

(*a*) the information submitted is accurate; and

(*b*) the patents set out on the patent list or in the amendment are eligible for inclusion on the register and are relevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission for a notice of compliance has been filed.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), la personne qui soumet une liste de brevets doit le faire au moment du dépôt de la demande d'avis de conformité.

(4) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets, ou toute modification apportée à une liste de brevets, qui contient les renseignements visés au paragraphe (2).

(5) Lorsque la première personne soumet, conformément au paragraphe (4), une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets, elle doit indiquer la demande d'avis de conformité à laquelle se rapporte la liste ou la modification, en précisant notamment la date de dépôt de la demande.

(6) La personne qui soumet une liste de brevets doit la tenir à jour mais ne peut ajouter de brevets à une liste que si elle le fait en conformité avec le paragraphe (4).

(7) La personne qui soumet une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets aux termes des paragraphes (1) ou (4) doit remettre une attestation portant que :

*a*) les renseignements fournis sont exacts;

*b*) les brevets mentionnés dans la liste ou dans la modification sont admissibles à l'inscription au registre et sont pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue visée par la demande d'avis de conformité.

21 I emphasize the words in s. 4(5) that in the case of patents added afterwards, "the first person must identify the submission to which the patent list or the amendment relates, including the date on which the submission was filed". In addition, s. 3(3) provides that "[n]o information submitted pursuant to section 4 shall be included on the register until after the issuance of the notice of compliance in respect of which the information was submitted." These provisions, it seems to me, provide an important key to understanding the scheme. Entry of the "Patent list" does not destroy the linkage between the patent and the submission(s) to which it relates, nor to the NOC to which the submission(s) are directed. Specific patents are associated with one or more NDS, ANDS or SNDS, which in turn (if

J'insiste sur les termes du par. 4(5) selon lesquels, dans le cas des brevets ajoutés ultérieurement, « la première personne [. . .] doit indiquer la demande d'avis de conformité à laquelle se rapporte la liste ou la modification, en précisant notamment la date de dépôt de la demande ». Par ailleurs, le par. 3(3) prévoit qu'« [a]ucun renseignement soumis aux termes de l'article 4 n'est consigné au registre avant la délivrance de l'avis de conformité à l'égard duquel il a été soumis. » Ces dispositions me paraissent fournir un élément clé pour la compréhension du régime. L'inscription de la « liste de brevets » ne détruit pas le lien entre le brevet et les demandes auxquelles il se rapporte, ni le lien avec l'AC visant les demandes. Des brevets précis sont associés à un ou plusieurs PDN, PADN

approved) give rise to specific NOCs, which in turn approve a specific manufacturer's product, which a generic manufacturer may seek to copy. There is no linkage between the 037 and 470 patents and the submissions that lead to the *Losec 20* product copied by Apotex. Those after-acquired patents were listed in relation to a SNDS dated January 22, 1999 by AstraZeneca for a new medical use for *Losec 20* (treatment of *H. Pylori*), a use for which the Apotex product is *not* approved, and to an administrative SNDS submitted by AstraZeneca dated July 12, 2000, which submission has nothing at all to do with the technology incorporated in *Losec 20*.

ou SPDN, qui (s'ils sont approuvés) donnent lieu à des AC précis. Ceux-ci approuvent à leur tour un produit en particulier qu'un fabricant de produits génériques peut vouloir copier. Il n'existe aucun lien entre les brevets 037 et 470 et les demandes qui donnent lieu au *Losec 20* copié par Apotex. AstraZeneca a indiqué ces brevets obtenus ultérieurement à l'égard du SPDN du 22 janvier 1999 pour un nouvel usage thérapeutique du *Losec 20* (traitement de *H. Pylori*) — usage pour lequel le produit d'Apotex *n'*a *pas* été approuvé — et à l'égard du SPDN présenté par AstraZeneca le 12 juillet 2000, qui est de nature administrative et qui n'a rien à voir avec la technique incorporée au *Losec 20*.

Thus understood, the s. 4(1) patent list in relation to a medication that goes through various stages of development may become over time a list of lists, or lists within a list. Section 4(5) ensures the Minister's ability to identify the precise patents relevant to the "early working" by a generic manufacturer of its copy-cat product. This identification is important having regard to the limited purposes for which the *NOC Regulations* are authorized by s. 55.2(4) of the *Patent Act*.

22 Ainsi interprétée, la liste de brevets prévue au par. 4(1), qui se rapporte à un médicament dont la mise au point passe par divers stades, peut finir par devenir une liste de listes ou des listes à l'intérieur d'une liste. Le paragraphe 4(5) confère au ministre la possibilité de préciser les brevets sur lesquels un fabricant de produits génériques peut se fonder pour les « travaux préalables ». Cette identification est importante compte tenu des fins limitées du *Règlement AC* énoncées au par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*.

AstraZeneca relies on *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140, 2003 FCA 24, for the proposition that a patent list is submitted in respect of a drug and not in respect of any particular submission. This is also the view taken by the majority judgment of the Federal Court of Appeal in this case. On this view a "first person" could carry on "evergreening" its product indefinitely by the addition of new patents of marginal significance which would trigger an indefinite series of 24-month statutory freezes even though such subsequently listed patents are not the subject of "early working" by the generic manufacturer, and from which (as in the circumstances here) the generic manufacturer derives no advantage. As this case further illustrates, AstraZeneca even managed to piggy-back the 037 and 470 patents onto an administrative SNDS. An interpretation that would freeze the generic product out of the market vacated by AstraZeneca in 1996 for a

23 AstraZeneca s'appuie sur l'arrêt *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140, 2003 CAF 24, pour affirmer qu'une liste de brevets est soumise à l'égard d'une drogue et non d'une demande en particulier. En l'espèce, c'est également l'avis de la majorité de la Cour d'appel fédérale. Selon ce point de vue, la « première personne » pourrait perpétuer son produit en ajoutant de nouveaux brevets de peu d'importance qui déclencheraient une série indéfinie de gels de 24 mois prévus par la loi, même si les brevets inscrits ultérieurement ne font pas l'objet des « travaux préalables » effectués par le fabricant de produits génériques et que celui-ci n'en tire aucun avantage (comme c'est le cas en l'espèce). Comme en témoigne la présente affaire, AstraZeneca a même réussi à greffer les brevets 037 et 470 au SPDN, qui est de nature administrative. Une interprétation qui empêcherait un fabricant de mettre sur le marché un produit générique

further two years or more in these circumstances flies in the face of the limited purpose authorized by s. 55.2(4) of the *Patent Act*. It is not to be presumed that s. 4(5) of the *NOC Regulations* insisted on linking particular patents to particular submissions for no purpose.

pour encore au moins deux ans dans les circonstances, alors qu'AstraZeneca a retiré son produit en 1996, va à l'encontre des fins limitées autorisées au par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*. On ne peut présumer que le par. 4(5) du *Règlement AC* insiste sans raison sur la nécessité d'établir un lien entre des brevets précis et des demandes précises.

### F. Obligation of the Generic Applicant for a Notice of Compliance

### F. Obligation pour le fabricant de produits génériques d'obtenir un avis de conformité

24 When Apotex decided to seek approval to manufacture and market a copy-cat version of *Losec 20* in 1993, it saved itself a lot of time and expense by showing that its proposed product was "bioequivalent" to the AstraZeneca *Losec 20* product, for which AstraZeneca had done the research and clinical work to permit it to be "marketed in Canada pursuant to a notice of compliance". If the Apotex product is bioequivalent, Parliament reasoned, the research and clinical work that shows AstraZeneca's *Losec 20* to be safe and effective equally shows the Apotex copy-cat product to be safe and effective.

Lorsque Apotex a décidé de solliciter l'autorisation de fabriquer et de commercialiser une copie du *Losec 20* en 1993, elle a épargné beaucoup de temps et d'argent en démontrant la « bioéquivalence » entre son produit et le *Losec 20* d'AstraZeneca, pour lequel celle-ci avait effectué la recherche et les travaux cliniques nécessaires à sa « commercialis[ation] au Canada aux termes d'un avis de conformité ». Selon le raisonnement du législateur, si le produit d'Apotex est bioéquivalent à celui d'AstraZeneca, la recherche et les travaux cliniques qui démontrent l'innocuité et l'efficacité du *Losec 20* sont également valables pour la copie d'Apotex.

#### 1. *Standard of Review*

#### 1. *Norme de contrôle*

25 The outcome of this appeal turns on conflicting interpretations of the *NOC Regulations*. On a question of legal interpretation, the Minister's opinion is not entitled to deference. The Federal Court of Appeal properly found that the standard of review on the point in issue is correctness.

L'issue du présent pourvoi est tributaire des interprétations contradictoires du *Règlement AC*. En matière d'interprétation législative, la retenue judiciaire ne s'applique pas à l'opinion du ministre. La Cour d'appel fédérale a à juste titre affirmé que la norme de contrôle applicable en la matière est celle de la décision correcte.

#### 2. *Principles of Statutory Interpretation*

#### 2. *Principes d'interprétation législative*

26 It is now trite law that the words of an Act and regulations 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. Further, the scope of a regulation such as the provisions of the *NOC Regulations* is constrained by its enabling legislation, in this case s. 55.2(4) of *Patent Act* (*Biolyse*, at para. 38).

Il est maintenant bien établi en droit qu'il faut lire les termes d'une loi et d'un règlement dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit du texte législatif, l'objet de ce texte et l'intention du législateur. En outre, la portée d'un règlement, le *Règlement AC* par exemple, est restreinte par le texte législatif qui l'habilite, soit le par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* en l'occurrence (*Biolyse*, par. 38).

### 3. *The Grammatical and Ordinary Sense of the Words*

The generic manufacturer's obligations are set out in s. 5(1) of the *NOC Regulations*:

**5.** (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(*a*) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(*b*) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(*c*) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

I accept the linguistic point made by Noël J.A. in the Federal Court of Appeal that the words "in respect of which" in s. 5(1) refer to "the other drug", i.e. the Canadian reference product, and not to a particular patent list or amended patent list. However, it seems to me that the "other drug" is the drug to which the generic manufacturer makes reference "for the purpose of demonstrating bioequivalence". If that "other drug" evolves over time by means of patentably distinct inventions, the safety and efficacy of a new product containing those patentably distinct inventions must be established to the satisfaction of the Minister of Health (not the Commissioner of Patents). Thus in *Biolyse* the Minister was not prepared to accept as bioequivalent a drug made with the medicine *paclitaxel*

### 3. *Le sens ordinaire et grammatical des mots*

Les obligations du fabricant de produits génériques sont énoncées au par. 5(1) du *Règlement AC* : 27

**5.** (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

*a*) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

*b*) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)*c*) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

J'accepte le point de vue linguistique du juge Noël, de la Cour d'appel fédérale, selon lequel le terme « à l'égard de laquelle » au par. 5(1) renvoie à l'« autre drogue », c.-à-d. au produit de référence canadien et non à une liste de brevets particulière ou à une liste de brevets modifiée. Toutefois, « cette autre drogue » me paraît être la drogue à laquelle le fabricant de produits génériques fait référence « pour [. . .] démontrer la bioéquivalence ». Si « cette autre drogue » évolue au fil des ans par le moyen d'inventions distinctes brevetables, le fabricant doit prouver au ministre de la Santé (et non au commissaire aux brevets) l'innocuité et l'efficacité du produit contenant ces inventions distinctes brevetables. Ainsi, dans *Biolyse*, le ministre n'était pas disposé à accepter comme bioéquivalente une 28

sourced from the yew species *taxus canadensis* in substitution for *paclitaxel* sourced from a different species of yew. In matters of drug approval, bioequivalence requires proof, not conjecture. If Apotex claims bioequivalence with *Losec 20* it is important to be precise about what generation of *Losec 20* is the comparator drug.

29 As stated, however, the majority judgment of the Federal Court of Appeal proceeded on the basis that "the drug" was *Losec 20* and that Apotex was required to address all patents listed against *Losec 20* in the Patent Register, including the 037 and 470 patents. On this view, presumably, Apotex would have to address new patents as fast as AstraZeneca could have them added to the *Losec 20* patent list, regardless of their relevance to the issue of "early working" and "bioequivalence". Sharlow J.A. adopted a narrower view, excluding from consideration the 037 and 470 patents. Considering the entire context, there is a measure of textual ambiguity as to what "another drug" and "the other drug" refers to, and this ambiguity seems to have given rise to the disagreement between Noël J.A. and Sharlow J.A. in the court below.

30 Ambiguity does not have to manifest itself in the text of s. 5(1). Rather, "one must consider the 'entire context' of a provision before one can determine if it is reasonably capable of multiple interpretations" (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 29 (emphasis added)).

31 As to the 037 and 470 patents, the question is whether the reference in s. 5(1) to "another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence" and "the other drug" against which patents are listed is a reference to *Losec 20* in *any* of its formulations, including formulations never brought to market (which is the AstraZeneca position); or does it mean, more narrowly, the *Losec 20* drug based on the June 19, 1989 NOC which Apotex copied (as Apotex contends).

drogue fabriquée à partir du médicament *paclitaxel* extrait de l'espèce d'if *taxus canadensis* au lieu d'une autre espèce d'if. En matière d'approbation de drogues, la bioéquivalence doit reposer sur des preuves et non des conjectures. Si Apotex revendique la bioéquivalence avec le *Losec 20*, il est important de préciser avec quelle génération du *Losec 20* sa drogue est comparée.

Nous avons vu cependant que la majorité de la Cour d'appel fédérale a considéré que « la drogue » était le *Losec 20* et qu'Apotex devait traiter de tous les brevets inscrits au registre à l'égard du *Losec 20*, y compris les brevets 037 et 470. Dans cette optique, Apotex aurait vraisemblablement à traiter des nouveaux brevets au fur et à mesure qu'AstraZeneca les ajouterait sur la liste de brevets du *Losec 20*, sans égard à leur pertinence quant aux « travaux préalables » et à la « bioéquivalence ». La juge Sharlow a adopté un point de vue plus restrictif, estimant qu'il ne fallait pas prendre en considération les brevets 037 et 470. Compte tenu du contexte global, il existe une certaine ambiguïté dans le texte quant à la signification de « une autre drogue » et de « cette autre drogue »; cette ambiguïté semble avoir donné lieu au désaccord entre le juge Noël et la juge Sharlow en Cour d'appel fédérale.

L'ambiguïté n'a pas besoin d'être apparente à la lecture du par. 5(1). En fait, « [i]l est [. . .] nécessaire de tenir compte du "contexte global" de la disposition pour pouvoir déterminer si elle est raisonnablement susceptible de multiples interprétations » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 29 (je souligne)).

Pour ce qui est des brevets 037 et 470, il s'agit de savoir si au par. 5(1) les termes « une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence » et « cette autre drogue » à l'égard de laquelle les brevets sont inscrits au registre renvoient au *Losec 20* dans *toutes* ses formulations, y compris celles qui n'ont jamais été mises sur le marché (position d'AstraZeneca) ou s'ils ne concernent, de façon plus restrictive, que la drogue *Losec 20*, qui est visée par l'AC du 19 juin 1989 et qui est copiée par Apotex (position d'Apotex).

G. The Regulatory Context

At the time of the Apotex ANDS in 1993, its Canadian reference product was the version of *Losec 20* brought to market in Canada by AstraZeneca pursuant to the June 19, 1989 NOC. Section C.08.001.1 of the *Food and Drug Regulations* defines "Canadian reference product" as

(*a*) a drug in respect of which a notice of compliance is issued pursuant to section C.08.004 and which is marketed in Canada by the innovator of the drug,

(*b*) a drug, acceptable to the Minister, that can be used for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics, where a drug in respect of which a notice of compliance has been issued pursuant to section C.08.004 cannot be used for that purpose because it is no longer marketed in Canada, or

(*c*) a drug, acceptable to the Minister, that can be used for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics, in comparison to a drug referred to in paragraph (*a*);

It is significant that this series of definitions draws distinctions between a drug which *is* marketed in Canada (para. (*a*)) and a drug "acceptable to the Minister that . . . cannot be used for that purpose" [i.e. as a reference drug] because it is *no longer* marketed in Canada (para. (*b*)). Under (*b*), unlike (*a*), the Minister is given a discretion based on nothing but the fact that the product to which reference is made has been withdrawn from the market. As a practical matter, there was no AstraZeneca omeprazole product on the market after 1996 which Apotex *could* copy. However, Apotex had obtained samples prior to 1996 sufficient to demonstrate bioequivalence to the earlier technology incorporated in *Losec 20*. As stated, that product did not incorporate the 037 and 470 patent inventions.

I agree with Noël and Malone JJ.A. that "[t]he fact that a first person does not presently occupy

G. Le contexte réglementaire

Au moment de sa PADN en 1993, Apotex avait comme produit de référence canadien la version du *Losec 20* lancée sur le marché canadien par AstraZeneca aux termes de l'AC du 19 juin 1989. L'article C.08.001.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* définit le « produit de référence canadien » comme étant, selon le cas : 32

*a*) une drogue pour laquelle un avis de conformité a été délivré aux termes de l'article C.08.004 et qui est commercialisée au Canada par son innovateur;

*b*) une drogue jugée acceptable par le ministre qui peut être utilisée pour la détermination de la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, lorsqu'une drogue pour laquelle un avis de conformité a été délivré aux termes de l'article C.08.004 ne peut être utilisée à cette fin parce qu'elle n'est plus commercialisée au Canada;

*c*) une drogue jugée acceptable par le ministre qui peut être utilisée pour la détermination de la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, par comparaison à une drogue visée à l'alinéa *a*).

Fait important, cette série de définitions fait une distinction entre une drogue qui *est* commercialisée au Canada (al. *a*)) et une drogue « jugée acceptable par le ministre qui [. . .] ne peut être utilisée à cette fin » [c.-à-d. comme drogue de référence] parce qu'elle *n*'est *plus* commercialisée au Canada (al. *b*)). Contrairement à l'al. *a*), l'al. *b*) confère au ministre un pouvoir discrétionnaire qui repose uniquement sur le fait que le produit de référence a été retiré du marché. En pratique, aucun produit à base d'oméprazole fabriqué par AstraZeneca qu'Apotex *aurait pu* copier ne s'est trouvé sur le marché après 1996. Toutefois, les échantillons obtenus par Apotex avant 1996 suffisaient pour démontrer la bioéquivalence avec la technique antérieure incorporée au *Losec 20*. Comme nous l'avons vu, ce produit n'incorporait pas les inventions visées par les brevets 037 et 470. 33

Je conviens avec les juges Noël et Malone que « [l]e fait qu'une première personne n'occupe pas 34

the market has no bearing on the question whether a second person's proposed drug will infringe" (para. 54). However, as Noël J.A. also conceded, "it is the actual drug, from which samples can be taken and used for comparative purposes, that is relevant to the application of subsection 5(1) of the NOC Regulations" (para. 46 (emphasis added)).

à ce moment le marché n'a aucune incidence sur la question de savoir si le médicament proposé de la seconde personne créera une contrefaçon » (par. 54). Cependant, comme le juge Noël l'a également reconnu, « c'est le médicament proprement dit, à partir duquel des échantillons peuvent être prélevés et utilisés à des fins comparatives, qui est pertinent pour l'application du paragraphe 5(1) du Règlement relatif aux avis de conformité » (par. 46 (je souligne)).

35 In my opinion, the rules governing acceptable "comparator" drugs give a further important clue to the legislative intention. If, as para. (*b*) says, a drug cannot be used as a comparator unless acceptable to the Minister "because it is no longer marketed in Canada", it seems obvious that a drug cannot be used as a comparator if it has *never* been marketed in Canada. That is the significance of the fact that AstraZeneca has *never* had a product on the market based on AstraZeneca's later submissions in relation to which the 037 and 470 patents were listed.

À mon avis, les règles qui régissent les drogues de comparaison acceptables donnent un indice supplémentaire important quant à l'intention du législateur. Si, comme l'indique l'al. *b*), une drogue ne peut, à moins d'être jugée acceptable par le ministre, servir de comparaison « parce qu'elle n'est plus commercialisée au Canada », il semble évident qu'une drogue qui *n'*a *jamais* été commercialisée au Canada ne peut être utilisée à cette fin. D'où l'importance du fait qu'AstraZeneca *n'*a *jamais* lancé sur le marché de produit fondé sur ses dernières demandes à l'égard desquelles ont été inscrits les brevets 037 et 470.

36 Viewed in this light, it seems to me inescapable that the expression "another drug" in s. 5(1) refers to the actual comparator drug — not a drug that never became available for comparison — and that the words "with respect to each patent on the register in respect of the other drug" carries the same meaning.

Dans cette perspective, il me semble inéluctable que le terme « une autre drogue » au par. 5(1) renvoie à la véritable drogue de comparaison — et non à une drogue qui n'a jamais été disponible pour comparaison — et que le membre de phrase « à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue » revêt le même sens.

37 The whole obligation incurred by the generic manufacturer under the *NOC Regulations* is based on its "early working" of patents embodied in "another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence". The only drug that fits the description is the version of *Losec 20* approved in the June 19, 1989 NOC.

L'ensemble de l'obligation que le *Règlement AC* impose au fabricant de produits génériques se fonde sur ses « travaux préalables » à l'égard des brevets qu'il incorpore à « une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence ». La seule drogue qui correspond à cette description est la version du *Losec 20* approuvée dans l'AC du 19 juin 1989.

H. The Broader Statutory Purpose

H. L'objet général de la loi

38 I repeat that Parliament's stated purpose in authorizing the *NOC Regulations* was to permit the "early working" of the *patented invention* (s. 55.2(4)). As Apotex did not make use of the patented inventions taught by the 037 and 470 patents,

Je répète que le législateur a pris le *Règlement AC* dans le but déclaré de permettre aux fabricants d'effectuer les travaux préalables relatifs à l'*invention brevetée* (par. 55.2(4)). Comme Apotex n'a pas utilisé les inventions brevetées décrites aux brevets

Apotex is not on this occasion within the mischief aimed at by the *NOC Regulations*.

By imposing the 24-month delay called for by the *NOC Regulations*, the decision of the Federal Court of Appeal undermines achievement of the balance struck by Parliament between the objectives of the *FDA* and regulations thereunder (making safe and effective drugs available to the public) and the *Patent Act* and its regulations (preventing abuse of the "early working" exception to patent infringement). Given the evident (and entirely understandable) commercial strategy of the innovative drug companies to evergreen their products by adding bells and whistles to a pioneering product even after the original patent for that pioneering product has expired, the decision of the Federal Court of Appeal would reward evergreening even if the generic manufacturer (and thus the public) does not thereby derive any benefit from the subsequently listed patents. In my view, s. 5(1) of the *NOC Regulations* requires a patent-specific analysis, i.e. the generic manufacturer is only required to address the cluster of patents listed against submissions relevant to the NOC that gave rise to the comparator drug, in this case the 1989 version of *Losec 20*.

If AstraZeneca had brought to market a *Losec 20* product pursuant to the later NOCs and if Apotex had made reference to that modified product for the purpose of demonstrating bioequivalence, Apotex would have been required to file a notice of allegation with respect to the 037 and 470 patents.

However, it is clear that AstraZeneca did not market any product pursuant to the subsequent NOCs and that the preconditions to any obligations of Apotex under s. 5(1) were therefore not triggered.

I. The Apotex Product Cannot Claim the Advantages of the 037 and 470 Patents

Apotex acknowledges that its NOC dated January 27, 2004 does not permit Apotex to produce a product formulated or manufactured in

037 et 470, elle n'a pas à cet égard contrevenu au *Règlement AC*.

En imposant le délai de 24 mois prévu par le *Règlement AC*, la Cour d'appel fédérale compromet l'atteinte de l'équilibre recherché par le législateur entre les objectifs de la *LAD* et son règlement (mettre à la disposition du public des drogues efficaces et non nocifs) et ceux de la *Loi sur les brevets* et son règlement (prévenir le recours abusif à l'exception à la contrefaçon de brevets qui concerne les travaux préalables). Étant donné la stratégie commerciale évidente (et tout à fait compréhensible) des sociétés pharmaceutiques innovatrices qui consiste à perpétuer les brevets à l'égard de leurs produits en ajoutant des caractéristiques secondaires à un produit originel même après l'expiration du brevet relatif à ce produit, la décision de la Cour d'appel fédérale récompenserait cette pratique même si le fabricant de produits génériques (et donc le public) ne retire aucun bénéfice des brevets inscrits ultérieurement au registre. À mon avis, le par. 5(1) du *Règlement AC* exige une analyse portant sur des brevets précis, à savoir que le fabricant de produits génériques n'a besoin de traiter que des brevets inscrits à l'égard des demandes visées par l'AC relatif à la drogue de comparaison, en l'occurrence la version de 1989 du *Losec 20*. 39

Si AstraZeneca avait commercialisé un produit *Losec 20* fondé sur les AC obtenus ultérieurement et si Apotex avait fait référence à ce produit modifié pour démontrer la bioéquivalence de son produit, Apotex aurait eu à déposer un avis d'allégation à l'égard des brevets 037 et 470. 40

Or, il est clair qu'AstraZeneca n'a jamais commercialisé de produit fondé sur les AC subséquents et que les conditions préalables à toute obligation que pourrait avoir Apotex aux termes du par. 5(1) ne sont donc pas réunies. 41

I. Le produit d'Apotex ne peut revendiquer les avantages décrits aux brevets 037 et 470

Apotex reconnaît que son AC du 27 janvier 2004 ne lui permet pas de préparer un produit dont la formule ou la fabrication correspondent à 42

accordance with the 037 and 470 patents, nor to claim that the Apotex product is indicated for the treatment of *H. Pylori*. This opinion deals only with the obligations of Apotex under the *NOC Regulations*. AstraZeneca seemed to suggest at various points during the oral hearing that Apotex is indeed infringing AstraZeneca patents. If this be so (and there is no evidence before us either way), then of course AstraZeneca retains all its remedies under the *Patent Act*, including, in appropriate circumstances, an interlocutory injunction. The only patent-related consequence of the present decision is to deny AstraZeneca the benefit of a 24-month freeze without any proof of patent infringement.

J. Conclusion

43 I would allow the appeal. The order of the Federal Court of Appeal is set aside and the order of the Federal Court, Trial Division is restored. Apotex is entitled to its costs in this Court and in the courts below. The Minister is entitled to his costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

## APPENDIX

*Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4

INFRINGEMENT

. . .

**55.2** (1) [Exception] It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

(2) [Repealed, S.C. 2001, c. 10, s. 2(1)]

(3) [Repealed, S.C. 2001, c. 10, s. 2(1)]

(4) [Regulations] The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

celles décrites aux brevets 037 et 470 ni de prétendre que son produit est indiqué pour le traitement de *H. Pylori*. Notre avis en l'espèce n'a trait qu'aux obligations que lui impose le *Règlement AC*. AstraZeneca a semblé laisser entendre à divers moments au cours de l'audience qu'Apotex viole en fait les brevets d'AstraZeneca. Si c'est le cas (et nous ne disposons de preuve ni dans un sens ni dans l'autre), AstraZeneca conserve bien sûr tous ses recours prévus par la *Loi sur les brevets*, y compris, si les circonstances le justifient, l'injonction interlocutoire. La présente décision a pour seule conséquence en matière de brevets d'empêcher AstraZeneca de se prévaloir du gel de 24 mois sans aucune preuve de contrefaçon de brevet.

J. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. L'ordonnance de la Cour d'appel fédérale est annulée et celle de la Section de première instance de la Cour fédérale est rétablie. Apotex a droit à ses dépens devant toutes les cours. Le ministre a droit à ses dépens devant la Cour et la Cour d'appel fédérale.

## ANNEXE

*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4

CONTREFAÇON

. . .

**55.2** (1) [Exception] Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

(2) [Abrogé, L.C. 2001, ch. 10, par. 2(1)]

(3) [Abrogé, L.C. 2001, ch. 10, par. 2(1)]

(4) [Règlements] Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

(*a*) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

(*b*) respecting the earliest date on which a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (*a*) that is issued or to be issued to a person other than the patentee may take effect and respecting the manner in which that date is to be determined;

(*c*) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (*a*) as to the date on which that notice, certificate, permit or other document may be issued or take effect;

(*d*) conferring rights of action in any court of competent jurisdiction with respect to any disputes referred to in paragraph (*c*) and respecting the remedies that may be sought in the court, the procedure of the court in the matter and the decisions and orders it may make; and

(*e*) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (*a*) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

(5) [Inconsistency or conflict] In the event of any inconsistency or conflict between

(*a*) this section or any regulations made under this section, and

(*b*) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

(6) [For greater certainty] For greater certainty, subsection (1) does not affect any exception to the exclusive property or privilege granted by a patent that exists at law in respect of acts done privately and on a non-commercial scale or for a non-commercial purpose or in respect of any use, manufacture, construction or sale of the patented invention solely for the purpose of experiments that relate to the subject-matter of the patent.

*a*) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales régissant l'exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d'avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n'est pas le breveté;

*b*) concernant la première date, et la manière de la fixer, à laquelle un titre visé à l'alinéa *a*) peut être délivré à quelqu'un qui n'est pas le breveté et à laquelle elle peut prendre effet;

*c*) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l'ancien titulaire du brevet, et le demandeur d'un titre visé à l'alinéa *a*), quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

*d*) conférant des droits d'action devant tout tribunal compétent concernant les litiges visés à l'alinéa *c*), les conclusions qui peuvent être recherchées, la procédure devant ce tribunal et les décisions qui peuvent être rendues;

*e*) sur toute autre mesure concernant la délivrance d'un titre visé à l'alinéa *a*) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

(5) [Divergences] Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

(6) [Interprétation] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte au régime légal des exceptions au droit de propriété ou au privilège exclusif que confère un brevet en ce qui touche soit l'usage privé et sur une échelle ou dans un but non commercial, soit l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée dans un but d'expérimentation.

*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133

*Patent List*

**4.** (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

(2) A patent list submitted in respect of a drug must

(*a*) indicate the dosage form, strength and route of administration of the drug;

(*b*) set out any Canadian patent that is owned by the person, or in respect of which the person has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list, that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the register;

(*c*) contain a statement that, in respect of each patent, the person applying for a notice of compliance is the owner, has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list;

(*d*) set out the date on which the term limited for the duration of each patent will expire pursuant to section 44 or 45 of the *Patent Act*; and

(*e*) set out the address in Canada for service on the person of any notice of an allegation referred to in paragraph 5(3)(*b*) or (*c*), or the name and address in Canada of another person on whom service may be made, with the same effect as if service had been made on the person.

(3) Subject to subsection (4), a person who submits a patent list must do so at the time the person files a submission for a notice of compliance.

(4) A first person may, after the date of filing of a submission for a notice of compliance and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list, or an amendment to an existing patent list, that includes the information referred to in subsection (2).

(5) When a first person submits a patent list or an amendment to an existing patent list in accordance with

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133

*Liste de brevets*

**4.** (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe (7).

(2) La liste de brevets au sujet de la drogue doit contenir les renseignements suivants :

*a*) la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue;

*b*) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire ou à l'égard duquel elle détient une licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste, qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament, et qu'elle souhaite voir inscrit au registre;

*c*) une déclaration portant, à l'égard de chaque brevet, que la personne qui demande l'avis de conformité en est le propriétaire, en détient la licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste;

*d*) la date d'expiration de la durée de chaque brevet aux termes des articles 44 ou 45 de la *Loi sur les brevets*;

*e*) l'adresse de la personne au Canada aux fins de signification de tout avis d'allégation visé aux alinéas 5(3)*b*) ou *c*), ou les nom et adresse au Canada d'une autre personne qui peut en recevoir signification avec le même effet que s'il s'agissait de la personne elle-même.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), la personne qui soumet une liste de brevets doit le faire au moment du dépôt de la demande d'avis de conformité.

(4) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets, ou toute modification apportée à une liste de brevets, qui contient les renseignements visés au paragraphe (2).

(5) Lorsque la première personne soumet, conformément au paragraphe (4), une liste de brevets ou une

subsection (4), the first person must identify the submission to which the patent list or the amendment relates, including the date on which the submission was filed.

(6) A person who submits a patent list must keep the list up to date but may not add a patent to an existing patent list except in accordance with subsection (4).

(7) A person who submits a patent list or an amendment to an existing patent list under subsection (1) or (4) must certify that

(*a*) the information submitted is accurate; and

(*b*) the patents set out on the patent list or in the amendment are eligible for inclusion on the register and are relevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission for a notice of compliance has been filed.

**5.** (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(*a*) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(*b*) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(*c*) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

. . .

(2) Where, after a second person files a submission for a notice of compliance but before the notice of

modification apportée à une liste de brevets, elle doit indiquer la demande d'avis de conformité à laquelle se rapporte la liste ou la modification, en précisant notamment la date de dépôt de la demande.

(6) La personne qui soumet une liste de brevets doit la tenir à jour mais ne peut ajouter de brevets à une liste que si elle le fait en conformité avec le paragraphe (4).

(7) La personne qui soumet une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets aux termes des paragraphes (1) ou (4) doit remettre une attestation portant que :

*a*) les renseignements fournis sont exacts;

*b*) les brevets mentionnés dans la liste ou dans la modification sont admissibles à l'inscription au registre et sont pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue visée par la demande d'avis de conformité.

**5.** (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

*a*) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

*b*) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)*c*) est fausse,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

. . .

(2) Lorsque, après le dépôt par la seconde personne d'une demande d'avis de conformité mais avant la

compliance is issued, a patent list or an amendment to a patent list is submitted in respect of a patent pursuant to subsection 4(4), the second person shall amend the submission to include, in respect of that patent, the statement or allegation that is required by subsection (1) or (1.1), as the case may be.

(3) Where a person makes an allegation pursuant to paragraph (1)(*b*) or (1.1)(*b*) or subsection (2), the person shall

(*a*) provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation;

(*b*) if the allegation is made under any of subparagraphs (1)(*b*)(i) to (iii) or (1.1)(*b*)(i) to (iii), serve a notice of the allegation on the first person;

(*c*) if the allegation is made under subparagraph (1)(*b*)(iv) or (1.1)(*b*)(iv),

(i) serve on the first person a notice of the allegation relating to the submission filed under subsection (1) or (1.1) at the time that the person files the submission or at any time thereafter, and

(ii) include in the notice of allegation a description of the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission has been filed; and

(*d*) serve proof of service of the information referred to in paragraph (*b*) or (*c*) on the Minister.

*Right of Action*

**6.** (1) A first person may, within 45 days after being served with a notice of an allegation pursuant to paragraph 5(3)(*b*) or (*c*), apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance until after the expiration of a patent that is the subject of the allegation.

(2) The court shall make an order pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of those allegations is justified.

(3) The first person shall, within the 45 days referred to in subsection (1), serve the Minister with proof that an application referred to in that subsection has been made.

. . .

(5) In a proceeding in respect of an application under subsection (1), the court may, on the motion of a second person, dismiss the application

délivrance de cet avis, une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets est soumise à l'égard d'un brevet aux termes du paragraphe 4(4), la seconde personne doit modifier la demande pour y inclure, à l'égard de ce brevet, la déclaration ou l'allégation exigées par les paragraphes (1) ou (1.1), selon le cas.

(3) Lorsqu'une personne fait une allégation visée aux alinéas (1)*b*) ou (1.1)*b*) ou au paragraphe (2), elle doit :

*a*) fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde;

*b*) si l'allégation est faite aux termes de l'un des sous-alinéas (1)*b*)(i) à (iii) ou (1.1)*b*)(i) à (iii), signifier un avis de l'allégation à la première personne;

*c*) si l'allégation est faite aux termes des sous-alinéas (1)*b*)(iv) ou (1.1)*b*)(iv) :

(i) signifier à la première personne un avis de l'allégation relative à la demande déposée selon les paragraphes (1) ou (1.1), au moment où elle dépose la demande ou par la suite,

(ii) insérer dans l'avis d'allégation une description de la forme posologique, de la concentration et de la voie d'administration de la drogue visée par la demande;

*d*) signifier au ministre une preuve de la signification effectuée conformément aux alinéas *b*) ou *c*).

*Droits d'action*

**6.** (1) La première personne peut, dans les 45 jours après avoir reçu signification d'un avis d'allégation aux termes des alinéas 5(3)*b*) ou *c*), demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration du brevet visé par l'allégation.

(2) Le tribunal rend une ordonnance en vertu du paragraphe (1) à l'égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle conclut qu'aucune des allégations n'est fondée.

(3) La première personne signifie au ministre, dans la période de 45 jours visée au paragraphe (1), la preuve que la demande visée à ce paragraphe a été faite.

. . .

(5) Lors de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), le tribunal peut, sur requête de la seconde personne, rejeter la demande si, selon le cas :

(*a*) if the court is satisfied that the patents at issue are not eligible for inclusion on the register or are irrelevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug for which the second person has filed a submission for a notice of compliance; or

(*b*) on the ground that the application is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process.

. . .

(9) In a proceeding in respect of an application under subsection (1), a court may make any order in respect of costs, including on a solicitor-and-client basis, in accordance with the rules of the court.

(10) In addition to any other matter that the court may take into account in making an order as to costs, it may consider the following factors:

(*a*) the diligence with which the parties have pursued the application;

(*b*) the inclusion on the certified patent list of a patent that should not have been included under section 4; and

(*c*) the failure of the first person to keep the patent list up to date in accordance with subsection 4(6).

*Notice of Compliance*

**7.** (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

(*a*) [Repealed, SOR/98-166, s. 6(1)]

(*b*) the day on which the second person complies with section 5,

(*c*) subject to subsection (3), the expiration of any patent on the register that is not the subject of an allegation,

(*d*) subject to subsection (3), the expiration of 45 days after the receipt of proof of service of a notice of any allegation pursuant to paragraph 5(3)(*b*) or (*c*) in respect of any patent on the register,

(*e*) subject to subsections (2), (3) and (4), the expiration of 24 months after the receipt of proof of the making of any application under subsection 6(1), and

*a*) il estime que les brevets en cause ne sont pas admissibles à l'inscription au registre ou ne sont pas pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue pour laquelle la seconde personne a déposé une demande d'avis de conformité;

*b*) il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure.

. . .

(9) Le tribunal peut, au cours de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), rendre toute ordonnance relative aux dépens, notamment sur une base avocat-client, conformément à ses règles.

(10) Lorsque le tribunal rend une ordonnance relative aux dépens, il peut tenir compte notamment des facteurs suivants :

*a*) la diligence des parties à poursuivre la demande;

*b*) l'inscription, sur la liste de brevets qui fait l'objet d'une attestation, de tout brevet qui n'aurait pas dû y être inclus aux termes de l'article 4;

*c*) le fait que la première personne n'a pas tenu à jour la liste de brevets conformément au paragraphe 4(6).

*Avis de conformité*

**7.** (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes :

*a*) [Abrogé, DORS/98-166, par. 6(1)]

*b*) la date à laquelle la seconde personne se conforme à l'article 5;

*c*) sous réserve du paragraphe (3), la date d'expiration de tout brevet inscrit au registre qui ne fait pas l'objet d'une allégation;

*d*) sous réserve du paragraphe (3), la date qui suit de 45 jours la date de réception de la preuve de signification de l'avis d'allégation visé aux alinéas 5(3)*b*) ou *c*) à l'égard de tout brevet inscrit au registre;

*e*) sous réserve des paragraphes (2), (3) et (4), la date qui suit de 24 mois la date de réception de la preuve de présentation de la demande visée au paragraphe 6(1);

(*f*) the expiration of any patent that is the subject of an order pursuant to subsection 6(1).

(2) Paragraph (1)(*e*) does not apply if at any time, in respect of each patent that is the subject of an application pursuant to subsection 6(1),

(*a*) the patent has expired; or

(*b*) the court has declared that the patent is not valid or that no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed.

. . .

(4) Paragraph (1)(*e*) ceases to apply in respect of an application under subsection 6(1) if the application is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application.

(5) If the court has not yet made an order under subsection 6(1) in respect of an application, the court may

(*a*) shorten the time limit referred to in paragraph (1)(*e*) on consent of the first and second persons or if the court finds that the first person has failed, at any time during the proceeding, to reasonably cooperate in expediting the application; or

(*b*) extend the time limit referred to in paragraph (1)(*e*) on consent of the first and second persons or, if the court finds that the second person has failed, at any time during the proceeding, to reasonably cooperate in expediting the application.

**8.** (1) If an application made under subsection 6(1) is withdrawn or discontinued by the first person or is dismissed by the court hearing the application or if an order preventing the Minister from issuing a notice of compliance, made pursuant to that subsection, is reversed on appeal, the first person is liable to the second person for any loss suffered during the period

(*a*) beginning on the date, as certified by the Minister, on which a notice of compliance would have been issued in the absence of these Regulations, unless the court is satisfied on the evidence that another date is more appropriate; and

(*b*) ending on the date of the withdrawal, the discontinuance, the dismissal or the reversal.

*f*) la date d'expiration de tout brevet faisant l'objet d'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 6(1).

(2) L'alinéa (1)*e*) ne s'applique pas si, à l'égard de chaque brevet visé par une demande au tribunal aux termes du paragraphe 6(1) :

*a*) soit le brevet est expiré;

*b*) soit le tribunal a déclaré que le brevet n'est pas valide ou qu'aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites.

. . .

(4) L'alinéa (1)*e*) cesse de s'appliquer à l'égard de la demande visée au paragraphe 6(1) si celle-ci est retirée ou fait l'objet d'un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal qui en est saisi.

(5) Lorsque le tribunal n'a pas encore rendu d'ordonnance aux termes du paragraphe 6(1) à l'égard d'une demande, il peut :

*a*) abréger le délai visé à l'alinéa (1)*e*) avec le consentement de la première personne et de la seconde personne, ou s'il conclut que la première personne n'a pas, au cours de l'instance relative à la demande, collaboré de façon raisonnable au règlement expéditif de celle-ci;

*b*) proroger le délai visé à l'alinéa (1)*e*) avec le consentement de la première personne et de la seconde personne, ou s'il conclut que la seconde personne n'a pas, au cours de l'instance relative à la demande, collaboré de façon raisonnable au règlement expéditif de celle-ci.

**8.** (1) Si la demande présentée aux termes du paragraphe 6(1) est retirée ou fait l'objet d'un désistement par la première personne ou est rejetée par le tribunal qui en est saisi, ou si l'ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, rendue aux termes de ce paragraphe, est annulée lors d'un appel, la première personne est responsable envers la seconde personne de toute perte subie au cours de la période :

*a*) débutant à la date, attestée par le ministre, à laquelle un avis de conformité aurait été délivré en l'absence du présent règlement, sauf si le tribunal estime d'après la preuve qu'une autre date est plus appropriée;

*b*) se terminant à la date du retrait, du désistement ou du rejet de la demande ou de l'annulation de l'ordonnance.

(2) A second person may, by action against a first person, apply to the court for an order requiring the first person to compensate the second person for the loss referred to in subsection (1).

. . .

(4) The court may make such order for relief by way of damages or profits as the circumstances require in respect of any loss referred to in subsection (1).

(5) In assessing the amount of compensation the court shall take into account all matters that it considers relevant to the assessment of the amount, including any conduct of the first or second person which contributed to delay the disposition of the application under subsection 6(1).

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the respondent AstraZeneca Canada Inc.: Smart & Biggar, Toronto.*

*Solicitor for the respondents the Minister of Health and the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association: Hazzard & Hore, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

(2) La seconde personne peut, par voie d'action contre la première personne, demander au tribunal de rendre une ordonnance enjoignant à cette dernière de lui verser une indemnité pour la perte visée au paragraphe (1).

. . .

(4) Le tribunal peut rendre l'ordonnance qu'il juge indiquée pour accorder réparation par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits à l'égard de la perte visée au paragraphe (1).

(5) Pour déterminer le montant de l'indemnité à accorder, le tribunal tient compte des facteurs qu'il juge pertinents à cette fin, y compris, le cas échéant, la conduite de la première personne ou de la seconde personne qui a contribué à retarder le règlement de la demande visée au paragraphe 6(1).

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Goodmans, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée AstraZeneca Canada Inc. : Smart & Biggar, Toronto.*

*Procureur des intimés le ministre de la Santé et le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique : Hazzard & Hore, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante les Compagnies de recherche pharmaceutique du Canada : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada


**Part 4, 2006 Vol. 2**

**4e cahier, 2006 Vol. 2**

**Cited as [2006] 2 S.C.R. 591-785**

**Renvoi [2006] 2 R.C.S. 591-785**

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

## CONTENTS

**Fédération des producteurs acéricoles du Québec *v.* Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.** ..... **591**

Status of persons — Legal persons — Dissolution and liquidation — Forced dissolution of non-profit corporation constituted by letters patent under Part III of Quebec Companies Act — Whether suppletive scheme for dissolution and liquidation of legal persons set out in Civil Code of Québec applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 334, 355, 361 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 829.

Civil procedure — Costs — Extra-judicial fees — Whether Court of Appeal's order relating to payment of extra-judicial fees should be struck from disposition — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 477.

**Pro Swing Inc. *v.* Elta Golf Inc.** ..... **612**

Private international law — Foreign judgments — Recognition and enforcement of foreign non-monetary judgments — Whether common law should be changed to permit enforcement of foreign non-monetary judgments — Considerations relevant to recognition and enforcement of such judgments or orders.

**R. *v.* Angelillo** ..... **728**

Criminal law — Sentencing — Consideration of other offences — Accused sentenced to term of imprisonment of two years less day to be served in community — New charges laid against him in relation to new offences committed while he was waiting to be sentenced — Whether court sentencing accused may consider evidence of facts tending to establish commission of another offence in respect of which accused has been charged but not convicted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 725, 742.1.

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Due diligence — Evidence not adduced at sentencing hearing because of lack of co-operation between Crown and police — Whether it is in interests of justice to allow Crown to introduce this fresh evidence on appeal.

**R. *v.* Déry** ..... **669**

Criminal law — Attempted conspiracy — Whether offence of attempted conspiracy to commit substantive offence exists in Canadian criminal law.

**R. *v.* Larche** ..... **762**

Criminal law — Sentencing — Uncharged offences — Accused participating in criminal operation that exported cannabis in U.S. and repatriated proceeds to Canada — Accused pleading guilty on two counts — Sentencing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

**Fédération des producteurs acéricoles du Québec *c.* Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.** ..... **591**

Droit des personnes — Personnes morales — Dissolution et liquidation — Dissolution forcée d'une compagnie à but non lucratif constituée par lettres patentes en vertu de la partie III de la Loi sur les compagnies du Québec — Le régime supplétif de dissolution et de liquidation de personnes morales prévu au Code civil du Québec est-il applicable? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 334, 355, 361 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 829.

Procédure civile — Dépens — Honoraires extra-judiciaires — L'ordonnance de la Cour d'appel relative au paiement des honoraires extra-judiciaires doit-elle être retirée de son dispositif? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 477.

**Pro Swing Inc. *c.* Elta Golf Inc.** ..... **612**

Droit international privé — Jugements étrangers — Reconnaissance et exécution d'un jugement non pécuniaire étranger — Y a-t-il lieu de modifier la common law pour permettre l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger? — Considérations pertinentes pour la reconnaissance et l'exécution d'un jugement ou d'une ordonnance de cette nature.

**R. *c.* Angelillo** ..... **728**

Droit criminel — Détermination de la peine — Prise en considération d'autres infractions — Accusé condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour à purger dans la collectivité — Autres accusations portées contre lui à la suite de nouvelles infractions commises alors qu'il attendait le prononcé de sa peine — Le tribunal qui inflige une peine à un accusé peut-il prendre en compte des éléments de preuve tendant à démontrer la commission d'une autre infraction pour laquelle celui-ci a été inculpé mais n'a pas été condamné? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 725, 742.1.

Droit criminel — Preuve — Éléments de preuve nouveaux — Diligence raisonnable — Éléments de preuve non présentés à l'audience de détermination de la peine en raison d'une absence de collaboration entre le ministère public et la force policière — Est-il dans l'intérêt de la justice d'autoriser le ministère public à introduire cette preuve nouvelle en appel?

**R. *c.* Déry** ..... **669**

Droit criminel — Tentative de complot — L'infraction de tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle existe-t-elle en droit criminel canadien?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

judge applying s. 725(1)(c) of Criminal Code dealing with uncharged offences in determining sentence — Whether sentencing judge entitled to apply s. 725(1)(c) without Crown's consent — Whether uncharged offences considered by sentencing judge met connexity and jurisdictional requirements of s. 725(1)(c) — Relevance of international comity in exercising discretion conferred by s. 725(1)(c) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 725(1)(c).

**R. *v.* R.D.** ..... **610**

Criminal law — Evidence — Criminal negligence — Assessment of evidence.

**R. *v.* Sappier; R. *v.* Gray** ..... **686**

Aboriginal law — Aboriginal rights — Right to harvest wood for personal uses — Members of Maliseet and Mi'kmaq First Nations charged in New Brunswick with unlawful possession or unlawful cutting of Crown timber — Crown lands where timber harvested forming part of First Nations' traditional territory — Whether Maliseet and Mi'kmaq have aboriginal right to harvest wood for personal uses on Crown lands.

Aboriginal law — Van der Peet test — Meaning of "distinctive culture".

## SOMMAIRE (Fin)

**R. *c.* Larche** ..... **762**

Droit criminel — Détermination de la peine — Infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation — Participation de l'accusé à une opération criminelle consistant à exporter de la marijuana aux États-Unis et à en rapatrier au Canada le produit de la vente — Accusé plaidant coupable à deux chefs d'accusation — Pour la détermination de la peine, application par le juge de l'art. 725(1)c) du Code criminel relatif aux infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation — Le juge chargé de la détermination de la peine a-t-il le droit d'appliquer l'art. 725(1)c) sans le consentement du ministère public? — Les infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation qui sont prises en compte par le juge chargé de la détermination de la peine satisfont-elles aux exigences de l'art. 725(1)c) sur le plan de la connexité et de la compétence? — Pertinence du principe de la courtoisie internationale quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 725(1)c) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 725(1)c).

**R. *c.* R.D.** ..... **610**

Droit criminel — Preuve — Négligence criminelle — Appréciation de la preuve.

**R. *c.* Sappier; R. *c.* Gray** ..... **686**

Droit des autochtones — Droits ancestraux — Droit de récolter du bois à des fins personnelles — Accusations de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres déposées au Nouveau-Brunswick contre des membres des premières nations malécite et mi'kmaq — Les terres de la Couronne où le bois a été récolté font partie du territoire traditionnel des premières nations concernées — Les Malécites et les Mi'kmaq possèdent-ils un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins personnelles sur les terres de la Couronne?

Droit des autochtones — Critère de l'arrêt Van der Peet — Sens de l'expression « culture distinctive ».

**Citadelle, coopérative de producteurs de sirop d'érable, Produits alimentaires Jacques et Fils inc., Shady Maple Farm Ltd. and Conseil de l'industrie acéricole** *Appellants*

*v.*

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Fédération des producteurs acéricoles du Québec, PricewaterhouseCoopers Inc. and Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.** *Respondents*

**INDEXED AS: FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS ACÉRICOLES DU QUÉBEC *v.* REGROUPEMENT POUR LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS DE L'ÉRABLE INC.**

**Neutral citation: 2006 SCC 50.**

File No.: 30892.

2006: June 19; 2006: November 9.

Present: Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE QUEBEC COURT OF APPEAL

*Status of persons — Legal persons — Dissolution and liquidation — Forced dissolution of non-profit corporation constituted by letters patent under Part III of Quebec Companies Act — Whether suppletive scheme for dissolution and liquidation of legal persons set out in Civil Code of Québec applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 334, 355, 361 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 829.*

*Civil procedure — Costs — Extra-judicial fees — Whether Court of Appeal's order relating to payment of extra-judicial fees should be struck from disposition — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 477.*

The Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable is a non-profit corporation constituted by letters patent under Part III of the Quebec *Companies Act*. It is made up of producers, buyer-processors and neutral third parties. Eight years after

**Citadelle, coopérative de producteurs de sirop d'érable, Produits alimentaires Jacques et Fils inc., Shady Maple Farm Ltd. et Conseil de l'industrie acéricole** *Appelants*

*c.*

**Procureur général du Canada, Procureur général du Québec, Fédération des producteurs acéricoles du Québec, PricewaterhouseCoopers Inc. et Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc.** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS ACÉRICOLES DU QUÉBEC *c.* REGROUPEMENT POUR LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS DE L'ÉRABLE INC.**

**Référence neutre : 2006 CSC 50.**

N° du greffe : 30892.

2006 : 19 juin; 2006 : 9 novembre.

Présents : Les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit des personnes — Personnes morales — Dissolution et liquidation — Dissolution forcée d'une compagnie à but non lucratif constituée par lettres patentes en vertu de la partie III de la Loi sur les compagnies du Québec — Le régime supplétif de dissolution et de liquidation de personnes morales prévu au Code civil du Québec est-il applicable? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 334, 355, 361 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 829.*

*Procédure civile — Dépens — Honoraires extra-judiciaires — L'ordonnance de la Cour d'appel relative au paiement des honoraires extra-judiciaires doit-elle être retirée de son dispositif? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 477.*

Le Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable est une compagnie à but non lucratif constituée par lettres patentes en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec. Il est formé de producteurs, d'acheteurs-transformateurs et de tiers

its constitution, its activities were paralysed as a result of conflicting interests. The Fédération des producteurs acéricoles du Québec applied for dissolution of the Regroupement and for the designation of a liquidator, and claimed to be entitled to the assets, which were worth over $22,000,000. Other stakeholders also claimed to be entitled to the assets. The Superior Court dissolved the Regroupement pursuant to the suppletive scheme of art. 355 *C.C.Q.*, ordered that it be liquidated in accordance with the specific scheme of the letters patent constituting the Regroupement and attributed the assets to the Fédération. The Court of Appeal considered that art. 334 *C.C.Q.* precluded the application of the suppletive scheme of dissolution set out in the *Civil Code of Quebec*. It upheld the dissolution, but pursuant to the specific scheme of art. 829 *C.C.P.*, and confirmed the attribution of the assets to the Fédération.

*Held*: The appeal should be dismissed.

Article 300 *C.C.Q.* states that the suppletive commercial law applicable to legal persons in Quebec is the *Civil Code of Québec*. In the instant case, both methods of dissolution provided for in the *Companies Act* with respect to a legal person constituted under Part III are inapplicable. The method of dissolution provided for in art. 829, al. 2 *C.C.P.* is also inapplicable, since the letter sent by the Attorney General to the trial judge did not constitute an authorization, within the meaning of that article, to apply for dissolution of the corporation. Although art. 334 *C.C.Q.* provides that the absence of specific rules for dissolution is the condition for applying the *Civil Code of Québec*'s provisions dealing with that subject, the fact that the rules are incomplete does not mean that the suppletive law is inapplicable. Considered in its context and from a global perspective, art. 334 provides that arts. 355 to 364 *C.C.Q.* apply to the dissolution and liquidation of a legal person insofar as it is necessary to fill the gaps of a special statute, thereby preventing a legal vacuum. Since no specific legal scheme is applicable to the forced dissolution of the Regroupement, the application for dissolution is governed by the rules of the *Civil Code of Québec*. The Regroupement has become incapable of, within the meaning of art. 355 *C.C.Q.*, accomplishing the objects for which it was constituted. Its dissolution must therefore be ordered. [11-15] [21] [30-32]

Since the Regroupement's letters patent expressly provide for a method of liquidation, there is no need to resort either to the suppletive scheme of s. 31, para. 2(*q*) of the *Companies Act* or to that of art. 361 *C.C.Q.* According to the letters patent, the criterion for attribution is that of similar activities. Both the trial judge

neutres. Après huit ans d'existence, des conflits d'intérêts entraînent la paralysie de ses activités. La Fédération des producteurs acéricoles du Québec demande la dissolution du Regroupement, la nomination d'un liquidateur et réclame les actifs de plus de 22 000 000 $. D'autres intervenants réclament également les actifs. La Cour supérieure dissout le Regroupement selon le régime supplétif de l'art. 355 *C.c.Q.*, décrète la liquidation selon le régime spécifique des lettres patentes constitutives du Regroupement et attribue les actifs à la Fédération. Pour sa part, la Cour d'appel estime que l'art. 334 *C.c.Q.* fait échec à l'application du régime supplétif de dissolution prévu au *Code civil du Québec*. Elle confirme la dissolution mais en vertu du régime spécifique de l'art. 829 *C.p.c.* et confirme l'attribution des actifs à la Fédération.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

L'article 300 *C.c.Q.* énonce que le droit commercial supplétif applicable aux personnes morales au Québec est le *Code civil du Québec*. En l'espèce, les deux modes de dissolution prévus à la *Loi sur les compagnies* qui visent une personne morale constituée en vertu de la partie III sont inapplicables. Il en va de même du mode de dissolution prévu à l'art. 829, al. 2 *C.p.c.* car la lettre du procureur général envoyée au juge de première instance ne constituait pas, au sens de cet article, une autorisation de demander la dissolution de la compagnie. Bien que l'art. 334 *C.c.Q.* fasse de l'absence d'un régime particulier de dissolution la condition du recours aux dispositions du *Code civil du Québec* régissant cette question, l'existence d'un régime incomplet n'a pas pour effet d'écarter l'application du droit supplétif. Analysé en contexte et dans une perspective globale, l'art. 334 indique que les art. 355 à 364 *C.c.Q.* s'appliquent à la dissolution et à la liquidation d'une personne morale dans la mesure où il est nécessaire de combler les carences d'une loi particulière, et ainsi prévenir un vide juridique. Comme aucun autre régime légal particulier n'est applicable à la demande de dissolution forcée du Regroupement, cette demande est régie par les règles du *Code civil du Québec*. Le Regroupement est devenu incapable, au sens de l'art. 355 *C.c.Q.*, d'accomplir les objets pour lesquels il a été constitué. Sa dissolution doit en conséquence être ordonnée. [11-15] [21] [30-32]

Vu que les lettres patentes du Regroupement prévoient expressément un mode de liquidation, il n'est pas nécessaire de recourir au régime supplétif de l'art. 31, al. 2*q*) de la *Loi sur les compagnies* ni à celui de l'art. 361 *C.c.Q.* Selon ces lettres, le critère d'attribution est celui de l'activité analogue. Tant le premier juge que la

and the Court of Appeal were of the view that, at present, only the Fédération is carrying out activities similar to those of the Regroupement. There is no reason to review this finding of fact. [36]

The part of the Court of Appeal's order relating to payment of the fees of counsel for the buyer-processors must be struck out. That part of the order cannot be based on the discretion provided for in art. 477 *C.C.P.*, and no tariff authorizes it. [42]

### Cases Cited

**Applied:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591; **approved:** *Fédération des producteurs acéricoles du Québec v. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc.*, J.E. 2001-1444; **disapproved:** *Lussier v. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc.*, J.E. 2002-137.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Lower Canada.*
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, preliminary provision, arts. 300, 334, 355 to 364.
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 477, 829.
*Companies Act*, R.S.Q., c. C-38, ss. 28, 29, 31, 224, 227, 231.
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

### Authors Cited

Brierley, John E. C. "The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture: The New *Civil Code of Québec*" (1992), 42 *U.T.L.J.* 484.
Chamberland, Jacques. "Discours inaugural du sous-ministre de la Justice", dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec: actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992, 1.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions: principes fondamentaux*. Montréal: Thémis, 2002.
Martel, Paul. *La compagnie au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002 (feuilles mobiles mises à jour juin 2006, envoi nº 68).
Martel, Paul. *La corporation sans but lucratif au Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur/Martel ltée,

Cour d'appel ont exprimé l'avis que seule la Fédération exerce présentement une activité analogue à celle qu'a exercée le Regroupement. Il n'y a pas lieu de revoir cette conclusion de fait. [36]

La partie de l'ordonnance de la Cour d'appel qui concerne le paiement des honoraires des avocats des acheteurs-transformateurs doit être supprimée. Cette partie de l'ordonnance ne saurait être fondée sur le pouvoir discrétionnaire accordé par l'art. 477 *C.p.c.* et aucun tarif ne l'autorise. [42]

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; **arrêt approuvé :** *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc.*, J.E. 2001-1444; **arrêt désapprouvé :** *Lussier c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc.*, J.E. 2002-137.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas-Canada.*
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire, art. 300, 334, 355 à 364.
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 477, 829.
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.
*Loi sur les compagnies*, L.R.Q., ch. C-38, art. 28, 29, 31, 224, 227, 231.

### Doctrine citée

Brierley, John E. C. « The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture : The New *Civil Code of Québec* » (1992), 42 *U.T.L.J.* 484.
Chamberland, Jacques. « Discours inaugural du sous-ministre de la Justice », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec : actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992, 1.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux*. Montréal : Thémis, 2002.
Martel, Paul. *La compagnie au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002 (feuilles mobiles mises à jour juin 2006, envoi nº 68).
Martel, Paul. *La corporation sans but lucratif au Québec*. Montréal : Wilson & Lafleur/Martel ltée,

1987 (feuilles mobiles mises à jour juillet 2006, envoi nº 29).

Pratte, Caroline. "Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du *Code civil du Québec*" (1994), 39 *McGill L.J.* 1.

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*. Québec: Éditeur officiel, 1978.

Quebec. Minister of Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec: un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Morin and Dalphond JJ.A.), [2005] R.J.Q. 1000, [2005] Q.J. No. 2554 (QL), 2005 QCCA 301, affirming an order of Gervais J., [2003] R.J.Q. 534, [2002] Q.J. No. 5553 (QL), dissolving a legal person and designating a liquidator. Appeal dismissed.

*Robert J. Torralbo* and *Nassif BouMalhab*, for the appellants.

*Marie-Claude Parent* and *Claude Rioux*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

*Louis Coallier* and *Mathieu Turcotte*, for the respondent Fédération des producteurs acéricoles du Québec.

*Stéphane Lamonde*, for the respondent PricewaterhouseCoopers Inc.

English version of the judgment of the Court delivered by

1 DESCHAMPS J. — Does the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"), apply to an application for the forced dissolution of a legal person constituted pursuant to Part III of Quebec's *Companies Act*, R.S.Q., c. C-38 ("*C.A.*")? That is the legal question the Court must answer in this appeal.

1. Facts

2 The respondent Fédération des producteurs acéricoles du Québec ("Fédération") represents all maple syrup producers in Quebec. In the early

1987 (feuilles mobiles mises à jour juillet 2006, envoi nº 29).

Pratte, Caroline. « Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du *Code civil du Québec* » (1994), 39 *R.D. McGill* 1.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec : un mouvement de société*. Québec : Publications du Québec, 1993.

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*. Québec : Éditeur officiel, 1978.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Morin et Dalphond), [2005] R.J.Q. 1000, [2005] J.Q. nº 2554 (QL), 2005 QCCA 301, qui a confirmé l'ordonnance de dissolution d'une personne morale et de nomination d'un liquidateur rendue par le juge Gervais, [2003] R.J.Q. 534, [2002] J.Q. nº 5553 (QL). Pourvoi rejeté.

*Robert J. Torralbo* et *Nassif BouMalhab*, pour les appelants.

*Marie-Claude Parent* et *Claude Rioux*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

*Louis Coallier* et *Mathieu Turcotte*, pour l'intimée la Fédération des producteurs acéricoles du Québec.

*Stéphane Lamonde*, pour l'intimée PricewaterhouseCoopers Inc.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Est-ce que les dispositions du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), s'appliquent à une dissolution forcée visant une personne morale constituée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec, L.R.Q., ch. C-38 (« *L.c.* »)? Voilà la question de droit à laquelle doit répondre la Cour dans le présent pourvoi.

1. Faits

L'intimée, la Fédération des producteurs acéricoles du Québec (« Fédération »), représente l'ensemble de ces producteurs au Québec. Au début

1990s, the Fédération experienced serious financial difficulties as a result of significant fluctuations in the production of and demand for maple syrup. In an attempt to resolve those difficulties, representatives of the maple products industry agreed, at the suggestion of Quebec's Ministère de l'Agriculture, to apply for the constitution by letters patent of a legal person, the Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc. ("Regroupement"). The Regroupement is one of the respondents in this appeal. The active members of the Regroupement are the Fédération and 21 maple syrup buyer-processors, three of which are appellants in the case at bar.

des années 1990, la Fédération a connu de sérieuses difficultés financières par suite d'importantes fluctuations dans la production et la demande de sirop d'érable. Pour tenter de résoudre ces difficultés, à la suggestion du ministère de l'Agriculture du Québec, des représentants de l'industrie acéricole se sont entendus pour demander la constitution par lettres patentes d'une personne morale, le Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc. (« Regroupement »). Le Regroupement est l'un des intimés mis en cause. Les membres actifs du Regroupement sont la Fédération et 21 acheteurs-transformateurs de sirop d'érable, dont trois sont ici appelants.

Shortly after the Regroupement was constituted, internal conflicts developed, and they became so serious that they paralysed its activities. The Fédération accordingly applied to the Superior Court on January 23, 2001, for dissolution of the Regroupement and for the designation of a liquidator for its assets, which were valued at a little over $22,000,000 by the trial judge in his decision dated December 10, 2002.

3 Peu après la constitution du Regroupement, des conflits d'intérêts sont apparus au sein de celui-ci et se sont amplifiés au point d'entraîner la paralysie de ses activités. Le 23 janvier 2001, la Fédération s'est en conséquence adressée à la Cour supérieure pour demander la dissolution du Regroupement et la nomination d'un liquidateur pour ses actifs, évalués à un peu plus de 22 000 000 $ par le juge de première instance dans sa décision du 10 décembre 2002.

## 2. Judgments of the Superior Court and the Court of Appeal

## 2. Les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel

In his judgment on the motion for dissolution and for the designation of a liquidator, Gervais J. of the Superior Court stated that there was, in his view, no special statute under which the Regroupement could be dissolved. The judge then turned to the *Civil Code of Québec* and applied its provisions on the dissolution of legal persons.

4 Rendant jugement sur la requête en dissolution et en nomination d'un liquidateur, le juge Gervais de la Cour supérieure se dit d'avis qu'aucune loi particulière ne permet la dissolution du Regroupement. Le juge se tourne vers le *Code civil du Québec* et applique les dispositions de celui-ci traitant de la dissolution des personnes morales.

Regarding liquidation, he relied on the Regroupement's letters patent rather than on the suppletive liquidation scheme of the *Civil Code of Québec*. Nevertheless, he felt that both these schemes led to the same result, that is, that the net assets of the Regroupement should be transferred to the Fédération. Gervais J. also ordered that the Regroupement pay the judicial and extrajudicial costs incurred by the Fédération, the interveners, and the sequestrator in respect of the proceeding:

5 Pour ce qui est de la liquidation, il s'en remet aux lettres patentes du Regroupement plutôt qu'au régime supplétif de liquidation du *Code civil du Québec*. Néanmoins, il estime que l'application de l'un ou l'autre de ces deux régimes législatifs mène au même résultat, c'est-à-dire que les actifs nets du Regroupement doivent être remis à la Fédération. Le juge Gervais ordonne aussi au Regroupement de payer les frais judiciaires et extra-judiciaires engagés par la Fédération, les intervenants et le

[2003] R.J.Q. 534. The buyer-processors appealed the Superior Court's judgment.

6 The Court of Appeal considered the *Civil Code of Québec*'s provisions on dissolution to be inapplicable in the case at bar: [2005] R.J.Q. 1000. It found that the provisions of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*"), were applicable. Article 829 *C.C.P.* provides that the Attorney General of Quebec, or a person authorized by the Attorney General, may apply for the annulment of a legal person's letters patent. In the Court of Appeal's view, a letter dated November 1, 2002, from the Attorney General of Quebec to Gervais J. constituted an authorization for this purpose, and the court accordingly upheld the order dissolving the Regroupement.

7 Concerning the liquidation of the Regroupement's assets, the Court of Appeal found that the provisions of the *Civil Code of Québec* were applicable, but held that they permitted taking the letters patent into consideration. The Court of Appeal, like Gervais J., concluded that the Regroupement's assets should be remitted to the Fédération. However, it refused to award costs, except to order the liquidator to reimburse the buyer-processors (excluding the Conseil de l'industrie acéricole) for reasonable fees and disbursements owed to their counsel. The buyer-processors have appealed to this Court.

### 3. Positions of the Parties

8 The buyer-processors contest the Court of Appeal's decision to order the Regroupement's dissolution pursuant to the *Code of Civil Procedure*. Although they agree with the Court of Appeal's analysis concerning the inapplicability of the *Civil Code of Québec* and with its interpretation of the *Code of Civil Procedure*'s provisions on forced dissolution, the buyer-processors dispute the meaning ascribed by the Court of Appeal to the Attorney General of Quebec's letter of November 1, 2002. Also, since this ground for dissolution was raised by the Court of Appeal on its own initiative after the hearing, they submit that the decision to do so

séquestre à l'égard du litige : [2003] R.J.Q. 534. Les acheteurs-transformateurs portent le jugement de la Cour supérieure en appel.

De l'avis de la Cour d'appel, les dispositions du *Code civil du Québec* sur la dissolution ne peuvent être appliquées à l'espèce : [2005] R.J.Q. 1000. Elle conclut à l'application des dispositions du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »). L'article 829 *C.p.c.* précise que le procureur général du Québec, ou une personne qu'il autorise, peut demander l'annulation des lettres patentes d'une personne morale. Considérant que la lettre datée du 1er novembre 2002 qu'a adressée le procureur général du Québec au juge Gervais constitue une telle autorisation, la Cour d'appel confirme l'ordonnance de dissolution du Regroupement.

Relativement à la liquidation des actifs du Regroupement, la Cour d'appel conclut que les dispositions du *Code civil du Québec* s'appliquent, mais juge qu'elles autorisent la prise en considération des lettres patentes. À l'instar du juge Gervais, la Cour d'appel conclut cependant que les actifs du Regroupement doivent être remis à la Fédération. La Cour d'appel refuse par contre d'accorder les frais sauf pour ordonner au liquidateur de rembourser aux acheteurs-transformateurs (à l'exclusion du Conseil de l'industrie acéricole) les honoraires et débours raisonnables dus à leurs avocats. Les acheteurs-transformateurs se pourvoient devant notre Cour.

### 3. Position des parties

Les acheteurs-transformateurs remettent en question la décision de la Cour d'appel d'ordonner la dissolution du Regroupement en vertu du *Code de procédure civile*. Bien qu'ils souscrivent à l'analyse de la Cour d'appel concernant l'inapplicabilité du *Code civil du Québec* ainsi qu'à l'interprétation faite par celle-ci des dispositions du *Code de procédure civile* sur la dissolution forcée, les acheteurs-tranformateurs contestent la portée qu'a donnée la Cour d'appel à la lettre du procureur général du Québec du 1er novembre 2002. En outre, comme ce motif de dissolution a été soulevé par la Cour d'appel de son propre chef après l'audience, ils

constitutes a breach of the rules of procedural fairness, which guarantee them the right to be heard. On the liquidation issue, the buyer-processors contend that the rules on liquidation set out in the *Civil Code of Québec* apply and that a proper application of those rules requires that the Regroupement's net assets be partitioned equally among all its active members.

The Fédération and the Attorney General of Quebec endorse Gervais J.'s approach. They submit that no special statute applies to the forced dissolution of the Regroupement and that recourse should be had to the suppletive scheme of the *Civil Code of Québec* regarding the dissolution of legal persons. The Fédération also agrees with Gervais J.'s order relating to liquidation. The Attorney General of Quebec adds that the letter he sent to Gervais J. was not intended to authorize an application for dissolution.

## 4. Analysis

### 4.1 *Dissolution of a Legal Person*

The *Civil Code of Québec* lays down the *jus commune* (general law) of Quebec. A principal characteristic of the *Civil Code of Québec*, as the *jus commune*, is that it has, in the areas to which it applies, a suppletive role in the event of gaps in special statutes. It "must be interpreted broadly so as to favour its spirit over its letter and enable the purpose of its provisions to be achieved" (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at para. 15).

The rules governing legal persons are set out in Title Five of Book One — Persons — of the *Civil Code of Québec*. Article 300 *C.C.Q.* establishes the general conditions for applying those rules. The first paragraph of this article provides that all legal persons are governed primarily by the statutes applicable to them, and the second paragraph then states that they are also governed by the *Civil Code of Québec* "where the provisions of such Acts require to be complemented". The article reads as follows:

soutiennent que cette décision constitue un manquement aux règles d'équité procédurale leur garantissant le droit d'être entendus. Pour ce qui est de la question de la liquidation, les acheteurs-transformateurs prétendent que les règles de liquidation prévues par le *Code civil du Québec* s'appliquent et que l'application appropriée de ces règles commande que les actifs nets du Regroupement soient répartis également entre tous ses membres actifs.

9 La Fédération et le procureur général du Québec retiennent plutôt l'approche du juge Gervais, affirmant qu'aucune loi particulière ne s'applique à la dissolution forcée du Regroupement et qu'il faut recourir au régime supplétif établi par le *Code civil du Québec* à l'égard de la dissolution des personnes morales. La Fédération souscrit aussi à l'ordonnance de liquidation du juge Gervais. Le procureur général du Québec plaide également que la lettre qu'il a fait parvenir au juge Gervais n'avait pas pour but d'autoriser une demande de dissolution.

## 4. Analyse

### 4.1 *La dissolution d'une personne morale*

10 Le *Code civil du Québec* établit le droit commun au Québec. Un attribut principal du *Code civil du Québec*, en tant que droit commun, est qu'il agit à titre supplétif pour les sujets sur lesquels il porte en cas de lacune des lois particulières. Il « doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet » (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 15).

11 C'est dans le titre cinquième de son livre premier — Des personnes — que le *Code civil du Québec* énonce les règles visant les personnes morales. L'article 300 *C.c.Q.* y établit les conditions générales d'application. Le premier alinéa de cet article indique que toutes les personnes morales sont d'abord régies par les lois qui leur sont applicables, puis le second alinéa précise que ces personnes morales sont aussi régies par le *Code civil du Québec* « lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois ». L'article 300 *C.c.Q.* est rédigé ainsi :

**300.** Legal persons established in the public interest are primarily governed by the special Acts by which they are constituted and by those which are applicable to them; legal persons established for a private interest are primarily governed by the Acts applicable to their particular type.

Both kinds of legal persons are also governed by this Code where the provisions of such Acts require to be complemented, particularly with regard to their status as legal persons, their property or their relations with other persons.

Article 300 *C.C.Q.* put an end to nearly a hundred years of debate over what constitutes the suppletive law in Quebec commercial law: P. Martel, *La compagnie au Québec* (loose-leaf), vol. I, *Les aspects juridiques*, at p. 2-10. Historically, Quebec commercial law was influenced by the common law, and this continued to be the case after the *Civil Code of Lower Canada* was adopted. Article 300 *C.C.Q.* thus confirms that the suppletive commercial law applicable to legal persons in Quebec is the *Civil Code of Québec*: C. Pratte, "Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du *Code civil du Québec*" (1994), 39 *McGill L.J.* 1; R. Crête and S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions: principes fondamentaux* (2002), at pp. 42-43.

12 In the case at bar, the legal person whose dissolution is requested was constituted pursuant to Part III of Quebec's *Companies Act*, which governs non-profit legal persons. In accordance with art. 300 *C.C.Q.*, it is necessary to consider that statute first, and then any other special statutes that may apply, to determine whether they provide for the forced dissolution of a non-profit legal person.

4.1.1 Special Acts

13 The *Companies Act* provides for two cases in which a legal person constituted under Part III may be dissolved. In the first case, a Superior Court judge may "order the cancellation of the letters patent of such legal person, on petition of the enterprise registrar served upon the legal person and based on grounds of public interest" (s. 231 *C.A.*).

**300.** Les personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables; les personnes morales de droit privé sont d'abord régies par les lois applicables à leur espèce.

Les unes et les autres sont aussi régies par le présent code lorsqu'il y a lieu de compléter les dispositions de ces lois, notamment quant à leur statut de personne morale, leurs biens ou leurs rapports avec les autres personnes.

L'article 300 *C.c.Q.* tranche un débat presque centenaire sur l'identité du droit supplétif applicable en matière commerciale dans la province de Québec : P. Martel, *La compagnie au Québec* (feuilles mobiles), vol. I, *Les aspects juridiques*, p. 2-10. En effet, au Québec, le droit commercial a historiquement subi l'influence de la common law et cette empreinte a perduré après l'adoption du *Code civil du Bas-Canada*. L'article 300 *C.c.Q.* vient donc confirmer que le droit commercial supplétif applicable aux personnes morales au Québec est le *Code civil du Québec* : C. Pratte, « Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du *Code civil du Québec* » (1994), 39 *R.D. McGill* 1; R. Crête et S. Rousseau, *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux* (2002), p. 42-43.

En l'espèce, la personne morale dont on demande la dissolution a été constituée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec, qui régit les personnes morales sans but lucratif. Conformément à l'art. 300 *C.c.Q.*, il convient donc d'examiner d'abord cette loi puis les autres lois particulières qui pourraient s'appliquer afin de déterminer si elles prévoient la dissolution forcée d'une personne morale sans but lucratif.

4.1.1 Les lois particulières

La *Loi sur les compagnies* prévoit deux cas de dissolution d'une personne morale constituée en vertu de sa partie III. Dans le premier cas, un juge de la Cour supérieure peut « décréter l'annulation des lettres patentes de cette personne morale, sur requête du registraire des entreprises signifiée à la personne morale et basée sur des motifs d'intérêt

This procedure for dissolution is not relevant here, since the registrar did not intervene. In the second case, voluntary dissolution is possible upon an application to that effect by the legal person itself (ss. 28, 29 and 224, para. 1 *C.A.*). This method is not applicable in the instant case either, since the members did not agree on and pass a resolution authorizing the Regroupement to apply for dissolution. Thus, the objective of dissolution could not be attained by applying the methods provided for in the *Companies Act*.

public » (art. 231 *L.c.*). Ces modalités de dissolution ne sont pas pertinentes ici, le registraire n'étant pas intervenu. Dans le second cas, il peut y avoir dissolution volontaire à la demande en ce sens de la personne morale elle-même (art. 28, 29 et art. 224, al. 1 *L.c.*). Ce mode de dissolution n'est pas non plus applicable en l'espèce, puisque les membres ne s'entendent pas et n'ont pas adopté de résolution permettant au Regroupement de demander la dissolution. Les modes prévus à la *Loi sur les compagnies* ne permettent donc pas d'accomplir le but recherché, soit la dissolution.

The Court of Appeal applied a third method of dissolution that is provided for in art. 829, para. 2 *C.C.P.*: 14

La Cour d'appel a appliqué un troisième mode de dissolution, celui prévu à l'art. 829, al. 2 *C.p.c.* :

**829.** The Attorney General may apply for the annulment of letters patent granted by the State for the reasons set out in article 828.

Such recourse may also be exercised by any interested person, if the Attorney General has given his written authorization.

**829.** Le procureur général peut demander l'annulation de lettres patentes accordées par l'État pour les motifs prévus à l'article 828.

Ce recours peut être également exercé par toute personne qui y a intérêt, si le procureur général l'y a autorisée par écrit.

After reviewing the case, the Court of Appeal found that the letter sent by the Attorney General of Quebec to Gervais J. of the Superior Court on November 1, 2002, constituted an authorization to apply for dissolution. This letter must therefore be considered in its context. 15

Après étude du dossier, la Cour d'appel a estimé que la lettre adressée au juge Gervais de la Cour supérieure par le procureur général du Québec le 1er novembre 2002 constituait une autorisation de demander la dissolution. Il convient donc de replacer cette lettre dans son contexte.

In his decision, Gervais J. referred to letters he had received from the attorneys general of Canada and Quebec following an order to reopen the hearing for the purpose of giving them an opportunity to make submissions concerning the liquidation of the Regroupement's assets. 16

Dans sa décision, le juge Gervais se reporte à des lettres qu'il a reçues des procureurs généraux du Canada et du Québec à la suite d'une ordonnance de réouverture des débats qui avait pour but de leur donner l'occasion de présenter des observations sur la liquidation des biens du Regroupement.

In his letter, the Attorney General of Quebec wrote the following: 17

Dans sa lettre, le procureur général du Québec écrit ceci :

[TRANSLATION] We will not address the issue of dissolution, since dissolution is in our view inevitable in the circumstances of this case. We will limit our comments to the issue of the destination of the assets of the R.C.P.E.Q. [the Regroupement].

Nous n'aborderons pas la question de la dissolution puisque celle-ci, dans les circonstances du présent dossier, nous semble inévitable. Nous limiterons notre propos à la question de la destination des actifs du R.C.P.E.Q. [le Regroupement].

In his factum, the Attorney General of Quebec submits that this letter was in response to a request from Gervais J., [TRANSLATION] "who wanted 18

Dans son mémoire, le procureur général du Québec soutient que cette lettre fait suite à la demande du juge Gervais « qui voulait alors savoir

to know if the Quebec government had an interest to assert in the Regroupement's assets" (para. 43). The Attorney General denies having intended to authorize the dissolution of the Regroupement. Neither the appellants nor the Fédération claim that the letter of November 1, 2002 constitutes a written authorization for the Fédération to apply for annulment of the letters patent. I agree with the parties that the Court of Appeal ascribed a meaning to this letter that it did not have. Gervais J. had asked the attorneys general of Canada and Quebec to state their positions with respect to the liquidation of the assets, not to the dissolution order. Since the judge had inquired about liquidation, it is not surprising that the Attorney General of Quebec observed that dissolution seemed inevitable. To ascribe a position on the dissolution issue to the Attorney General of Quebec is inconsistent not only with the purpose of the judge's request, but also with the spirit and the letter of the Attorney General's response.

si le gouvernement québécois avait un intérêt à faire valoir dans les actifs du Regroupement » (par. 43). Le procureur général nie donc avoir voulu autoriser la dissolution du Regroupement. Ni les appelants ni la Fédération ne prétendent que la lettre du 1er novembre 2002 constitue une autorisation écrite permettant à la Fédération de demander l'annulation des lettres patentes. Comme les parties, j'estime que la Cour d'appel a prêté à cette lettre une portée qu'elle n'a pas. Le juge Gervais demandait aux procureurs généraux du Canada et du Québec de se manifester à l'égard de la liquidation des actifs, non pas à l'égard de l'ordonnance de dissolution. Puisque le juge s'enquérait de la liquidation, il n'est pas étonnant que le procureur général du Québec ait mentionné que la dissolution semblait inévitable. Lui prêter une position sur la question de la dissolution dépasse non seulement l'objet de la demande du juge, mais également l'esprit et la lettre de la réponse fournie par le procureur général du Québec.

19 Since the methods provided for in the special statutes cannot be used to effect the forced dissolution of the Regroupement, it must be asked whether a forced dissolution is possible under Quebec's *jus commune*. It should be noted that this approach, in addition to being required by art. 300, para. 2 *C.C.Q.*, is authorized by the *Companies Act*, which states that no provision of Part III thereof "shall have the effect of withdrawing any legal person constituted or continued thereunder, from the provisions of any other law which is applicable thereto" (s. 227 *C.A.*).

Comme les modes prévus par les lois particulières ne permettent pas la dissolution forcée du Regroupement, il est nécessaire de se demander si le droit commun du Québec autorise cette dissolution. Mentionnons qu'en plus d'être dictée par l'art. 300, al. 2 *C.c.Q.*, cette démarche est aussi admise par la *Loi sur les compagnies*, laquelle énonce qu'aucune disposition de sa partie III « n'a pour effet de soustraire les personnes morales constituées ou continuées sous son empire, aux prescriptions de toute autre loi qui s'y applique » (art. 227 *L.c.*).

### 4.1.2 Scheme of Dissolution Provided for in the *Civil Code of Québec*

### 4.1.2 Le régime de dissolution prévu au *Code civil du Québec*

20 Title Five of Book One — Persons — of the *Civil Code of Québec* contains a section entitled "Dissolution and Liquidation of Legal Persons" (arts. 355 to 364 *C.C.Q.*). This section is found in a chapter whose first provision reads as follows:

Le titre cinquième du livre premier — Des personnes — du *Code civil du Québec* contient une section intitulée « De la dissolution et de la liquidation des personnes morales » (art. 355 à 364 *C.c.Q.*). Cette section se trouve toutefois dans un chapitre dont la première disposition est rédigée ainsi :

**334.** Legal persons assuming a juridical form governed by another title of this Code are subject to the

**334.** Les personnes morales qui empruntent une forme juridique régie par un autre titre de ce code sont

rules of this chapter; the same applies to any other legal person if the Act by which it is constituted or which applies to it so provides or indicates no other rules of functioning, dissolution or liquidation.

They may, however, make derogations in their by-laws from the rules concerning their functioning, provided the rights of the members are safeguarded.

soumises aux règles du présent chapitre; il en est de même de toute autre personne morale, si la loi qui la constitue ou qui lui est applicable le prévoit ou si cette loi n'indique aucun autre régime de fonctionnement, de dissolution ou de liquidation.

Elles peuvent cependant, dans leurs règlements, déroger aux règles établies pour leur fonctionnement, à condition, toutefois, que les droits des membres soient préservés.

What must be determined, therefore, is whether, pursuant to art. 334, para. 1 *C.C.Q.*, which refers to the absence of other *rules* for the dissolution of legal persons, the *Civil Code of Québec*'s provisions dealing with that subject can be applied in the circumstances of the case at bar. In other words, where the rules provided for in one or more special acts are incomplete, does this mean that the suppletive law is inapplicable? 21

Il s'agit donc de déterminer si l'art. 334, al. 1 *C.c.Q.*, qui mentionne l'absence d'un autre *régime* de dissolution des personnes morales, autorise en l'espèce le recours aux dispositions du *Code civil du Québec* régissant cette question. En d'autres mots, l'existence d'un régime incomplet prévu par une ou des lois particulières a-t-elle pour effet d'écarter l'application du droit supplétif?

Before the instant case came before the courts, there had been very little debate on this subject, in part, undoubtedly, because art. 334 *C.C.Q.* did not appear in the *Civil Code of Lower Canada* or in the Civil Code Revision Office's *Draft Civil Code* of 1977. 22

Jusqu'à ce que la présente affaire soit soumise aux tribunaux, cette question avait fait l'objet de très peu de débats, en partie sans doute parce que l'art. 334 *C.c.Q.* ne figurait ni dans le *Code civil du Bas-Canada*, ni dans le *Projet de Code civil* de 1977 de l'Office de révision du Code civil.

As evidenced by the decisions of the Superior Court and the Court of Appeal on the issue of dissolution, there are two opposing arguments in the case at bar. The first is based on a mutually exclusive application of the *Civil Code of Québec* or the special statutes. Thus, where a special statute sets out rules of dissolution, [TRANSLATION] "however incomplete they may be", the provisions of Chapter II of the *Civil Code of Québec* concerning the dissolution of legal persons are inapplicable (P. Martel, *La corporation sans but lucratif au Québec* (looseleaf), at p. 17-2, quoted with approval by the Court of Appeal, at paras. 51 and 54). Following this line of reasoning, Martel adds [TRANSLATION] "that this chapter [Chapter II], in its entirety, cannot be applied to companies" (*La compagnie au Québec*, vol. I, at p. 2-10). Chapter II would be applicable only if the relevant statutes left, as the Court of Appeal put it, a [TRANSLATION] "legislative vacuum" (paras. 38 and 41). The buyer-processors conceded to the Court that a possible consequence of this argument would be a dead end in which 23

Comme il ressort des décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel sur la question de la dissolution, deux thèses opposées s'affrontent en l'espèce. La première prône une application mutuellement exclusive du *Code civil du Québec* et des lois particulières. Ainsi, dès qu'une loi particulière prévoit un régime de dissolution, « aussi incomplet soit-il », l'application des dispositions du chapitre deuxième du *Code civil du Québec* sur la dissolution des personnes morales serait écartée (P. Martel, *La corporation sans but lucratif au Québec* (feuilles mobiles), p. 17-2, cité avec approbation par la Cour d'appel, par. 51 et 54). Conformément à cette logique, l'auteur P. Martel ajoute « que ce chapitre [deuxième], dans son ensemble, ne peut être appliqué aux compagnies » (*La compagnie au Québec*, vol. I, p. 2-10). Pour reprendre les termes de la Cour d'appel, seul un « vide législatif » laissé par les lois applicables permettrait l'application du chapitre deuxième (par. 38 et 41). Comme l'ont concédé les acheteurs-transformateurs devant la Cour, une conséquence de cette thèse est qu'elle

it would be legally impossible to wind up a legal person even if its operations were paralysed.

peut mener à un cul-de-sac, où il deviendrait juridiquement impossible de mettre fin à l'existence d'une personne morale, et ce, même si le fonctionnement de celle-ci est paralysé.

24 According to the second argument, where no special statute governs a given case of dissolution of a legal person, the *Civil Code of Québec* applies in a suppletive manner. The Quebec courts have accepted the first argument in some cases and the second in others: see *Fédération des producteurs acéricoles du Québec v. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc.*, J.E. 2001-1444 (Sup. Ct.) (decision on the motion to dismiss the motion to dissolve the Regroupement and designate a liquidator); *Lussier v. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc.*, J.E. 2002-137 (Sup. Ct.) (decision on a motion to dismiss a motion to amend the Regroupement's by-laws).

Selon la deuxième thèse, dans la mesure où aucune loi particulière ne régit un cas donné de dissolution d'une personne morale, les dispositions du *Code civil du Québec* s'appliquent de façon supplétive à la situation. Les tribunaux québécois admettent tantôt la première thèse, tantôt la seconde : voir *Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc.*, J.E. 2001-1444 (C.S.) (jugement sur la requête en irrecevabilité de la requête en dissolution du Regroupement et en nomination d'un liquidateur); *Lussier c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc.*, J.E. 2002-137 (C.S.) (jugement sur la requête en irrecevabilité d'une requête visant à faire modifier le règlement du Regroupement).

25 In my view, the "legislative vacuum" argument adopted by the Court of Appeal is inappropriate. It represents an overly compartmentalized vision of Quebec civil law resulting from a literal interpretation of art. 334, para. 1 *C.C.Q.* This argument is compatible neither with the other provisions of the *Civil Code of Québec* nor with the Code's general function as the *jus commune*.

À mon avis, la thèse du « vide législatif » appliquée par la Cour d'appel ne convient pas. Elle constitue une vision trop compartimentée du droit civil québécois résultant d'une interprétation littérale de l'art. 334, al. 1 *C.c.Q.* Cette thèse ne s'harmonise ni avec les autres dispositions du *Code civil du Québec*, ni avec la fonction générale de droit commun que joue celui-ci.

26 Article 355 *C.C.Q.* sets out the various methods for dissolving a legal person:

> **355.** A legal person is dissolved by the annulment of its constituting act or for any other cause provided for by the constituting act or by law.
>
> It is also dissolved where the court confirms the fulfilment of the condition attached to the constituting act, the accomplishment of the object for which the legal person was constituted, or the impossibility of accomplishing that object, or the existence of some other legitimate cause.

L'article 355 *C.c.Q.* énumère les différents modes de dissolution d'une personne morale :

> **355.** La personne morale est dissoute par l'annulation de son acte constitutif ou pour toute autre cause prévue par l'acte constitutif ou par la loi.
>
> Elle est aussi dissoute lorsque le tribunal constate l'avènement de la condition apposée à l'acte constitutif, l'accomplissement de l'objet pour lequel la personne morale a été constituée ou l'impossibilité d'accomplir cet objet ou encore l'existence d'une autre cause légitime.

This article, read as a whole, indicates that where a *cause* of dissolution provided for in a special statute applies, the legal person is then dissolved in accordance with that statute, but that where none

Considéré globalement, cet article indique que, lorsqu'une *cause* de dissolution prévue par une loi particulière est applicable, la personne morale est alors dissoute conformément à cette loi; cependant,

of these legal causes are present, the legal person will *also* be dissolved in the cases provided for in the second paragraph.

This interpretation of art. 355 *C.C.Q.* is consistent with the version of this provision that was proposed in the *Draft Civil Code*, namely, art. 267, which began with the following words: "In addition to the grounds provided by law, a legal person is dissolved by . . ." (these words were followed by a list of causes of dissolution, most of which now appear in art. 355 *C.C.Q.*).

It follows that art. 355 *C.C.Q.*, read as a whole, contemplates and allows the coexistence of causes of dissolution established by a special statute and of the grounds for dissolution provided for in the *Civil Code of Québec*. The article was not intended to trap legal persons in a dead end. Rather, the intention of the *Civil Code of Québec*'s provision is to provide them with an alternative means where dissolution is not possible under a special statute.

In addition to the text of the *Civil Code of Québec* provision, its context must also be considered. The provisions of the *Civil Code of Québec* must be interpreted as being part of a body of rules whose letter, spirit and object lay down the *jus commune* of Quebec (preliminary provision of the *C.C.Q.*). This statement, which appears in the preliminary provision, is intended to encourage the use of the rules of the *Civil Code of Québec* [TRANSLATION] "to interpret and apply other legislation and fill any gaps in that legislation, where it relates to matters or makes use of concepts or institutions that come under the Civil Code" (*Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. I, at p. 1). As rules of the *jus commune*, the provisions on the dissolution of legal persons are thus called upon to play their suppletive law role to fill gaps in special statutes, thereby preventing a legal vacuum. The suppletive scheme acts in a variety of ways to fill those gaps. Professor P.-A. Côté explains the function of the *Civil Code of Québec* as follows:

. . . a corpus of rules which constitutes the *jus commune* must be able to extend analogously so as to provide

en l'absence d'une telle cause légitime, la personne morale est *aussi* dissoute dans les cas prévus au second alinéa.

27 Cette interprétation de l'art. 355 *C.c.Q.* correspond à celle découlant de la version de cette disposition qui était proposée dans le *Projet de Code civil*, à savoir l'art. 267, qui débute en ces mots : "Outre les causes prévues par la loi, la personne morale s'éteint . . ." (suit une série de causes d'extinction dont la plupart figurent aujourd'hui à l'art. 355 *C.c.Q.*).

28 Il s'ensuit que, considéré dans son ensemble, l'art. 355 *C.c.Q.* envisage et admet la coexistence de causes de dissolution établies par une loi particulière et de motifs de dissolution prévus au *Code civil du Québec*. L'esprit de cet article n'est pas d'enfermer les personnes morales dans une situation sans issue. Le *Code civil du Québec* cherche plutôt à mettre à leur disposition une solution de rechange lorsque la loi particulière ne permet pas de réaliser la dissolution.

29 Toutefois, au-delà du texte du *Code civil du Québec*, il y a également son contexte. Les dispositions du *Code civil du Québec* doivent être interprétées comme faisant partie d'un ensemble de règles dont la lettre, l'esprit et l'objet établissent le droit commun au Québec (disposition préliminaire du *C.c.Q.*). Cet énoncé dans la disposition préliminaire vise à favoriser le recours aux règles du *Code civil du Québec* « pour interpréter et appliquer les autres lois et en combler les lacunes, lorsque ces lois portent sur des matières ou font appel à des notions ou institutions qui ressortissent au Code civil » (*Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. I, p. 1). À titre de règles du droit commun, les dispositions sur la dissolution des personnes morales sont donc appelées à jouer leur rôle de droit supplétif pour combler les silences des lois particulières et ainsi prévenir un vide juridique. Le régime supplétif agit de diverses manières pour combler ces lacunes. Le professeur P.-A. Côté décrit ainsi la fonction du *Code civil du Québec* :

. . . un corps de règles qui fait office de droit commun doit pouvoir être étendu par analogie pour donner

answers to questions that neither the Code nor the particular statutes have expressly settled. Strict interpretation, that is to say non-extensive application of the rules of the *jus commune* would be absurd.

(*The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 335-36)

Analogy is only one of the tools that can be used to ensure that the *Civil Code of Québec* functions properly. As noted in 1991 by Quebec's Deputy Minister of Justice, Jacques Chamberland (now Chamberland J.A.), this corpus of rules constitutes a system that is sufficiently developed to offer a practical solution in any given situation:

[TRANSLATION] A civil code, on the other hand, even if it does not say everything and does not cover the legal reality in its entirety, contains sufficient general rules and organizing principles to establish the links needed to reach a practical solution in any situation, even an unforeseen one.

("Le discours inaugural du sous-ministre de la Justice", in *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec: actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991* (1992), 1, at p. 10)

Professor Brierley expressed the same opinion when he wrote that "the articles of the Code speak to each other in a coherent dialogue that aspires to gaplessness, to completeness" (J. E. C. Brierley, "The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture: The New *Civil Code of Québec*" (1992), 42 *U.T.L.J.* 484, at p. 491).

30 This, then, is the overall perspective that must be borne in mind in interpreting art. 334, para. 1 *C.C.Q.*, which extends the application of Chapter II to legal persons if the statute "which applies to it so provides or indicates no other rules of functioning, dissolution or liquidation". In other words, art. 334, para. 1 *C.C.Q.*, like other articles of the *Civil Code of Québec*, fulfils an organizing function in providing that the rules set out in arts. 355 to 364 *C.C.Q.* apply to the dissolution and liquidation of a legal person insofar as it is necessary to fill the gaps of a special statute.

réponse aux questions que ni le Code, ni les lois particulières n'auraient expressément réglées. L'interprétation stricte, c'est-à-dire non extensive, des règles du droit commun serait un non-sens.

(*Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 424)

Le raisonnement par analogie n'est qu'un moyen parmi d'autres pour faire du *Code civil du Québec* un régime fonctionnel. Comme l'a souligné en 1991 le sous-ministre de la Justice du Québec, Jacques Chamberland, aujourd'hui juge d'appel, l'ensemble des règles constitue un système qui est suffisamment développé pour offrir une solution pratique, quelle que soit la situation qui se présente :

Par ailleurs, un code civil, s'il ne dit pas tout et ne couvre pas tout le champ de la réalité juridique, contient suffisamment de règles générales et de dispositions organisatrices pour permettre d'établir les liens nécessaires à la solution pratique de toute situation, même imprévue.

(« Le discours inaugural du sous-ministre de la Justice », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec : actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991* (1992), 1, p. 10)

Le professeur Brierley exprimait lui aussi le même avis quand il a écrit [TRADUCTION] « les articles du Code ont, entre eux, un dialogue cohérent, qui tend à l'absence de vide et à la complétude » (J. E. C. Brierley, « The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture : The New *Civil Code of Québec* » (1992), 42 *U.T.L.J.* 484, p. 491).

C'est donc dans cette perspective globale qu'il faut interpréter l'art. 334, al. 1 *C.c.Q.*, qui étend l'application du chapitre deuxième à la personne morale si la loi « qui lui est applicable le prévoit ou si cette loi n'indique aucun autre régime de fonctionnement, de dissolution ou de liquidation ». Autrement dit, comme d'autres articles du *Code civil du Québec*, l'art. 334, al. 1 *C.c.Q.*, exerce une fonction organisatrice en énonçant que les règles prévues aux art. 355 à 364 *C.c.Q.* s'appliquent à la dissolution et à la liquidation d'une personne morale dans la mesure où il est nécessaire de combler les carences d'une loi particulière.

4.1.3 Application to the Facts

Since no specific legal scheme is applicable to the forced dissolution of the Regroupement, the application for dissolution is therefore governed by the rules of the *Civil Code of Québec*. By applying these rules to the Regroupement's current situation, we see that the Regroupement can be dissolved in one of the following four cases: (i) the condition attached to the constituting act has been fulfilled, (ii) the object for which the legal person was constituted has been accomplished, (iii) it is impossible to accomplish that object, or (iv) there is some other legitimate cause (art. 355, para. 2 *C.C.Q.*).

In the case at bar, the irreversible paralysis of the Regroupement was recognized by both the Court of Appeal (para. 67) and the Superior Court (paras. 22 to 36). Given the resignation of three board members in 2001 and the fact that they were not replaced, it became impossible to form a quorum. It must accordingly be found that the Regroupement has become incapable of accomplishing the objects for which it was constituted. Its dissolution must therefore be ordered.

4.2 *Liquidation of the Regroupement's Assets*

The analytical framework for the liquidation of legal persons is provided for in art. 300 *C.C.Q.* The first step is to consider whether a special statute applies to the liquidation of the assets of the legal person in question. If no special statute governs the situation, it will then be necessary to refer to the *Civil Code of Québec* to identify the rules that apply to the liquidation.

In the case at bar, the Court must consider applying the liquidation scheme of the *Companies Act*. This scheme, which is provided for in s. 31, para. 2(*q*) *C.A.*, first gives priority to the letters patent before setting out a suppletive method. The provision is worded as follows:

**31.** . . .

Subject to the provisions of the preceding paragraph and without restricting their application, and saving

4.1.3 Application aux faits

31 Comme aucun autre régime légal particulier n'est applicable à la demande de dissolution forcée du Regroupement, cette demande est donc régie par les règles du *Code civil du Québec*. Appliquant ces règles à la situation actuelle du Regroupement, celui-ci peut être dissous dans l'un des quatre cas suivants : (i) l'avènement de la condition apposée à l'acte constitutif, (ii) l'accomplissement de l'objet pour lequel la personne morale a été constituée, (iii) l'impossibilité d'accomplir cet objet; (iv) l'existence d'une autre cause légitime (art. 355, al. 2 *C.c.Q.*).

32 En l'espèce, la paralysie irréversible du Regroupement a été reconnue tant par la Cour d'appel (par. 67) que par la Cour supérieure (par. 22 à 36). Vu la démission de trois administrateurs en 2001 et l'absence de remplaçants, la constitution du quorum a été rendue impossible. Il y a donc lieu de constater que le Regroupement est devenu incapable d'accomplir les objets pour lesquels il a été constitué. Sa dissolution doit en conséquence être ordonnée.

4.2 *La liquidation des actifs du Regroupement*

33 Le cadre analytique de la liquidation des personnes morales est aussi prévu par l'art. 300 *C.c.Q.* Il s'agit donc d'abord de se demander si une loi particulière s'applique à la liquidation des actifs d'une personne morale. Dans le cas où aucune loi particulière ne régit la situation, il sera alors nécessaire de se reporter au *Code civil du Québec* pour en tirer les règles qui s'appliqueront à la liquidation.

34 En l'espèce, la Cour doit envisager l'application du régime de liquidation de la *Loi sur les compagnies*. Ce régime, qui est énoncé à l'art. 31, al. 2*q*) *L.c.*, donne dans un premier temps priorité aux lettres patentes, puis, dans un deuxième temps, prévoit un mode supplétif. Cette disposition est formulée en ces termes :

**31.** . . .

Sous réserve des dispositions de l'alinéa précédent et sans restriction quant à leur application, la compagnie

express exclusion in the letters patent or supplementary letters patent, the company may:

. . .

(*q*) distribute among its shareholders, in kind or otherwise, any property of the company, provided that such distribution is made for the purpose of enabling it to be dissolved or in circumstances where it would be lawful to make the same in cash.

Section 31, para. 2(*q*) *C.A.*, which is found in Part I of the *Companies Act*, applies to legal persons incorporated under Part III (s. 224 *C.A.*).

35 The *Civil Code of Québec* also sets out a dissolution scheme. Article 361 *C.C.Q.* reads as follows:

**361.** The liquidator first repays the debts, then effects the reimbursement of the capital contributions.

The liquidator, subject to the provisions of the following paragraph, then partitions the assets among the members in proportion to their rights or, otherwise, in equal portions, following if need be the rules relating to the partition of property in undivided co-ownership. Any residue devolves to the State.

If the assets include property coming from contributions of third persons, the liquidator shall remit such property to another legal person or a trust sharing objectives similar to those of the legal person being liquidated; if that is not possible, it devolves to the State or, if of little value, is shared equally among the members.

Pursuant to art. 300 *C.C.Q.*, however, this liquidation scheme is merely suppletive in nature. Moreover, as the Court of Appeal correctly noted, art. 361 *C.C.Q.* is not of public order.

36 In the case at bar, since the letters patent expressly provide for a method of liquidation, there is no need to resort either to the suppletive scheme of s. 31, para. 2(*q*) *C.A.* or to that of the *Civil Code of Québec*. I therefore agree with Gervais J. that the relevant provision of the letters patent should be applied first. It reads as follows:

[TRANSLATION] In the event of liquidation of the corporation or distribution of its assets, the assets shall

peut, sauf exclusion expresse dans les lettres patentes ou les lettres patentes supplémentaires :

. . .

*q*) partager entre ses actionnaires, en nature ou autrement, tout bien de la compagnie, à la condition que ce partage ait lieu pour lui permettre de se dissoudre ou dans des circonstances où il serait permis de le faire en espèces.

Mentionnons que l'art. 31, al. 2*q*) *L.c.*, qui se trouve dans la partie I de la *Loi sur les compagnies*, s'applique aux personnes morales constituées en vertu de la partie III (art. 224 *L.c.*).

Par ailleurs, le *Code civil du Québec* contient lui aussi un régime de dissolution. L'article 361 *C.c.Q.* dispose :

**361.** Le liquidateur procède au paiement des dettes, puis au remboursement des apports.

Il procède ensuite, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, au partage de l'actif entre les membres, en proportion de leurs droits ou, autrement, en parts égales; il suit, au besoin, les règles relatives au partage d'un bien indivis. S'il subsiste un reliquat, il est dévolu à l'État.

Si l'actif comprend des biens provenant des contributions de tiers, le liquidateur doit remettre ces biens à une autre personne morale ou à une fiducie partageant des objectifs semblables à la personne morale liquidée; à défaut de pouvoir être ainsi employés, ces biens sont dévolus à l'État ou, s'ils sont de peu d'importance, partagés également entre les membres.

En vertu de l'art. 300 *C.c.Q.*, ce régime de liquidation n'a cependant qu'un caractère supplétif. De plus, comme le souligne avec raison la Cour d'appel, l'art. 361 *C.c.Q.* n'est pas d'ordre public.

En l'espèce, comme les lettres patentes prévoient expressément un mode de liquidation, il n'est pas nécessaire de recourir au régime supplétif de l'art. 31, al. 2*q*) *L.c.* ni à celui du *Code civil du Québec*. Je suis donc d'accord avec le juge Gervais lorsqu'il affirme qu'il convient d'appliquer en premier lieu la disposition pertinente des lettres patentes, qui est rédigée ainsi :

Au cas de liquidation de la corporation ou de distribution des biens de la corporation, ces derniers seront

devolve to an organization carrying out similar activities;

In the instant case, both Gervais J. and the Court of Appeal were of the view that, at present, only the Fédération is carrying out activities similar to those of the Regroupement. There is no reason to review this finding of fact.

Although it is true that the Court of Appeal did not hear the buyer-processors on the issue of the application of the *Code of Civil Procedure*, the parties nevertheless had an opportunity to make full representations to this Court, and there is no need to reconsider the issue.

In its factum, the liquidator designated in the Superior Court's decision asked this Court to set out the terms and conditions for liquidating the assets. The difficulties raised by the liquidator concerning the sale of the assets should not materialize, since the Superior Court's conclusions are upheld with regard to the liquidation. The order provides that, rather than selling the assets, the liquidator is to hand them over to the Fédération. Moreover, at the hearing, counsel for the liquidator said he was satisfied with the Superior Court's conclusions as formulated. Therefore, there is no need to vary the order as regards the terms and conditions of the liquidation.

## 5. Costs

Gervais J., referring generally to the facts of the case, considered it "normal" that the judicial costs and extrajudicial fees owed by the parties should be paid out of the Regroupement's assets. The Court of Appeal, allowing the Fédération's cross-appeal in part, noted that this order was unjustifiable. It varied the disposition of the Superior Court's decision and allowed the Fédération's motion without costs, ordering the liquidator to reimburse the buyer-processors for reasonable fees and disbursements owed to their counsel. However, the Court of Appeal awarded the costs of the appeal to the Fédération.

dévolus à une organisation exerçant une activité analogue;

En l'espèce, tant le juge Gervais que la Cour d'appel ont exprimé l'avis que seule la Fédération exerce présentement une activité analogue à celle qu'a exercée le Regroupement. Il n'y a pas lieu de revoir cette conclusion de fait.

37 S'il est exact que les acheteurs-transformateurs n'ont pas été entendus par la Cour d'appel concernant l'application du *Code de procédure civile*, il demeure que les parties ont eu l'occasion de faire des observations complètes devant notre Cour et qu'il n'y a pas lieu de revenir sur cette question.

38 Dans son mémoire, le liquidateur nommé aux termes du jugement de la Cour supérieure a demandé à la Cour de préciser les modalités de liquidation des actifs. Comme les conclusions de la Cour supérieure sont maintenues en ce qui concerne la liquidation, les difficultés invoquées par le liquidateur relativement à la vente des actifs ne devraient pas se concrétiser puisque l'ordonnance prévoit non pas la vente des biens en question par le liquidateur mais plutôt leur remise à la Fédération. De plus, à l'audience, l'avocat du liquidateur s'est dit satisfait de la formulation des conclusions de la Cour supérieure. Par conséquent, l'ordonnance concernant les modalités de la liquidation n'a pas à être modifiée.

## 5. Les dépens

39 Invoquant de façon générale les faits du dossier, le juge Gervais a considéré « normal » que les frais judiciaires et honoraires extra-judiciaires à la charge des parties soient payés à même les biens du Regroupement. Accueillant en partie l'appel incident de la Fédération, la Cour d'appel a souligné que cette ordonnance était injustifiable. Elle a modifié le dispositif du jugement de la Cour supérieure et accueilli la requête de la Fédération, sans frais, tout en ordonnant au liquidateur de rembourser aux acheteurs-transformateurs les honoraires et débours raisonnables de leurs avocats. La Cour d'appel a cependant accordé à la Fédération les dépens de l'appel.

40 The Fédération asks the Court to apply, here and in the courts below, the general rule that the losing party pays all costs. This rule is set out in art. 477, para. 1 *C.C.P.*, which reads as follows:

**477.** The losing party must pay all costs, including the costs of the stenographer, unless by decision giving reasons the court reduces or compensates them, or orders otherwise.

41 In the case at bar, the Superior Court judge departed from the general rule. The Court of Appeal wanted, although defining the parameters of the award of extrajudicial costs, to defer to the Superior Court judge's discretion.

42 In *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591, at paras. 76-80, the Court noted that, in Quebec, the awarding of costs is governed exhaustively by the *Code of Civil Procedure* and the various tariffs. The order to pay the extrajudicial fees of counsel for the buyer-processors cannot be based on the discretion provided for in art. 477 *C.C.P.*, and no tariff authorizes it. The part of the Court of Appeal's order dealing with the payment of the fees of counsel for the buyer-processors must therefore be struck out pursuant to s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

43 For these reasons, the disposition of the Court of Appeal's decision is upheld, except in respect of the order to pay the fees of counsel for the buyer-processors, and the appeal to this Court is dismissed with costs to the respondent Fédération des producteurs acéricoles du Québec.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Montréal.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Chamberland, Gagnon, Québec.*

*Solicitors for the respondent Fédération des producteurs acéricoles du Québec: Miller Thomson Pouliot, Montréal.*

La Fédération demande à la Cour d'appliquer, pour toutes les juridictions, la règle générale suivant laquelle la partie qui succombe supporte les dépens. Cette règle, prévue à l'art. 477, al. 1 *C.p.c.*, est rédigée ainsi :

**477.** La partie qui succombe supporte les dépens, frais du sténographe compris, à moins que, par décision motivée, le tribunal ne les mitige, ne les compense ou n'en ordonne autrement.

En l'espèce, le juge de la Cour supérieure a dérogé à la règle générale. Par ailleurs, la Cour d'appel a voulu, tout en balisant les honoraires extrajudiciaires, respecter le pouvoir discrétionnaire du juge de la Cour supérieure.

Dans *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 76-80, la Cour a rappelé que, au Québec l'attribution des dépens est régie de façon exhaustive par le *Code de procédure civile* et les divers tarifs. L'ordonnance intimant le paiement des honoraires extra-judiciaires des avocats des acheteurs-transformateurs ne saurait être fondée sur le pouvoir discrétionnaire accordé par l'art. 477 *C.p.c.* et aucun tarif ne l'autorise. Il y a donc lieu, en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, de retrancher la partie de l'ordonnance de la Cour d'appel qui concerne le paiement des honoraires des avocats des acheteurs-transformateurs.

Pour ces motifs, le dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel est maintenu sauf en ce qui a trait à l'ordonnance de paiement des honoraires des avocats des acheteurs-transformateurs, et le pourvoi devant notre Cour est rejeté avec dépens en faveur de l'intimée Fédération des producteurs acéricoles du Québec.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Blake, Cassels & Graydon, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Chamberland, Gagnon, Québec.*

*Procureurs de l'intimée la Fédération des producteurs acéricoles du Québec : Miller Thomson Pouliot, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Pricewaterhouse Coopers Inc.: O'Brien, Québec.*

*Procureurs de l'intimée Pricewaterhouse-Coopers Inc. : O'Brien, Québec.*

**R.D.** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. *v.* R.D.**

**Neutral citation: 2006 SCC 51.**

File No.: 31257.

2006: November 16.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Evidence — Criminal negligence — Assessment of evidence.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Mailhot and Dutil JJ.A.), [2006] R.J.Q. 8, 36 C.R. (6th) 362, [2005] Q.J. No. 17811 (QL), 2005 QCCA 1167, setting aside the accused's acquittal entered by Lambert J.C.Q., [2004] R.J.Q. 735, [2003] Q.J. No. 21945 (QL), and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Jacques Lacoursière* and *Guy Lebrun*, for the appellant.

*Jacques Mercier* and *Joanne Tourville*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

1 BINNIE J. — The appellant appeals from a judgment of the Court of Appeal that set aside her acquittal on the charges laid against her. After reviewing the record and hearing the submissions, the Court allows the appeal for the reasons given by Dutil J.A., in dissent, and restores the acquittal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Lacoursière Lebrun Vézina, Trois-Rivières.*

**R.D.** *Appelante*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. *c.* R.D.**

**Référence neutre : 2006 CSC 51.**

N° du greffe : 31257.

2006 : 16 novembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Preuve — Négligence criminelle — Appréciation de la preuve.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Mailhot et Dutil), [2006] R.J.Q. 8, 36 C.R. (6th) 362, [2005] J.Q. n° 17811 (QL), 2005 QCCA 1167, qui a annulé l'acquittement de l'accusée inscrit par le juge Lambert, [2004] R.J.Q. 735, [2003] J.Q. n° 21945 (QL), et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Jacques Lacoursière* et *Guy Lebrun*, pour l'appelante.

*Jacques Mercier* et *Joanne Tourville*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE BINNIE — L'appelante se pourvoit contre un jugement de la Cour d'appel qui a infirmé l'acquittement prononcé à l'égard des accusations déposées contre elle. Après étude du dossier et audition, la Cour accueille le pourvoi pour les motifs énoncés par la juge Dutil, dissidente en Cour d'appel, et rétablit l'acquittement.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante : Lacoursière Lebrun Vézina, Trois-Rivières.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General's Prosecutor, Trois-Rivières.*

*Procureur de l'intimée : Substitut du procureur général, Trois-Rivières.*

**Pro Swing Inc.** *Appellant*

*v.*

**Elta Golf Inc.** *Respondent*

**INDEXED AS: PRO SWING INC. *v.* ELTA GOLF INC.**

**Neutral citation: 2006 SCC 52.**

File No.: 30529.

2005: December 15; 2006: November 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Private international law — Foreign judgments — Recognition and enforcement of foreign non-monetary judgments — Whether common law should be changed to permit enforcement of foreign non-monetary judgments — Considerations relevant to recognition and enforcement of such judgments or orders.*

Pro Swing manufactures and sells customized gold clubs and golf club heads. It owns the Trident trademark in the U.S. Elta Golf carries on business in Ontario, and it offered for sale on its Website goods bearing marks which resembled Trident. Pro Swing filed a complaint in Ohio for trademark infringement. The parties entered into a settlement agreement, which was endorsed by a consent decree of the U.S. District Court. The decree enjoined Elta Golf from purchasing, marketing or selling golf clubs or golf club components bearing the Trident mark or confusingly similar variations. In 2002, Pro Swing brought a motion for contempt of court alleging that Elta Golf had violated the consent decree, and a contempt order was issued. Pro Swing then filed in the Ontario Superior Court of Justice a motion for recognition and enforcement of the consent decree and the contempt order. The motions judge held that non-money foreign judgments can be enforced and declared the consent decree valid and enforceable in Ontario. She also found that the contempt order was restitutionary in nature and that parts of that order were duplicative of the consent decree and were not final, and concluded that the portions not offending the finality requirement could be severed. She recognized the severed portions of the contempt order and declared them to be

**Pro Swing Inc.** *Appelante*

*c.*

**Elta Golf Inc.** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : PRO SWING INC. *c.* ELTA GOLF INC.**

**Référence neutre : 2006 CSC 52.**

N° du greffe : 30529.

2005 : 15 décembre; 2006 : 17 novembre.

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

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

*Droit international privé — Jugements étrangers — Reconnaissance et exécution d'un jugement non pécuniaire étranger — Y a-t-il lieu de modifier la common law pour permettre l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger? — Considérations pertinentes pour la reconnaissance et l'exécution d'un jugement ou d'une ordonnance de cette nature.*

Pro Swing fabrique et vend des bâtons de golf et des têtes de bâton de golf sur mesure. Aux États-Unis, elle est propriétaire de la marque de commerce Trident. Elta Golf, une entreprise ontarienne, a offert en vente sur son site Internet des articles revêtus de marques ressemblant à Trident. Pro Swing l'a poursuivie en Ohio pour contrefaçon de sa marque de commerce. Les parties ont conclu une transaction qu'une cour fédérale de district a entérinée dans un jugement sur consentement. Le jugement interdit à Elta Golf d'acheter, de commercialiser ou de vendre des bâtons de golf ou des composants de bâton de golf revêtus de la marque Trident ou d'une variante créant de la confusion avec elle. En 2002, une ordonnance pour outrage au tribunal a été rendue après que Pro Swing en eut fait la demande au motif qu'Elta Golf avait transgressé le jugement sur consentement. Pro Swing a ensuite saisi la Cour supérieure de justice de l'Ontario d'une requête visant à faire reconnaître et exécuter le jugement sur consentement et l'ordonnance pour outrage au tribunal. La juge des requêtes a conclu qu'un jugement non pécuniaire étranger pouvait être exécuté et elle a déclaré le jugement sur consentement valide et exécutoire en Ontario. Elle a par ailleurs statué que l'ordonnance pour outrage au tribunal était de nature réparatoire et que certains

enforceable. The Court of Appeal set aside the motions judge's decision, concluding that both foreign orders were not enforceable in Ontario because they were ambiguous in respect of material matters, in particular on the critical issue of the scope of the extraterritorial application of these orders.

*Held* (McLachlin C.J. and Bastarache and Charron JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: The traditional common law rule that limits the recognition and enforcement of foreign orders to final money judgments should be changed. Such a change requires a cautious approach and must be accompanied by a judicial discretion enabling the domestic court to consider relevant factors so as to ensure that the orders do not disturb the structure and integrity of the Canadian legal system. A departure from the common law rule will necessarily affect both commercial activity and judicial assistance in an era of large-scale cross-border commerce, e-commerce and cross-border litigation and will open the door to equitable orders such as injunctions, which are key to an effective modern-day remedy. In contemplating considerations specific to the recognition and enforcement of equitable orders, courts can draw the relevant criteria from other foreign judicial assistance mechanisms based on comity. For present purposes, it is sufficient to underscore the need to incorporate the very flexibility that infuses equity. Consequently, the conditions for recognition and enforcement can be expressed generally as follows: the judgment must have been rendered by a court of competent jurisdiction and must be final, and it must be of a nature that the principle of comity requires the domestic court to enforce. Comity does not require receiving courts to extend greater judicial assistance to foreign litigants than it does to its own litigants, and the discretion that underlies equitable orders can be exercised by Canadian courts when deciding whether to enforce one. [14-16] [30-31]

Here, the consent decree and the contempt order are not enforceable in Ontario. These orders are problematic from many points of view. The contempt order is quasi-criminal in nature, and a Canadian court will not enforce a penal order, either directly or indirectly. While

de ses éléments faisaient double emploi avec le jugement sur consentement et n'étaient pas définitifs. Elle a conclu que les éléments qui respectaient l'exigence du caractère définitif pouvaient être dissociés. Elle a reconnu les éléments dissociés de l'ordonnance pour outrage et les a déclarés exécutoires. La Cour d'appel a annulé sa décision et conclu que les deux jugements étrangers n'étaient pas exécutoires en Ontario, car ils étaient ambigus sous certains rapports importants, en particulier pour ce qui était de la question cruciale de leur portée extraterritoriale.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella : La règle de common law classique voulant qu'un jugement étranger ne puisse être reconnu et exécuté que s'il est pécuniaire et définitif devrait être modifiée. Une telle mutation doit être le fruit d'une démarche prudente et s'accompagner de l'octroi au tribunal national du pouvoir discrétionnaire de tenir compte de certains éléments afin que le jugement ne porte pas atteinte à l'intégrité du système de justice canadien. En cette ère de généralisation du commerce transfrontalier, du commerce électronique et des litiges transfrontaliers, la modification de la règle de common law aura nécessairement une incidence sur l'activité commerciale et la collaboration judiciaire et elle ouvrira la porte à des ordonnances en equity (comme l'injonction) qui sont indispensables à des solutions adaptées aux besoins contemporains. Dans l'examen des considérations propres à la reconnaissance et à l'exécution d'une ordonnance en equity, le tribunal peut s'inspirer des critères issus d'autres mécanismes de collaboration judiciaire fondés sur la courtoisie. Pour l'heure, il suffit de souligner la nécessité de tenir compte de la souplesse qui imprègne l'equity. Les conditions auxquelles peut être reconnu et exécuté un jugement étranger peuvent donc être résumées de façon générale : il doit avoir été rendu par un tribunal compétent, être définitif et être d'une nature telle que la courtoisie commande son exécution. La notion de courtoisie n'exige pas que le tribunal saisi accorde une aide plus grande à un justiciable étranger qu'à un justiciable national et le tribunal canadien peut exercer le pouvoir discrétionnaire qui sous-tend l'ordonnance en equity pour décider de l'exécuter ou non. [14-16] [30-31]

En l'espèce, le jugement sur consentement et l'ordonnance pour outrage au tribunal ne sont pas exécutoires en Ontario. Ils sont problématiques sous de nombreux rapports. L'ordonnance pour outrage au tribunal a un caractère quasi pénal, et les tribunaux canadiens

the U.S. distinguishes between civil and criminal contempt orders, in Canada, a contempt order is first and foremost a declaration that a party has acted in defiance of a court order. Consequently, a motion for contempt of court cannot be reduced to a way to put pressure on a defaulting debtor or a means for an aggrieved party to seek indemnification. The gravity of a contempt order in Canada is underscored by the criminal law protections afforded to the person against whom such an order is sought and by the sanction that person faces, which could include imprisonment. The "public law" element of a declaration of contempt and the opprobrium attached to it eclipse the impact of a simple restitutionary award. Furthermore, when faced with the need to interpret the law, the receiving court must ensure that no conflict results from the nature attributed to the order after the enforcement judgment is rendered. In the case of a contempt order, because of the different approaches in the U.S. and Canada, the conflict is real. Courts should not expose litigants to consequences to which they would not be exposed under the foreign law. Aware of their limitations, receiving courts should use their discretion to refrain from enforcing orders that subject Canadian litigants to unforeseen obligations. [34-36] [49-51] [62]

refuseront d'exécuter, directement ou non, une ordonnance pénale. Alors que, en matière d'outrage, le droit américain distingue l'ordonnance civile de l'ordonnance pénale, le droit canadien considère que l'ordonnance pour outrage au tribunal est avant tout la déclaration qu'une partie a transgressé une ordonnance judiciaire. Par conséquent, une requête pour outrage au tribunal ne peut être réduite à un moyen de faire pression sur un débiteur défaillant ou d'être indemnisé d'un préjudice. Les mesures de protection que prévoit le droit pénal au bénéfice de la personne visée par une telle requête et la sanction dont celle-ci est passible (ce qui peut comprendre l'emprisonnement) attestent la gravité d'une condamnation pour outrage au tribunal au Canada. L'élément « droit public » de la déclaration d'outrage au tribunal et l'opprobre qui découle de celle-ci éclipsent les conséquences d'une simple ordonnance de réparation. De plus, lorsqu'il lui faut interpréter le droit, le tribunal saisi doit veiller à ce qu'une fois l'exécution ordonnée, la qualification du jugement ne donne lieu à aucun conflit. Dans le cas d'une ordonnance pour outrage au tribunal, il y aura bel et bien conflit, car son interprétation diffère en droits américain et canadien. Le tribunal saisi ne doit pas exposer un justiciable à des conséquences qui ne pouvaient découler du droit étranger. Conscient de ses limites, il doit, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, s'abstenir d'exécuter un jugement qui soumet le justiciable canadien à des obligations imprévues. [34-36] [49-51] [62]

If injunctive relief is to be enforced, its territorial scope has to be specific and clear. Here, the intended territorial scope of the injunctive relief in the consent decree is uncertain. In the absence of explicit terms making the settlement agreement a worldwide undertaking, the consent decree cannot be said to clearly apply worldwide. Moreover, the contempt order imposes an obligation to account for all sales, even sales that may fall outside the scope of Pro Swing's trademark protection. To interpret the contempt order as applying outside the U.S. would offend the principle of territoriality. Extraterritoriality and comity cannot serve as a substitute for a lack of worldwide trademark protection. [25] [56-58] [62]

Lorsqu'il s'agit d'exécuter une injonction, la portée territoriale ne doit faire aucun doute. En l'occurrence, la portée territoriale de l'injonction contenue dans le jugement sur consentement est incertaine. Comme l'entente ne dit pas explicitement qu'elle s'applique à l'échelle internationale, on ne peut conclure avec certitude que le jugement sur consentement s'applique partout dans le monde. En outre, l'ordonnance pour outrage prévoit l'obligation d'établir le nombre d'articles vendus, même lorsque la vente peut ne pas bénéficier de la protection de la marque de Pro Swing. Conclure que l'ordonnance pour outrage s'applique à l'extérieur des É.-U. irait à l'encontre du principe de territorialité. L'extraterritorialité et la courtoisie ne sauraient pallier l'absence de protection d'une marque à l'étranger. [25] [56-58] [62]

On the issue of the appropriate remedy and the use of judicial resources, it is unclear that recognition and enforcement of the judgment is the appropriate tool amongst the various judicial assistance mechanisms or that the matter is an appropriate one for lending judicial assistance in the form requested. Letters rogatory might have been a more useful means to obtain the evidence

En ce qui concerne la réparation appropriée et l'utilisation des ressources judiciaires, il n'est pas évident que parmi les mécanismes variés de collaboration judiciaire, la reconnaissance et l'exécution du jugement soit celui qui convient, ni que l'affaire se prête à la forme de collaboration judiciaire sollicitée. La commission rogatoire aurait peut-être été préférable pour recueillir les

required by the American judge to finalize the damage award in the contempt proceeding in the U.S. Further, a court may also consider whether the matter merits the involvement of the Canadian court. Here, there is a concern that the judicial machinery could be deployed only to find that Pro Swing's debtor is insolvent. When the circumstances give rise to legitimate concerns about the use of judicial resources, the litigant bears the burden of reassuring the court that the matter is worth going forward with. [45-47] [62]

Finally, there are public policy concerns regarding parts of the contempt order inasmuch as it requires the disclosure of personal information that may *prima facie* be protected from disclosure. Courts should be mindful of the quasi-constitutional nature of the protection of personal information. [59-60]

Accordingly, in the case at bar, to refuse to enforce the consent decree and the contempt order is an appropriate exercise of equitable discretion and amounts to allowing the Ohio court to continue the proceedings with the judicial assistance of the Ontario courts, but to a lesser extent than has been requested. [63]

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache and Charron JJ. (dissenting): The common law should be extended to permit the enforcement of foreign non-money judgments in appropriate circumstances. The common law must evolve in a way that takes into account the important social and economic forces that shape commercial and other kinds of relationships. That evolution must take place both incrementally and in a principled way, taking into account, in the context of foreign non-money judgments, the underlying principles of comity, order and fairness. [66] [78-79]

A court enforcing a foreign judgment is enforcing the obligation created by that judgment. In principle, it should not look beyond the judgment to the merits of the case. While different non-money remedies and different circumstances will raise different considerations, for the purposes of this case, there are three categories of restrictions on the recognition and enforcement of foreign non-money judgments that should be considered. First, with respect to the general requirements for enforcement, a foreign non-money judgment will not be enforced if the issuing court did not properly take jurisdiction, or if fairness considerations render such enforcement inadvisable or unjust. The existing defences of fraud, public policy and natural justice are designed to guard against unfairness in its most

éléments de preuve dont avait besoin le juge américain pour déterminer le montant des dommages-intérêts et mettre fin à l'instance pour outrage au tribunal engagée aux É.-U. De plus, le tribunal peut aussi se demander si l'affaire justifie l'intervention d'un tribunal canadien. En l'espèce, on peut craindre que l'appareil judiciaire ne soit mis à contribution que pour constater l'insolvabilité de Pro Swing. Lorsque les circonstances soulèvent des interrogations légitimes quant à l'affectation des ressources judiciaires, il incombe au justiciable de convaincre le tribunal qu'il vaut la peine d'accéder à sa demande. [45-47] [62]

Enfin, certaines parties de l'ordonnance pour outrage au tribunal mettent en cause l'ordre public en ce qu'elles exigent une communication de renseignements personnels interdite à première vue. Les tribunaux doivent tenir compte du caractère quasi constitutionnel de la protection des renseignements personnels. [59-60]

Le refus d'exécuter le jugement sur consentement et l'ordonnance pour outrage constitue donc en l'espèce un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire que confère l'equity et il permet la poursuite de l'instance devant la cour de l'Ohio avec la collaboration des tribunaux ontariens, mais dans une moins grande mesure que celle sollicitée. [63]

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Charron (dissidents) : La common law devrait être assouplie pour permettre l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger à certaines conditions. La common law doit évoluer en phase avec les importantes forces sociales et économiques qui façonnent les rapports commerciaux et autres. Cette évolution doit se faire de façon graduelle et raisonnée, eu égard, dans le cas des jugements non pécuniaires étrangers, aux principes sous-jacents de courtoisie, d'ordre et d'équité. [66] [78-79]

Le tribunal appelé à exécuter un jugement étranger donne effet à l'obligation créée. Il doit en principe s'abstenir d'examiner le fond de l'affaire. Même si des réparations non pécuniaires différentes et des circonstances différentes feront intervenir des considérations différentes, trois conditions d'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger devraient être considérées pour statuer sur le présent litige. Premièrement, en ce qui concerne les exigences générales, un jugement non pécuniaire étranger ne sera exécuté que si le tribunal d'origine avait compétence et qu'aucune considération liée à l'équité ne rend son exécution inopportune ou injuste. Les moyens de défense actuels fondés sur la fraude, l'ordre public et la justice naturelle se veulent un rempart contre les formes d'injustice les plus

recognizable forms. Second, courts should decline to enforce foreign non-money orders that are not final and clear. Where finality is concerned, a foreign order must establish an obligation that is complete and defined; as regards clarity, an order must be sufficiently unambiguous to be enforced. A decision not to enforce on the grounds of lack of finality or clarity would have to be based on concerns apparent on the face of the order or arising from the factual or legal context. Mere speculation would not suffice. Third, Canadian courts will not enforce a foreign penal law or judgment, either directly or indirectly. [87-92] [95-101]

Here, the motions judge's decision should be restored. Elta Golf conceded that the general requirements for enforcement are met. The consent decree and the portions of the contempt order the motions judge held to be enforceable in Ontario were final. The orders were complete and in no need of future elaboration. The hypothetical possibility of the need for future court supervision should not preclude the recognition of a foreign order. The orders were also sufficiently clear. In particular, an examination of the content of the consent decree and the contempt order reveals no ambiguities about their extraterritorial application. Lastly, while foreign criminal contempt orders are clearly penal and cannot be enforced by Canadian courts, the same should not be said of foreign civil contempt orders. A distinction between civil and criminal contempt exists in Canada and there is nothing penal about the contempt order in this case. The terms of the order are designed to reinforce the consent decree and to provide Pro Swing with restitution for Elta Golf's violations. The motions judge found that the contempt order was restitutionary in nature, not penal. That conclusion is unassailable. [104-116]

While parts of the contempt order may raise privacy concerns, to bring up this issue at this stage when it was never argued before this or any other court would amount to an inappropriate transformation of the proceedings. In any event, if the offending parts of the contempt order cannot be enforced for public policy reasons, they can be severed. The public policy issue therefore should not determine the outcome of this appeal. [121]

manifestes. Deuxièmement, le tribunal ne doit exécuter un jugement non pécuniaire étranger que s'il est définitif et clair. Pour qu'un jugement étranger soit définitif, l'obligation qu'il crée doit être complète et définie. En ce qui concerne sa clarté, il doit être suffisamment certain pour que son exécution puisse avoir lieu. Le caractère non définitif ou l'ambiguïté doivent ressortir du jugement même ou découler du contexte factuel ou juridique de l'affaire pour que soit justifié le refus d'exécuter le jugement. Une simple conjecture ne suffit pas. Troisièmement, un tribunal canadien n'exécutera une décision ou une disposition pénale étrangère ni directement ni indirectement. [87-92] [95-101]

Dans la présente affaire, la décision de la juge des requêtes devrait être rétablie. Elta Golf a concédé que les exigences générales étaient respectées. Le jugement sur consentement et les éléments de l'ordonnance pour outrage au tribunal que la juge des requêtes a tenus pour exécutoires en Ontario étaient définitifs. Les jugements étaient complets et ne nécessitaient aucune précision ultérieure. La possibilité théorique qu'une supervision judiciaire soit nécessaire ne doit pas faire obstacle à la reconnaissance d'un jugement étranger. Par ailleurs, les jugements sont suffisamment clairs. Plus particulièrement, l'examen du jugement sur consentement et de l'ordonnance pour outrage au tribunal ne révèle aucune ambiguïté quant à leur portée extraterritoriale. Enfin, l'ordonnance étrangère pour outrage criminel est clairement pénale et ne peut être exécutée par un tribunal canadien, mais il ne devrait pas en aller de même de l'ordonnance étrangère pour outrage civil. Le droit canadien établit une distinction entre une ordonnance civile et une ordonnance criminelle en matière d'outrage et, en l'espèce, l'ordonnance pour outrage au tribunal ne comporte aucun élément pénal. Ses dispositions visent à renforcer le jugement sur consentement et à réparer le tort que les violations d'Elta Golf ont causé à Pro Swing. La juge des requêtes a conclu que l'ordonnance pour outrage au tribunal avait un caractère réparatoire et non pénal. Cette conclusion est inattaquable. [104-116]

Même si des éléments de l'ordonnance pour outrage au tribunal peuvent être problématiques en ce qui concerne la protection des renseignements personnels, aborder cette question maintenant, alors qu'elle n'a été soulevée ni devant la Cour ni devant les juridictions inférieures transformerait indûment l'instance. Quoi qu'il en soit, si des raisons d'ordre public empêchent l'exécution de ces éléments, ceux-ci peuvent être dissociés. La question de l'ordre public ne saurait donc être déterminante pour l'issue du présent pourvoi. [121]

**Cases Cited**

By Deschamps J.

**Applied:** *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; **considered:** *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72; **referred to:** *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418 (1911); *P.-A.P. v. A.F.*, [1996] R.D.J. 419; *Westfair Foods Ltd. v. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *District Court of the United States, Middle District of Florida v. Royal American Shows, Inc.*, [1982] 1 S.C.R. 414; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Re International Association of Machinists & Aerospace Workers and Qantas Airways Ltd.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 38; *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441, 2006 SCC 13; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416.

By McLachlin C.J. (dissenting)

*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Uniforêt Pâte Port-Cartier Inc. v. Zerotech Technologies Inc.*, [1998] 9 W.W.R. 688; *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 4, 46.

**Jurisprudence**

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt appliqué :** *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; **arrêt examiné :** *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72; **arrêts mentionnés :** *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *Gompers c. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418 (1911); *P.-A.P. c. A.F.*, [1996] R.D.J. 419; *Westfair Foods Ltd. c. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *District Court of the United States, Middle District of Florida c. Royal American Shows, Inc.*, [1982] 1 R.C.S. 414; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Re International Association of Machinists & Aerospace Workers and Qantas Airways Ltd.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 38; *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441, 2006 CSC 13; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Barrick Gold Corp. c. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Uniforêt Pâte Port-Cartier Inc. c. Zerotech Technologies Inc.*, [1998] 9 W.W.R. 688; *Barrick Gold Corp. c. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53.

**Lois et règlements cités**

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3155(2).

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 3155(2).
*Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 60.
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c).
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 60.11.

**Authors Cited**

Berryman, Jeff. "Cross-Border Enforcement of Mareva Injunctions in Canada" (2005), 30 *Adv. Q.* 413.
Black, Vaughan. "Enforcement of Foreign Non-money Judgments: *Pro Swing v. Elta*" (2006), 42 *Can. Bus. L.J.* 81.
Briggs, Adrian. "Crossing the River by Feeling the Stones: Rethinking the Law on Foreign Judgments" (2004), 8 *SYBIL* 1.
British Columbia. British Columbia Law Institute. *Report on the Enforcement of Non-money Judgments from Outside the Province*. Vancouver: The Institute, 1999.
Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2006, release 3).
*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 1, 13th ed. under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000.
*Hanbury & Martin Modern Equity*, 17th ed. by Jill E. Martin. London: Sweet & Maxwell, 2005.
MacDonald, Ken. "A New Approach to Enforcement of Foreign Non-Monetary Judgments" (2006), 31 *Adv. Q.* 44.
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2005, release 13).
Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 6th ed. Canada: Carswell, 2001.
Talpis, Jeffrey, and Joy Goodman. "A comity of errors", *Law Times*, vol. 14, No. 2, January 20, 2003, p. 7.
Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Law Conference of Canada: Commercial Law Strategy*. Ottawa: The Conference, 2005 (loose-leaf).
Walker, Janet. "*Beals v. Saldanha*: Striking the Comity Balance Anew" (2002), 5 *Can. Int'l Law.* 28.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Moldaver, Gillese and Blair JJ.A.) (2004), 71 O.R. (3d) 566, [2004] O.J. No. 2801 (QL), setting aside an order of Pepall J. (2003), 68

*Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 60.
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 4, 46.
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 7(3)c).
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 60.11.

**Doctrine citée**

Berryman, Jeff. « Cross-Border Enforcement of Mareva Injunctions in Canada » (2005), 30 *Adv. Q.* 413.
Black, Vaughan. « Enforcement of Foreign Non-money Judgments : *Pro Swing v. Elta* » (2006), 42 *Rev. can. dr. comm.* 81.
Briggs, Adrian. « Crossing the River by Feeling the Stones : Rethinking the Law on Foreign Judgments » (2004), 8 *SYBIL* 1.
Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2006, release 3).
Colombie-Britannique. British Columbia Law Institute. *Report on the Enforcement of Non-money Judgments from Outside the Province*. Vancouver : The Institute, 1999.
Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada : Stratégie du droit commercial*. Ottawa : La Conférence, 2005 (feuilles mobiles).
*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 1, 13th ed. under the general editorship of Lawrence Collins. London : Sweet & Maxwell, 2000.
*Hanbury & Martin Modern Equity*, 17th ed. by Jill E. Martin. London : Sweet & Maxwell, 2005.
MacDonald, Ken. « A New Approach to Enforcement of Foreign Non-Monetary Judgments » (2006), 31 *Adv. Q.* 44.
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2005, release 13).
Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies : Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 6th ed. Canada : Carswell, 2001.
Talpis, Jeffrey, and Joy Goodman. « A comity of errors », *Law Times*, vol. 14, No. 2, January 20, 2003, p. 7.
Walker, Janet. « *Beals v. Saldanha* : Striking the Comity Balance Anew » (2002), 5 *R.C.D.I.* 28.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Moldaver, Gillese et Blair) (2004), 71 O.R. (3d) 566, [2004] O.J. No. 2801 (QL), qui a infirmé une ordonnance de la juge

O.R. (3d) 443, 30 C.P.R. (4th) 165, [2003] O.J. No. 5434 (QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Bastarache and Charron JJ. dissenting.

*Raymond F. Leach* and *Janet A. Allinson*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

The judgment of LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ. was delivered by

DESCHAMPS J. — Modern-day commercial transactions require prompt reactions and effective remedies. The advent of the Internet has heightened the need for appropriate tools. On the one hand, frontiers remain relevant to national identity and jurisdiction, but on the other hand, the globalization of commerce and mobility of both people and assets make them less so. The law and the justice system are servants of society, not the reverse. The Court has been asked to change the common law. The case for adapting the common law rule that prevents the enforcement of foreign non-money judgments is compelling. But such changes must be made cautiously. Although I recognize the need for a new rule, it is my view that this case is not the right one for implementing it.

## I. Background and Judicial History

The appellant, Pro Swing Inc., manufactures and sells customized golf clubs and golf club heads. It owns the Trident trademark in the U.S. On April 27, 1998, Pro Swing filed a complaint against eight defendants for trademark infringement in the United States District Court for the Northern District of Ohio Eastern Division ("Ohio court"). The respondent, Elta Golf Inc., an Ontario resident, was named as a defendant. In the action, Pro Swing alleged that Elta was offering and selling golf clubs or golf club heads on its Web site under the infringing trademark Rident. On July 6, 1998, in Ontario, Mr. Frank Lin, as president of Elta, signed a declaration in which he stated that he now knew of Pro Swing's trademark. He declared that he had

Pepall (2003), 68 O.R. (3d) 443, 30 C.P.R. (4th) 165, [2003] O.J. No. 5434 (QL). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Charron sont dissidents.

*Raymond F. Leach* et *Janet A. Allinson*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Aujourd'hui, les opérations commerciales requièrent une attention immédiate et des solutions efficaces. L'Internet rend plus aigu encore le besoin de disposer d'outils adéquats. Certes, les frontières définissent encore la compétence et l'identité nationales, mais la mondialisation du commerce et la libre circulation des personnes et des biens en réduisent l'importance. Le système de droit et de justice est au service de la société, et non l'inverse. En l'espèce, on demande à la Cour de modifier la common law. Les arguments favorables à la modification de la règle de common law qui fait obstacle à l'exécution des jugements non pécuniaires sont convaincants. Mais pareille modification doit être apportée avec circonspection. Je reconnais qu'une nouvelle règle s'impose, mais j'estime que la présente affaire ne se prête pas à son application. 1

## I. Contexte et historique judiciaire

L'appelante, Pro Swing Inc., fabrique et vend des bâtons de golf et des têtes de bâton de golf sur mesure. Aux États-Unis, elle est propriétaire de la marque de commerce Trident. Le 27 avril 1998, elle a intenté devant la Cour fédérale du District nord de l'Ohio, division de l'est (la « cour de l'Ohio ») une poursuite en contrefaçon de marque de commerce contre huit défenderesses, dont l'intimée Elta Golf Inc., une société ontarienne. Dans son action, Pro Swing a allégué que, sur son site Internet, Elta offrait en vente et vendait des bâtons de golf ou des têtes de bâton de golf portant la marque contrefaite Rident. Le 6 juillet 1998, le président d'Elta, M. Frank Lin, a signé en Ontario une déclaration dans laquelle il disait maintenant connaître l'existence de 2

three golf clubs or golf club heads bearing the mark Rident, that he had never sold any and that he would discontinue advertising and distributing the clubs or club heads. The declaration was incorporated into a settlement agreement which stated that Pro Swing relied on the representations of Elta as to the use of Rident on golf clubs or golf club heads. Elta further represented in the agreement that it had discontinued marketing or using golf clubs or golf club heads bearing the mark Trident, Rident, Riden or Trigoal, and it undertook not to purchase, sell or use club components bearing those marks or a confusingly similar mark without the authorization of Pro Swing. It also undertook to deliver to Pro Swing's counsel any clubs or golf club heads and marketing material in its possession, and to modify its Web page. On July 28, 1998, a consent decree was endorsed by Matia J. of the Ohio court (see Appendix A).

la marque de Pro Swing. Il ajoutait qu'Elta avait en sa possession trois bâtons de golf ou têtes de bâton de golf de marque Rident, qu'elle n'en avait vendu aucun et qu'elle cesserait d'en faire la promotion et la distribution. Cette déclaration a été intégrée à la transaction intervenue entre les parties, qui précisait que Pro Swing se fondait sur les affirmations d'Elta concernant l'emploi de la marque Rident en liaison avec des bâtons de golf ou des têtes de bâton de golf. Elta a de plus indiqué dans la transaction qu'elle avait cessé de commercialiser ou d'utiliser des bâtons de golf ou des têtes de bâton de golf portant les marques Trident, Rident, Riden ou Trigoal. Elle s'est engagée à ne pas acheter, vendre ou utiliser, sans l'autorisation de Pro Swing, tout article de golf revêtant l'une ou l'autre de ces marques ou une marque semblable créant de la confusion avec elles. Elle s'est en outre engagée à remettre à l'avocat de Pro Swing les bâtons de golf ou les têtes de bâton de golf ainsi que le matériel promotionnel en sa possession et à modifier son site Internet. Le 28 juillet 1998, le juge Matia de la cour de l'Ohio a entériné l'accord des parties en rendant un jugement sur consentement (annexe A).

3 On December 20, 2002, Pro Swing filed a motion for contempt of court, alleging that Elta had violated the consent decree by failing to surrender the items and by advertising and selling club heads. Pro Swing filed a declaration stating that an investigator had purchased two golf club heads on the Internet, one bearing the Trident and the other the Rident mark, for delivery in Ohio. On February 25, 2003, after finding that Elta had violated the consent decree, Matia J. issued a contempt order (see Appendix B).

Le 20 décembre 2002, Pro Swing a présenté une requête pour outrage au tribunal au motif qu'Elta avait transgressé le jugement sur consentement en omettant de remettre les articles et en faisant la promotion et la vente des têtes de bâton de golf. Elle a produit une déclaration sous serment indiquant qu'un enquêteur avait acheté sur Internet deux têtes de bâton de golf devant être livrées en Ohio, l'une portant la marque Trident et l'autre, la marque Rident. Le 25 février 2003, après avoir conclu qu'Elta avait contrevenu au jugement, le juge Matia a rendu une ordonnance pour outrage au tribunal (annexe B).

4 As the Superior Court judge noted, the orders overlap to a certain extent ((2003), 68 O.R. (3d) 443). The relevant elements are as follows:

Comme l'a fait remarquer la juge de la Cour supérieure de justice ((2003), 68 O.R. (3d) 443), le jugement sur consentement et l'ordonnance pour outrage au tribunal se chevauchent. En voici les éléments pertinents :

1. an injunction prohibiting Elta from purchasing, marketing, selling or using golf clubs or components bearing Pro Swing's trademark or any

1. Elta se voit interdire d'acheter, de commercialiser, de vendre ou d'utiliser des bâtons de golf ou des composants de bâton de golf portant la

confusingly similar variations of it (consent decree, at para. 7; contempt order, at para. 2);

2. an order that Elta surrender and deliver all infringing clubs and/or components in its possession, along with any advertising, packaging, promotional or other materials, to counsel for Pro Swing (consent decree, at para. 8; contempt order, at para. 6);

3. an order for an accounting of all infringing golf clubs and/or components sold since the consent decree (contempt order, at para. 3);

4. an order for compensatory damages based on profits derived through sales of infringing goods since the consent decree (contempt order, at para. 4);

5. an order for costs and attorney's fees against Elta (contempt order, at para. 5);

6. an order that Elta provide the names of and contact information for the suppliers and purchasers of infringing goods, and that it pay the costs of a corrective mailing (contempt order, at paras. 7 and 8); and

7. an order that Elta recall all counterfeit and infringing goods (contempt order, at para. 9).

In June 2003, Pro Swing filed in the Ontario Superior Court of Justice a motion for recognition and enforcement of the consent decree and the contempt order. Elta objected that the two judgments could not be recognized or enforced because they did not meet the common law requirements of being final judgments *in personam* for a fixed sum of money and that the contempt order was excluded from recognition and enforcement because it was quasi-criminal in nature.

marque de commerce de Pro Swing ou toute variante créant de la confusion (jugement sur consentement, par. 7; ordonnance pour outrage au tribunal, par. 2);

2. Elta se voit enjoindre de remettre à l'avocat de Pro Swing tous bâtons ou composants contrefaits en sa possession, ainsi que tout article promotionnel, d'emballage ou autre (jugement sur consentement, par. 8; ordonnance pour outrage au tribunal, par. 6)

3. Elta se voit enjoindre d'établir le nombre de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf non autorisés vendus après l'inscription du jugement sur consentement (ordonnance pour outrage au tribunal, par. 3);

4. Elta se voit ordonner de payer des dommages-intérêts fondés sur les profits tirés de la vente d'articles non autorisés après l'inscription du jugement sur consentement (ordonnance pour outrage au tribunal, par. 4);

5. Elta se voit ordonner de payer les frais de justice et les honoraires d'avocat de Pro Swing (ordonnance pour outrage au tribunal, par. 5);

6. Elta se voit enjoindre de communiquer les noms et les coordonnées des fournisseurs et des acheteurs d'articles non autorisés et de payer les frais d'envoi d'un rectificatif (ordonnance pour outrage au tribunal, par. 7 et 8);

7. Elta se voit ordonner de rappeler tous les articles contrefaits et non autorisés (ordonnance pour outrage au tribunal, par. 9).

En juin 2003, Pro Swing a déposé en Cour supérieure de justice de l'Ontario une requête visant à faire reconnaître et exécuter le jugement sur consentement et l'ordonnance pour outrage au tribunal. Elta s'oppose à la requête au motif que les exigences de la common law ne sont pas respectées. Selon elle, les jugements ne sont pas *in personam* et définitifs et ne portent pas sur une somme déterminée. De plus, l'ordonnance pour outrage au tribunal est de nature quasi pénale.

6 While acknowledging that the traditional common law rule required that the judgment be for a fixed sum of money, the Superior Court judge found that the latest jurisprudence opened the way for a relaxation of the rule. She found it clear from the terms of the consent decree that extraterritorial application was intended. She declared the consent decree valid and enforceable in Ontario. On the contempt order, she was of the view that it was restitutionary in nature and engaged a dispute between private parties. She found that parts of the contempt order were duplicative of the consent decree and were not final, and concluded that the portions not offending the finality requirement could be severed. She recognized paras. 3, 7, 8 and 9 of the contempt order and declared them to be enforceable.

Après avoir reconnu que la règle de common law classique exige que le jugement porte sur une somme déterminée, la juge de la Cour supérieure de justice conclut que la jurisprudence la plus récente ouvre la voie à un assouplissement. Elle estime en outre qu'il ressort du libellé du jugement sur consentement que les parties ont voulu lui conférer une portée extraterritoriale. Elle déclare le jugement valide et exécutoire en Ontario. En ce qui concerne l'ordonnance pour outrage au tribunal, elle opine qu'elle est de nature réparatoire et qu'elle a été rendue dans le cadre d'un litige opposant des parties privées. Après avoir constaté que certains de ses éléments font double emploi avec le jugement sur consentement et ne sont pas définitifs, elle conclut que les éléments qui respectent l'exigence du caractère définitif peuvent être dissociés. Elle reconnaît les paragraphes 3, 7, 8 et 9 de l'ordonnance pour outrage au tribunal et les déclare exécutoires.

7 Elta appealed the Superior Court's judgment, asking for its reversal. Pro Swing cross-appealed, asking for recognition and enforcement of the entire contempt order. The Court of Appeal stated that it was inclined to agree that the "time is ripe for a re-examination of the rules governing the recognition and enforcement of foreign non-monetary judgments" ((2004), 71 O.R. (3d) 566, at para. 9), quoting the following passage from *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1098:

> The world has changed since the above rules [concerning the recognition and enforcement of foreign judgments] were developed in 19th century England. Modern means of travel and communications have made many of these 19th century concerns appear parochial. The business community operates in a world economy and we correctly speak of a world community even in the face of decentralized political and legal power. Accommodating the flow of wealth, skills and people across state lines has now become imperative. Under these circumstances, our approach to the recognition and enforcement of foreign judgments would appear ripe for reappraisal.

Elta interjette appel du jugement de la Cour supérieure de justice et Pro Swing forme un appel incident en vue de faire reconnaître et déclarer exécutoire l'ordonnance pour outrage au tribunal en entier. La Cour d'appel convient [TRADUCTION] « que le moment est propice au réexamen des règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers » ((2004), 71 O.R. (3d) 566, par. 9), citant à l'appui un extrait de l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1098 :

> Le monde a évolué depuis que les règles précitées [relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers] ont été formulées dans l'Angleterre du XIX^e^ siècle. Les moyens modernes de déplacement et de communication font ressortir le caractère purement local d'un bon nombre de ces préoccupations du XIX^e^ siècle. Le monde des affaires fonctionne dans une économie mondiale et on parle à juste titre de communauté internationale même si le pouvoir politique et juridique est décentralisé. Il est maintenant devenu impérieux de faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre. Dans ces circonstances, il apparaît opportun de réexaminer nos règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers.

8 However, the Court of Appeal found that the orders were not "sufficiently certain in [their]

La Cour d'appel conclut toutefois que le jugement et l'ordonnance ne sont pas suffisamment

terms" to be enforced, giving as an example the issue of extraterritoriality it qualified as critical. The Court of Appeal also noted that Pro Swing could have taken action in Ontario based on the settlement agreement, or for infringement of its trademark rights if such rights extended to Canada. As well, the court was of the view that Pro Swing could have instituted proceedings to obtain the information it required to provide to the Ohio judge the proposed damage award contemplated in the contempt order. The Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the cross-appeal. Pro Swing was granted leave to appeal to this Court.

clairs pour être susceptibles d'exécution, notamment en ce qui concerne l'extraterritorialité, un aspect qu'elle qualifie de crucial. Elle fait remarquer que Pro Swing aurait pu intenter une action en Ontario sur le fondement de la transaction ou pour l'atteinte aux droits conférés par sa marque de commerce si de tels droits existent également au Canada. Elle ajoute que Pro Swing aurait pu exercer un recours pour obtenir les renseignements dont elle a besoin pour proposer au juge de l'Ohio le projet concernant les dommages-intérêts prévus dans l'ordonnance pour outrage au tribunal. L'appel a été accueilli, et l'appel incident rejeté. Pro Swing est autorisée à se pourvoir devant notre Cour.

Two issues are raised in this appeal: whether foreign non-money judgments can be recognized and enforced, and whether such a change to the existing common law rule entails additional considerations reflecting the new needs created by expanding judicial assistance to foreign countries and litigants in this way. This last issue is not formally raised by the appellant, but it is inherently linked to the departure from the traditional rule. To allow for the recognition and enforcement of non-money orders will open the door to a number of equitable orders. The crux of this issue is to determine the considerations relevant to the recognition and enforcement of such orders.

9 Le présent pourvoi soulève deux questions : un jugement non pécuniaire étranger peut-il être reconnu et exécuté et, dans l'affirmative, ce changement à la règle de common law exige-t-il que l'on tienne compte d'autres considérations liées aux nouveaux besoins qui découleront alors de la plus grande collaboration judiciaire avec les pays et les justiciables étrangers? Cette dernière question n'a pas été formellement soulevée par l'appelante, mais elle est intrinsèquement liée à la dérogation éventuelle à la règle classique. Permettre la reconnaissance et l'exécution de jugements non pécuniaires ouvrira la voie à un certain nombre d'ordonnances en equity. Il s'agit donc essentiellement de déterminer quelles considérations sont pertinentes pour la reconnaissance et l'exécution de telles ordonnances.

## II. Traditional Common Law Rule

## II. Règle de common law classique

The traditional common law rule is clear and simple. In order to be recognizable and enforceable, a foreign judgment must be "(a) for a debt, or definite sum of money (not being a sum payable in respect of taxes or other charges of a like nature or in respect of a fine or other penalty); and (b) final and conclusive, but not otherwise" (*Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13th ed. 2000), vol. 1, Rule 35, at pp. 474-75 (footnotes omitted)). Similarly, J.-G. Castel and J. Walker, in *Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), at para. 14.6, state that "[a] foreign judgment *in personam* given by a court of competent jurisdiction is enforceable

10 La règle de common law classique est claire et simple. Pour qu'un jugement étranger puisse être reconnu et exécuté, il doit être [TRADUCTION] « a) relatif à une dette ou à une somme déterminée (autre qu'une somme payable au titre d'une taxe ou d'une forme d'imposition apparentée ou d'une amende ou autre pénalité; et b) définitif » (*Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13e éd. 2000), vol. 1, règle 35, p. 474-475 (notes omises)). De même, dans *Canadian Conflict of Laws* (6e éd. (feuilles mobiles)), au par. 14.6, J.-G. Castel et J. Walker signalent [TRADUCTION] « que le jugement étranger *in personam* d'un tribunal compétent n'est exécutoire

provided that it is final and conclusive, and for a definite sum of money."

11 The foreign judgment is evidence of a debt. All the enforcing court needs is proof that the judgment was rendered by a court of competent jurisdiction and that it is final, and proof of its amount. The enforcing court then lends its judicial assistance to the foreign litigant by allowing him or her to use its enforcement mechanisms. Professor Vaughan Black explains the consequences of the recognition and enforcement of a money judgment at common law in "Enforcement of Foreign Non-money Judgments: *Pro Swing v. Elta*" (2006), 42 *Can. Bus. L.J.* 81, at p. 89:

> That is, [the Canadian court] always uses its own rules on such matters as the availability of garnishment, the effect of garnishment on employment, the effect of a payment into court, the date of conversion from a foreign currency into the local money, and the proper procedures for seizure and attachment. Likewise, even when enforcing a money judgment from [a foreign court, the Canadian court] employs its own exemptions legislation, its own rules for controlling competition among judgment creditors, and its own rules on post-judgment interest. In short, when a Canadian court recognizes a foreign judgment that says that the defendant must pay the plaintiff a sum of money, that foreign judgment is simply *evidence* of a debt. The recognizing court goes about collection (or limiting collection) of that debt in its own way. [Emphasis in original.]

12 As this Court confirmed in *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72, absent evidence of fraud or of a violation of natural justice or of public policy, the enforcing court is not interested in the substantive or procedural law of the foreign jurisdiction in which the judgment sought to be enforced domestically was rendered.

13 It is significant that, under the traditional common law rule, the recognition and enforcement of a money judgment does not require an interpretation of the foreign law, nor does it reach deeply into the structure of the domestic court's justice system, since the money obligation created by the foreign judgment is sufficient evidence to enforce it in the

que s'il est définitif et que s'il porte sur une somme déterminée. »

Le jugement étranger constate une dette. Tout ce dont le tribunal d'exécution a besoin est la preuve de la compétence du tribunal étranger, du montant du jugement et de son caractère définitif. Le tribunal d'exécution peut alors prêter son concours au justiciable étranger en lui donnant accès aux mécanismes d'exécution internes. Dans son article intitulé « Enforcement of Foreign Non-money Judgments : *Pro Swing v. Elta* » (2006), 42 *Rev. can. dr. comm.* 81, p. 89, le professeur Vaughan Black explique les conséquences de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement pécuniaire étranger en common law :

> [TRADUCTION] Autrement dit, [le tribunal canadien] applique toujours ses propres règles en ce qui concerne, par exemple, la possibilité d'une saisie-arrêt et l'effet de cette mesure sur l'emploi, l'effet d'une consignation au tribunal, la date de la conversion en monnaie nationale et la procédure applicable en matière de saisie. De même, pour exécuter un jugement pécuniaire rendu par [un tribunal étranger, le tribunal canadien] a recours à ses propres règles relatives à l'insaisissabilité, à l'ordre de priorité des créanciers et à l'intérêt postérieur au jugement. Bref, lorsqu'un tribunal canadien reconnaît un jugement étranger selon lequel le défendeur doit verser une somme au demandeur, le jugement étranger ne fait que *constater* une dette. Le tribunal d'exécution veille au recouvrement de la dette (ou à la limitation de ce recouvrement) selon ses propres règles. [En italique dans l'original.]

Notre Cour l'a confirmé dans l'arrêt *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72, à défaut d'une preuve de fraude, de manquement à la justice naturelle ou d'atteinte à l'ordre public, le tribunal d'exécution n'examine pas les règles substantielles et procédurales du ressort étranger dans lequel a été rendu le jugement dont l'exécution est demandée au Canada.

Qui plus est, suivant la règle de common law classique, la reconnaissance et l'exécution d'un jugement pécuniaire n'exigent pas l'interprétation du droit étranger et n'impose pas un lourd fardeau au système de justice du ressort d'exécution étant donné que l'obligation pécuniaire créée par le jugement étranger constitue une preuve suffisante pour

Canadian justice system. Care must thus be taken not to lose sight of the limited impact the common law rule has on our justice system. Judicial assistance under the new rule will move beyond triggering mechanisms necessary to collect a debt. The separation of judicial systems is thus likely to be altered, since a domestic court enforcing a foreign non-money judgment may have to interpret and apply another jurisdiction's law. Professor Black illustrates this by way of the following example (at p. 89):

> A [foreign court] might issue an injunction which spells out in great detail what, when and how a defendant must do (or refrain from doing) something. If [a Canadian court] recognizes such an injunction then the courts in [the foreign country] have been permitted to reach deeply into the enforcement regime of [Canada]. It is the original [foreign order] (albeit confirmed by [a Canadian court]) that will control what the defendant must and must not do in [Canada]. Of course, if the defendant in [Canada] fails to comply with the order then any contempt proceedings in [Canada] will be conducted in accordance with [Canadian] procedure. But apart from that, when [a Canadian court] agrees to enforce an injunction issued by a court in [a foreign country], then [the foreign country] is dictating and controlling the enforcement process in [Canada], something that does not occur when [the Canadian court] enforces a foreign money judgment.

To depart from the fixed-sum component of the traditional common law rule will open the door to equitable orders such as injunctions, which are key to an effective modern-day remedy. The recognition and enforcement of equitable orders will require a balanced measure of restraint and involvement by the domestic court that is otherwise unnecessary when the court merely agrees to use its enforcement mechanisms to collect a debt.

I agree that the time is ripe to revise the traditional common law rule that limits the recognition and enforcement of foreign orders to final money judgments. However, such a change must be accompanied by a judicial discretion enabling the

son exécution au Canada. Il faut donc se rappeler que la règle de common law a une incidence limitée sur notre système de justice. Si elle est modifiée, l'assistance judiciaire dépassera le simple enclenchement des mécanismes de recouvrement. Le cloisonnement des systèmes judiciaires pourra ainsi être compromis puisque le tribunal national appelé à exécuter un jugement non pécuniaire étranger pourra devoir interpréter et appliquer les règles de droit d'un autre ressort. Le professeur Black donne l'exemple suivant (p. 89) :

> [TRADUCTION] Le [tribunal étranger] pourrait décerner une injonction énonçant avec force détails ce que le défendeur doit faire (ou s'abstenir de faire), à quel moment et de quelle manière. Le [tribunal canadien] qui reconnaît une telle injonction permet aux tribunaux du [ressort étranger] de s'insinuer profondément dans le système [canadien] d'exécution des jugements. C'est le jugement étranger [initial] (confirmé par [un tribunal canadien]) qui déterminera ce que doit faire et ne doit pas faire le défendeur au [Canada]. Évidemment, si le défendeur omet de respecter le jugement [au Canada], toute instance en outrage au tribunal engagée au [Canada] sera instruite selon la procédure [canadienne]. Cela mis à part, lorsqu'[un tribunal canadien] accepte d'exécuter l'injonction décernée par un tribunal [étranger], les règles applicables dans [le ressort étranger] déterminent et encadrent la procédure d'exécution au [Canada], ce qui n'est pas le cas lorsque [le tribunal canadien] exécute un jugement pécuniaire étranger.

14 La dérogation à l'exigence de la règle de common law classique selon laquelle le jugement doit porter sur une somme déterminée ouvrira la porte à des ordonnances en equity (comme l'injonction) qui sont indispensables à des solutions adaptées aux besoins contemporains. La reconnaissance et l'exécution d'ordonnances en equity exigera du tribunal d'exécution qu'il recherche un équilibre entre la réserve et l'intervention, ce qu'il n'a pas à faire lorsqu'il enclenche seulement les mécanismes d'exécution dont il dispose pour assurer le recouvrement d'une dette.

15 Je conviens que le moment est propice à la révision de la règle de common law classique voulant que seul un jugement pécuniaire étranger définitif puisse être reconnu et exécuté. Toutefois, une telle révision doit s'accompagner de l'octroi au

domestic court to consider relevant factors so as to ensure that the orders do not disturb the structure and integrity of the Canadian legal system.

III. Case for Changing the Common Law Rule

16 I have read the Chief Justice's reasons, and I agree that there is a compelling rationale for a change in the common law requirement. However, it must be recognized that a departure from the common law rule will necessarily affect both commercial activity and judicial assistance in an era of large-scale cross-border commerce, e-commerce and cross-border litigation.

17 For these reasons, it is important to bear in mind the need to proceed cautiously in implementing any change. Professor Black recognizes that the principles of comity, order and fairness articulated in *Morguard* favour the recognition and enforcement of foreign non-money judgments, but he tempers his observation by noting the need to develop a careful and nuanced approach that attends to the features of non-money orders. In the same vein, Professor Jeff Berryman, in "Cross-Border Enforcement of Mareva Injunctions in Canada" (2005), 30 *Adv. Q.* 413, underscores the fact that equitable remedies are context-dependent and subject to amendment at the time of enforcement; he maintains that they do not lend themselves well to simply being endorsed by Canadian courts.

18 On a more general note, a number of law professors and practitioners have commented on the enforcement of foreign judgments and have insisted on the need to adapt the possible defences and to redefine the approach to comity to ensure that foreign judgments do not conflict with domestic law. Professor Adrian Briggs, in "Crossing the River by Feeling the Stones: Rethinking the Law on Foreign Judgments" (2004), 8 *SYBIL* 1, comments positively on the *Morguard* test as applied to international law but questions whether the acceptance of new bases of jurisdictional competence should

tribunal national du pouvoir discrétionnaire de tenir compte de certains éléments afin que le jugement ne porte pas atteinte à l'intégrité du système de justice canadien.

III. Les arguments en faveur de la modification de la règle de common law

J'ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef et je conviens qu'il est tout à fait justifié de modifier l'exigence de la common law. Toutefois, force est d'admettre qu'en cette ère de généralisation du commerce transfrontalier, du commerce électronique et des litiges transfrontaliers, la modification de la règle de common law aura nécessairement une incidence sur l'activité commerciale et la collaboration judiciaire.

C'est pourquoi il faut se rappeler que toute réforme doit être menée avec prudence. Le professeur Black reconnaît que les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité énoncés dans l'arrêt *Morguard* militent en faveur de la reconnaissance et de l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers. Il insiste toutefois sur la nécessité d'une démarche prudente et nuancée qui tient compte des caractéristiques d'un jugement non pécuniaire. Dans le même ordre d'idées, dans son article intitulé « Cross-Border Enforcement of Mareva Injunctions in Canada » (2005), 30 *Adv. Q.* 413, le professeur Jeff Berryman souligne que l'ordonnance en equity est fonction du contexte et susceptible de modification en cours d'exécution. À son avis, elle se prête mal à la simple homologation par un tribunal canadien.

Plusieurs professeurs de droit et avocats se sont prononcés plus généralement sur la question de l'exécution des jugements étrangers. Ils ont insisté sur la nécessité d'adapter les moyens de défense possibles et de revoir l'application du principe de la courtoisie, de sorte que les jugements étrangers n'entrent pas en conflit avec le droit interne. Dans son article intitulé « Crossing the River by Feeling the Stones : Rethinking the Law on Foreign Judgments » (2004), 8 *SYBIL* 1, le professeur Adrian Briggs se montre favorable au critère de l'arrêt *Morguard* appliqué en droit international, mais se demande si aux

entail the development of new defences tailored specifically to them. Similarly, Professor Jeffrey Talpis and Joy Goodman, in "A comity of errors", *Law Times*, vol. 14, No. 2, January 20, 2003, at p. 7, suggest that the public policy defence should be widened to allow a court to refuse to enforce a judgment that is manifestly unreasonable under the law of the domestic forum. Finally, Professor Janet Walker, in "*Beals v. Saldanha*: Striking the Comity Balance Anew" (2002), 5 *Can. Int'l Law.* 28, stresses that the "requirements of comity as they are reflected in the rules for enforcing foreign judgments are changing along with the circumstances in which they operate" (p. 29).

nouveaux fondements de la compétence du tribunal devraient correspondre de nouveaux moyens de défense. Dans la même veine, dans leur article intitulé « A comity of errors », *Law Times*, vol. 14, nº 2, 20 janvier 2003, p. 7, le professeur Jeffrey Talpis et Joy Goodman proposent d'étendre la portée du moyen de défense fondé sur l'ordre public afin que le tribunal puisse refuser d'exécuter un jugement manifestement déraisonnable suivant la loi du for d'exécution. Enfin, dans l'article intitulé « *Beals v. Saldanha* : Striking the Comity Balance Anew » (2002), 5 *R.C.D.I.* 28, la professeure Janet Walker souligne que les [TRADUCTION] « exigences de la courtoisie qui sous-tendent les règles régissant l'exécution des jugements étrangers évoluent en fonction du contexte » (p. 29).

In summary, most of the commentators are not against finding new ways to adjust the law to suit modern realities, but they insist on the need for a cautious approach. As Briggs puts it, at p. 22: "It cannot be right to make radical changes to [jurisdiction] while supposing that this has no impact on the [defences]. . . . [I]ncremental, intuitive, coherent, development is what common law does best, and is how the common law conflict of laws works best." 19

Bref, la plupart des observateurs ne s'opposent pas à la recherche de nouveaux moyens d'adapter le droit aux réalités actuelles, mais ils insistent sur la nécessité de le faire avec prudence. Comme le dit Briggs (à la p. 22) : [TRADUCTION] « On ne saurait modifier radicalement [les règles en matière de compétence] en supposant que cela n'a pas d'incidence sur les [moyens de défense]. [. . .] [L]'évolution graduelle, intuitive et cohérente est la plus grande qualité de la common law et elle assure l'efficacité du droit international privé. »

*Morguard* has led the way to developing the common law to better serve the interests of all litigants, foreign and domestic. The need to move towards a rule more flexible than a total bar is compelling. However, the change must be made having regard to issues that the old rule was not concerned with. The instant case provides an opportunity to consider how the rule against enforcing non-monetary judgments can be changed in the context of equitable orders, like injunctions, and how the specific nature of such orders makes it necessary to view enforcement from a new perspective. 20

L'arrêt *Morguard* a ouvert la voie à l'évolution de la common law au bénéfice de tous les justiciables, étrangers et nationaux. Il importe certes de privilégier une règle plus souple que l'interdiction absolue. Toutefois, la modification doit tenir compte de considérations que ne soulevait pas l'application de l'ancienne règle. Le présent pourvoi nous offre l'occasion de nous demander comment la règle interdisant l'exécution d'un jugement non pécuniaire peut être modifiée dans le cas d'une ordonnance fondée sur l'equity, telle l'injonction, et comment la nature spécifique de l'ordonnance en equity exige que l'on considère l'exécution sous un angle nouveau.

## IV. Nature of Equitable Judgments

## IV. Nature de l'ordonnance en equity

A change in the traditional common law rule will be as important as was the passage, for the purpose of establishing jurisdiction over a 21

La modification de la règle de common law classique sera tout aussi importante que l'a été, aux fins de déterminer la compétence d'un tribunal à

defendant, from the service or attornment of the defendant requirement to the real and substantial connection test. The latter test is flexible and its formulation has allowed it to be applied in various and evolving circumstances. Similarly, the change from the traditional common law rule to the recognition and enforcement of foreign non-money judgments should be accompanied by the incorporation of flexible factors that reflect the specific, and varied nature of equitable orders.

22 At common law, the typical remedy is an award for damages. However, a wide range of equitable remedies are available, and they take various forms. Their commonality is that they are awarded at the judge's discretion. Judges do not apply strict rules, but follow general guidelines illustrated by such maxims as "Equity follows the law", "Delay defeats equities", "Where the equities are equal the law prevails", "He who comes to equity must come with clean hands" and "Equity acts *in personam*" (*Hanbury & Martin Modern Equity* (17th ed. 2005), at paras. 1-024 to 1-036, and I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages* (6th ed. 2001), at p. 6). The application of equitable principles is largely dependent on the social fabric. As Spry puts it:

> . . . the maxims of equity are of significance, for they reflect the ethical quality of the body of principles that has tended not so much to the formation of fixed and immutable rules, as rather to a determination of the conscionability or justice of the behaviour of the parties according to recognised moral principles. This ethical quality remains, and its presence explains to a large extent the adoption by courts of equity of broad general principles that may be applied with flexibility to new situations as they arise. [p. 6]

23 The traditional rule does not leave any room for discretion as regards such considerations or forms of relief. In contrast, equitable orders are crafted in accordance with the specific circumstances of each case. The most relevant equitable remedies for the purposes of the present case are specific

l'égard d'un défendeur, la substitution du critère du lien réel et substantiel à celui de l'acceptation de la signification ou de l'acquiescement par le défendeur. Le nouveau critère est souple et sa formulation a permis de l'appliquer dans des contextes divers et en évolution. De même, le passage de la règle de common law classique à la reconnaissance et à l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers devrait s'accompagner de l'établissement de critères souples reflétant la nature particulière et variée des ordonnances en equity.

En common law, la réparation habituelle est une ordonnance de payer un montant d'argent. L'equity offre pour sa part une grande variété de mesures de réparation pouvant revêtir diverses formes. Elles ont en commun de relever du pouvoir discrétionnaire du tribunal, lequel n'applique pas de règles strictes, mais des principes généraux qu'expriment certaines maximes comme [TRADUCTION] « l'equity respecte la loi », « le retard (injustifié) exclut l'appel à l'equity », « lorsque les droits en présence sont équivalents, le droit strict est applicable », « celui qui invoque l'equity doit être sans reproche lui-même » et « l'equity contraint la personne » (*Hanbury & Martin Modern Equity* (17e éd. 2005), par. 1-024 à 1-036, et I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies : Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages* (6e éd. 2001), p. 6). L'application des principes de l'equity dépend en grande partie du tissu social. Comme le dit Spry :

> [TRADUCTION] . . . les maximes de l'equity sont importantes, car elles reflètent la qualité morale des principes qui ont présidé non pas à la formulation de règles rigides et immuables, mais à la détermination, selon des fondements moraux reconnus, du caractère équitable ou juste du comportement des parties. Cette qualité morale demeure, ce qui explique en grande partie l'adoption par les tribunaux de principes généraux pouvant s'appliquer avec souplesse aux nouvelles situations qui se présentent. [p. 6]

La règle classique ne laisse aucune latitude aux tribunaux en ce qui concerne ces considérations ou ces mesures de réparation. Par contraste, l'ordonnance rendue en equity est conçue pour s'adapter aux circonstances de l'espèce. Pour les besoins du présent pourvoi, les ordonnances qui présentent

performance, that is, an order by the court to a party to perform its contractual obligations, and the injunction, that is, an order to a party to do or refrain from doing a particular act.

Despite their flexibility and specificity, Canadian relief orders are fashioned following general guidelines. The terms of the order must be clear and specific. The party needs to know exactly what has to be done to comply with the order. Also, the courts do not usually watch over or supervise performance. While the specificity requirement is linked to the claimant's ability to follow up non-performance with contempt of court proceedings, supervision by the courts often means relitigation and the expenditure of judicial resources. This factor is discussed by R. J. Sharpe, in *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 7.480:

> From this perspective, the supervision concern differs from other criteria determining the availability of specific relief. It is based not upon the weighing of relative advantage and disadvantage to the parties but rather on the weighing of the advantage of doing justice by granting specific relief against the general cost to society of having justice administered. By way of contrast to specific relief, damage awards do hold certain advantages. A money judgment is final and enforcement is left to the administrative rather than the judicial machinery of the court. The cost of enforcement is largely borne by the parties. A decree for specific performance does involve a substantially higher risk that further judicial resources will be required. The more complex or extended the performance, the more likely further proceedings will be needed to ascertain whether the defendant has complied with his or her obligations. This fear of extended and complex litigation and the need for repeated requests for judicial intervention may be seen as a legitimate concern. The cost to society of providing the resources necessary to implement specific performance decrees is properly considered by the court when weighing the advantages the specific relief might otherwise offer.

*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62, a case in which the judge retained jurisdiction to

le plus d'intérêt sont l'exécution en nature, où le tribunal enjoint à une partie d'exécuter son obligation contractuelle, et l'injonction, où il enjoint à une partie de faire quelque chose ou de s'en abstenir.

Malgré sa souplesse et sa spécificité, au Canada, l'ordonnance de réparation obéit à des principes généraux. Son libellé doit être clair et spécifique. L'intéressé doit savoir exactement ce qu'il lui faut accomplir pour s'y conformer, car le tribunal n'exerce habituellement pas de contrôle ou de supervision sur son exécution. Alors que l'exigence de la spécificité est justifiée par la possibilité d'une requête pour outrage au tribunal en cas de non-exécution, la supervision judiciaire entraîne souvent de nouvelles instances et l'affectation de ressources judiciaires. Dans *Injunctions and Specific Performance* (2e éd. (feuilles mobiles)), par. 7.480, R. J. Sharpe se penche sur la question : 24

> [TRADUCTION] Dans cette optique, la préoccupation liée à la supervision judiciaire se distingue d'autres critères jouant dans l'accessibilité d'une mesure de réparation en particulier. Elle découle de la mise en balance non pas des avantages et des désavantages relatifs pour les parties, mais des avantages de la justice assurée par une mesure particulière et des coûts de l'administration de la justice pour la société. L'indemnisation a des avantages que n'a pas une mesure de réparation spécifique. Un jugement pécuniaire est définitif et son exécution ressortit aux services administratifs du tribunal, et non à ses services judiciaires. Les frais d'exécution sont en grande partie assumés par les parties. Une ponction sur les ressources judiciaires est beaucoup plus probable dans le cas d'une ordonnance d'exécution en nature. Plus l'exécution est complexe et se prolonge, plus il est probable que d'autres instances devront être engagées pour déterminer si le défendeur a respecté ses obligations. La longueur et la complexité des instances ainsi que la nécessité de demandes répétées aux tribunaux peuvent soulever des préoccupations légitimes. Les tribunaux prennent dûment en compte le coût pour la société des ressources nécessaires au respect d'une ordonnance d'exécution en nature lorsqu'ils soupèsent les avantages que la mesure de réparation spécifique offre par ailleurs.

L'affaire *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62, où le juge s'était réservé le droit de

supervise compliance with an order enjoining the Government of Nova Scotia to use its best efforts to provide French language facilities and programs, demonstrates the possible extent of judicial involvement where injunctive relief is ordered. This burden on the judicial system may be justified in the context of the constitutional protection afforded to linguistic minorities, but may not be warranted when the cost is not proportionate to the importance of the order. The Latin maxim *de minimis non curat praetor* conveys the long-established rule that claims will be entertained only if they are important enough to warrant the expenditure of public resources.

25 Equally important concerns can be raised by other types of orders, like anti-suit injunctions, and search or freezing orders. The question of their territorial scope is highly relevant. In *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40, and *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, the Court refused to give extraterritorial effect to provincial statutes. The frontiers of the foreign state are the very reason why its judgments need to be recognized and enforced abroad. Should the orders not be assessed to ensure that their form is compatible with domestic law? Under the traditional rule, the issue of clarity and specificity is not a concern, but if injunctive relief is to be enforced, its territorial scope has to be specific and clear. Canadian residents should not be made subject to unforeseen obligations from a foreign court or to orders in a form unknown to Canadian courts. This issue goes not to the jurisdiction of the foreign court, but either to the framing of new conditions for recognition and enforcement or to new defences.

## V. Considerations Particular to Equitable Orders

26 Under the traditional common law rule, courts have relied on the notion of comity to justify the

superviser l'exécution d'une ordonnance enjoignant au gouvernement de la Nouvelle-Écosse de faire de son mieux pour fournir des établissements et des programmes d'enseignement de langue française, montre jusqu'où peut aller l'intervention du tribunal qui accorde une injonction. Il peut être justifié que le tribunal s'engage de la sorte pour protéger les droits constitutionnels d'une minorité linguistique, mais non lorsque les coûts occasionnés sont disproportionnés à l'importance de l'ordonnance. La maxime latine *de minimis non curat praetor* (des petites choses le préteur ne se soucie pas) exprime la règle de longue date selon laquelle une demande n'est entendue que si son importance justifie l'affectation de ressources publiques.

D'autres types d'ordonnance peuvent soulever des interrogations tout aussi importantes, telles l'injonction contre les poursuites, l'ordonnance de perquisition ou l'ordonnance de blocage. La question de leur portée territoriale est fort pertinente. Dans les arrêts *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40, et *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, notre Cour a refusé de reconnaître la portée extraterritoriale de lois provinciales. C'est l'existence même de frontières qui fait qu'un jugement doit être reconnu dans un autre ressort pour y être exécuté. Ne devrait-on pas s'assurer de la compatibilité du jugement avec le droit interne? Suivant la règle classique, la question de la clarté et de la spécificité ne se pose pas, mais lorsqu'il s'agit d'exécuter une injonction, la portée territoriale ne doit faire aucun doute. Un résident canadien ne devrait pas être assujetti à une obligation imprévue par un tribunal étranger ni soumis à une ordonnance revêtant une forme inconnue des tribunaux canadiens. Ce n'est pas tant la compétence du tribunal étranger qui est en cause, mais la formulation de nouveaux critères de reconnaissance et d'exécution ou l'établissement de nouveaux moyens de défense.

## V. Considérations propres à l'ordonnance en equity

Selon la règle classique, les tribunaux se sont appuyés sur la notion de courtoisie pour justifier la

recognition and enforcement of foreign judgments. But it is worth noting that in *Morguard*, the Court took a balanced approach to comity. In that case, La Forest J. first referred to (at p. 1096):

> ... the real nature of the idea of comity, an idea based not simply on respect for the dictates of a foreign sovereign, but on the convenience, nay necessity, in a world where legal authority is divided among sovereign states of adopting a doctrine of this kind.

He adopted the more complete formulation of the concept of comity (at p. 1096) developed by the U.S. Supreme Court in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at p. 164:

> ... the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.

Comity is a balancing exercise. The relevant considerations are respect for a nation's acts, international duty, convenience and protection of a nation's citizens. Where equitable orders are concerned, courts must take care not to emphasize the factor of respect for a nation's acts to the point of imbalance. An equitable order triggers considerations of both convenience for the enforcing state and protection of its judicial system. I mention these two considerations because they will be of particular relevance in the present case.

Under the traditional rule, once the jurisdiction of the enforcing court is established, the petitioner must show that he or she meets the conditions for having the judgment recognized and enforced. In the case of an equitable order, it is at this stage that considerations specific to the particular nature of such orders should be contemplated. If the particular concerns raised by equitable orders are considered by the judge at the stage of determining whether the order is suitable for enforcement, they

reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers. Il convient toutefois de signaler que dans l'arrêt *Morguard*, notre Cour a abordé cette notion de manière nuancée. Dans un premier temps, à la p. 1096 de ses motifs, le juge La Forest se reporte à :

> ... la nature véritable de la notion de courtoisie, qui ne consiste pas seulement à respecter les volontés d'un État souverain étranger, mais à tenir compte de la commodité, même de la nécessité, d'adopter une théorie de ce genre dans un monde où le pouvoir juridique est partagé entre plusieurs États souverains.

Il reprend (à la p. 1096) la formulation plus complète de la notion de courtoisie adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), p. 164 :

> [TRADUCTION] ... la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois.

27 L'application de la notion de courtoisie est un exercice de pondération. Les éléments à considérer sont le respect des actes de l'autre État, les obligations et les convenances internationales et la protection des citoyens du ressort d'exécution. Dans le cas d'une ordonnance en equity, le tribunal ne doit pas accorder au respect des actes de l'autre État une importance excessive au point de rompre l'équilibre. Une ordonnance en equity requiert la prise en compte des intérêts de l'État où l'exécution est demandée et la protection de son système judiciaire. Je mentionne ces deux considérations, car elles sont particulièrement pertinentes en l'espèce.

28 Selon la règle classique, une fois établie la compétence du tribunal d'exécution, le demandeur doit démontrer qu'il remplit les conditions de la reconnaissance et de l'exécution du jugement. Dans le cas d'une ordonnance en equity, c'est à ce stade qu'on doit prendre en compte les considérations qui lui sont propres. Lorsque, au moment de déterminer si l'ordonnance est susceptible d'exécution, le tribunal se penche sur les considérations qui lui sont propres, il ne sera habituellement pas nécessaire de

will not ordinarily need to be raised again at the defence stage. The traditional defences relating to the merits or to procedure, which are summarized in *Beals*, should not be different for equitable orders than for common law judgments. However, there might be other considerations, such as laches, that would make it inequitable to enforce a foreign judgment. Such considerations should not generally entail revisiting the merits of the case.

29 The present case does not require the consideration of defences particular to the nature of equitable orders. Thus, I do not have to expand on Major J.'s *dictum* in *Beals* that the evolution of private international law may require the creation of new defences (para. 42). The existing defences do not need to be broadened for the purposes of the case at bar. Similarly, the finality requirement, which is indispensable, although more complex in the context of an equitable order than in that of a common law order, could be the object of further commentary. However, these topics need not be fully addressed in the present case. Revisiting the defences and defining the finality requirement in the context of equitable orders are better left for another day.

30 In contemplating considerations specific to the recognition and enforcement of equitable orders, courts can draw the relevant criteria from other foreign judicial assistance mechanisms based on comity. *Forum non conveniens* and letters rogatory are mechanisms that, like the enforcement of foreign judgments, rely on comity. For these mechanisms, as for the enforcement of equitable orders, the balancing exercise of comity requires a careful review of the relief ordered by the foreign court. This review ensures that the Canadian court does not extend judicial assistance if the Canadian justice system would be used in a manner not available in strictly domestic litigation. It could be tempting to use form over substance as the distinctive criterion. However, the distinction between form and substance can sometimes be elusive or even misleading. In

les soulever à nouveau à l'étape de la contestation. Les moyens de défense traditionnels touchant au fond ou à la procédure, qui sont résumés dans l'arrêt *Beals*, ne devraient pas varier selon qu'il s'agit d'une ordonnance en equity ou d'un jugement fondé sur la common law. Toutefois, d'autres considérations, comme le manque de diligence, pourraient faire en sorte qu'il soit inéquitable d'exécuter un jugement étranger. Ces considérations ne requièrent généralement pas l'examen de l'affaire au fond.

Le présent pourvoi ne fait pas appel à l'examen des moyens de défense liés à la nature particulière d'une ordonnance en equity. Par conséquent, point n'est besoin de commenter la remarque du juge Major dans l'arrêt *Beals*, à savoir que l'évolution du droit international privé pourrait commander la création de nouveaux moyens de défense (par. 42). Le présent dossier ne requiert pas d'élargir les moyens de défense existants. De même, l'exigence du caractère définitif — incontournable, mais plus complexe dans le cas d'une ordonnance en equity que dans celui d'un jugement fondé sur la common law — pourrait faire l'objet de remarques additionnelles. Cependant, il n'est pas nécessaire d'approfondir ces questions pour les besoins du présent pourvoi. Mieux vaut attendre une autre affaire soulevant la question des moyens de défense ou celle de l'exigence du caractère définitif dans le contexte d'une ordonnance fondée sur l'equity.

Dans l'examen des considérations propres à la reconnaissance et à l'exécution d'une ordonnance en equity, le tribunal peut s'inspirer des critères issus d'autres mécanismes de collaboration judiciaire fondés sur la courtoisie. À l'instar de l'exécution d'un jugement étranger, le *forum non conveniens* et la commission rogatoire reposent sur la notion de courtoisie. L'exercice de pondération qui s'impose à leur égard, tout comme pour l'exécution d'une ordonnance en equity, exige un examen attentif de la mesure ordonnée par le tribunal étranger. Il s'agit alors de faire en sorte que le tribunal canadien refuse son aide s'il en résulterait une utilisation du système de justice inadmissible au Canada. L'on pourrait être tenté de s'en remettre à la forme plutôt qu'au fond pour trancher la question. Or, la distinction entre la forme et le fond peut parfois être

considering the order it is asked to enforce, the domestic court should instead scrutinize the impact of the order. Relevant considerations may thus include the criteria that guide Canadian courts in crafting domestic orders, such as: Are the terms of the order clear and specific enough to ensure that the defendant will know what is expected from him or her? Is the order limited in its scope and did the originating court retain the power to issue further orders? Is the enforcement the least burdensome remedy for the Canadian justice system? Is the Canadian litigant exposed to unforeseen obligations? Are any third parties affected by the order? Will the use of judicial resources be consistent with what would be allowed for domestic litigants?

The evolution of the law of enforcement does not require me, at this point, to develop exhaustively the criteria a court should take into account. As cases come up, appropriate distinctions can be drawn. For present purposes, it is sufficient to underscore the need to incorporate the very flexibility that infuses equity. However, the conditions for recognition and enforcement can be expressed generally as follows: the judgment must have been rendered by a court of competent jurisdiction and must be final, and it must be of a nature that the principle of comity requires the domestic court to enforce. Comity does not require receiving courts to extend greater judicial assistance to foreign litigants than it does to its own litigants, and the discretion that underlies equitable orders can be exercised by Canadian courts when deciding whether or not to enforce one.

## VI. Application to the Case at Bar

### A. *Preliminary Comments*

I reviewed the facts at the beginning of these reasons and need not expand on them save to mention the peculiar circumstances in which the case proceeded in this Court. Elta's factum was due on

insaisissable, voire trompeuse. Le tribunal interne doit plutôt s'attacher aux répercussions de l'ordonnance dont l'exécution est demandée. Au nombre des considérations pertinentes pourraient donc figurer celles que prennent en compte les tribunaux canadiens pour formuler leurs propres ordonnances. Le tribunal d'exécution peut donc se poser les questions suivantes. Le libellé de l'ordonnance est-il suffisamment clair et spécifique pour que le défendeur sache ce qu'on attend de lui? La portée de l'ordonnance est-elle délimitée et le tribunal d'origine a-t-il le pouvoir de rendre d'autres ordonnances? L'exécution du jugement est-elle la solution la moins onéreuse pour le système de justice canadien? Le justiciable canadien s'expose-t-il à une obligation imprévue? Des tiers seront-ils touchés par l'ordonnance? Les ressources judiciaires seront-elles utilisées comme elles le seraient à l'égard de justiciables canadiens?

31 L'évolution du droit en matière d'exécution de jugements n'exige pas, pour le moment, qu'on développe de façon exhaustive les critères que le tribunal doit prendre en considération. Lorsqu'une affaire s'y prêtera, les distinctions qui s'imposent pourront être établies. Pour l'heure, il suffit de souligner la nécessité de tenir compte de la souplesse qui imprègne l'equity. Les conditions auxquelles peut être reconnu et exécuté un jugement étranger peuvent cependant être résumées de façon générale : il doit avoir été rendu par un tribunal compétent, être définitif et être d'une nature telle que la courtoisie commande son exécution. La notion de courtoisie n'exige pas que le tribunal saisi accorde une aide plus grande à un justiciable étranger qu'à un justiciable national. Il est loisible au tribunal canadien d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui sous-tend l'ordonnance en equity pour décider de l'exécuter ou non.

## VI. Application à la présente espèce

### A. *Remarques préliminaires*

32 Les faits sont relatés au début des présents motifs et il n'est pas nécessaire que j'y revienne, si ce n'est pour faire état des circonstances particulières de l'instance devant notre Cour. Elta devait

September 7, 2005. On October 17, 2005, Elta's attorney filed a notice of withdrawal and on October 26, Mr. Frank Lin, who signed the 1998 declaration for Elta, informed the Registrar that the company's "financial circumstances" did not permit it to incur further legal fees. He confirmed the information by fax on a sheet of paper bearing no letterhead. The hearing proceeded *ex parte*, a circumstance that could not have been foreseen when leave was granted.

33 Since equity is about ethics and the prevention of unconscionable conduct, it may be tempting to spring into action to remedy conduct by Elta that looks like blatant defiance of the law and the judicial system. However, care must be taken to ensure that the law and the justice system are not harmed by engaging them too quickly in a manner that accommodates only one aspect of comity. Three issues are relevant to determining whether the orders rendered in this case meet the conditions for recognition and enforcement. The first, raised by Elta, relates to the quasi-criminal nature of a contempt order, the second to the burden on the judicial system and the third to the extraterritorial nature of the orders. In addition, I feel bound to say a few words concerning the public policy defence. While it might have been possible to resolve some of the issues had Elta appeared before the Court, its absence, and the reasons given for its absence, reinforce my conclusion that the circumstances do not lend themselves well to the recognition and enforcement of the orders.

### B. *Quasi-Criminal Nature of the Contempt Order*

34 It is well established that Canadian courts will not enforce a penal order, either directly or indirectly (Castel and Walker, at para. 8.3). This point is pertinent only to the recognition and enforcement of the contempt order. The Superior Court judge reasoned that the contempt order was restitutionary in nature and engaged a dispute between private parties (para. 17). This narrow view of contempt of court conflicts with Matia J.'s finding that, "[b]ased

produire son mémoire le 7 septembre 2005. Or, le 17 octobre 2005, son avocat a déposé un avis de désistement puis, le 26 octobre, M. Frank Lin, le signataire de la déclaration sous serment établie au nom d'Elta en 1998, a informé la Registraire que la « situation financière » de la société ne lui permettait pas d'engager d'autres frais de justice, ce qu'il a confirmé par télécopieur sur du papier sans en-tête. L'audience s'est déroulée *ex parte*, ce que la Cour n'avait manifestement pas envisagé lorsqu'elle avait autorisé le pourvoi.

Étant donné que l'éthique et la prévention du comportement abusif sous-tendent l'equity, on pourrait être tenté d'intervenir pour sanctionner ce qui paraît être, de la part d'Elta, un mépris flagrant du droit et du système judiciaire. Toutefois, il faut se garder de porter atteinte à ceux-ci en les mettant trop hâtivement à contribution d'une manière qui ne tient compte que d'un seul volet du principe de la courtoisie. Trois éléments importent pour déterminer si le jugement et l'ordonnance en cause peuvent être reconnus et exécutés. Le premier, soulevé par Elta, est la nature quasi pénale de l'ordonnance pour outrage au tribunal, le deuxième, les ressources judiciaires requises et le troisième, la portée extraterritoriale du jugement et de l'ordonnance. De plus, j'estime qu'il me faut aborder la question du moyen de défense fondé sur l'ordre public. Même s'il aurait été possible de régler certaines questions en litige si Elta s'était présentée devant nous, son absence et les motifs invoqués pour la justifier me confortent dans la conclusion que les circonstances de l'espèce ne sont pas propices à la reconnaissance et à l'exécution du jugement et de l'ordonnance.

### B. *Nature quasi pénale de l'ordonnance pour outrage au tribunal*

Il est bien établi que les tribunaux canadiens refuseront d'exécuter, directement ou non, une ordonnance pénale (Castel et Walker, par. 8.3), ce qui n'est pertinent que pour la reconnaissance et l'exécution de l'ordonnance pour outrage au tribunal. La juge de la Cour supérieure de justice a conclu que celle-ci était de nature réparatoire et avait été rendue dans le cadre d'un litige opposant des parties privées (par. 17). Cette conception étroite de l'outrage au tribunal

upon these violations, Elta Golf is in contempt of this Court" (A.R., at p. 102), and with this Court's finding in *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065:

> The penalty for contempt of court, even when it is used to enforce a purely private order, still involves an element of "public law", in a sense, because respect for the role and authority of the courts, one of the foundations of the rule of law, is always at issue. [p. 1075]

In *Vidéotron*, the Court opted for a unified approach to the nature of the contempt of court order, thus setting aside the distinction between the civil and criminal aspects that prevails in the United States: *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418 (1911), at p. 441.

In Canadian law, a contempt order is first and foremost a declaration that a party has acted in defiance of a court order. Consequently, a motion for contempt of court cannot be reduced to a way to put pressure on a defaulting debtor or a means for an aggrieved party to seek indemnification. The gravity of a contempt order is underscored by the criminal law protections afforded to the person against whom such an order is sought. Not only is that person not compellable (*Vidéotron*, at p. 1078) but he or she is not competent to act as a witness for the prosecution: *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 4; *P.-A.P. v. A.F.*, [1996] R.D.J. 419 (C.A.). The significance of a contempt order is also evident from the sanction faced by the offender. In Canada, an individual in contempt of court can be committed to jail (see Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 60.11) or may face the imposition of any other sanction available for a criminal offence, such as a fine or community service: *Westfair Foods Ltd. v. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238 (C.A.). Thus, both the process used to issue a declaration of contempt and the sanction bear the imprint of criminal law.

The "public law" element of a declaration of contempt and the opprobrium attached to it eclipse

contredit la conclusion du juge Matia selon laquelle, [TRADUCTION] « [vu] ces manquements, Elta Golf est coupable d'outrage à ce tribunal » (d.a., p. 102). Elle contredit également la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065 :

> La sanction de l'outrage au tribunal, même lorsqu'elle sert à assurer l'exécution d'une ordonnance purement privée, comporte toujours un élément de « droit public », en quelque sorte, car elle met toujours en jeu le respect du rôle et de l'autorité des tribunaux, un des fondements de l'État de droit. [p. 1075]

Dans cet arrêt, la Cour a opté pour une approche uniforme de la nature de l'ordonnance pour outrage au tribunal, écartant ainsi la distinction entre le civil et le pénal qui subsiste aux États-Unis : voir *Gompers c. Bucks Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418 (1911), p. 441.

35 En droit canadien, une ordonnance pour outrage au tribunal est avant tout une déclaration qu'une partie a transgressé une ordonnance judiciaire. Par conséquent, une requête pour outrage au tribunal ne peut être réduite à un moyen de faire pression sur un débiteur défaillant ou d'être indemnisé d'un préjudice. Les mesures de protection que prévoit le droit pénal au bénéfice de la personne visée par une telle requête attestent la gravité d'une condamnation pour outrage au tribunal. Non seulement cette personne n'est pas contraignable (*Vidéotron*, p. 1078), mais elle n'est pas habile à témoigner pour la poursuite : *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 4; *P.-A.P. c. A.F.*, [1996] R.D.J. 419 (C.A.). L'importance d'une telle ordonnance ressort également de la peine dont est passible le contrevenant. Au Canada, l'outrage au tribunal est sanctionné par l'emprisonnement (voir les *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 60.11) ou toute autre peine pouvant être infligée relativement à une infraction criminelle, comme l'amende ou le service à la collectivité : *Westfair Foods Ltd. c. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238 (C.A.). Tant la procédure menant à la déclaration que la sanction portent donc l'empreinte du droit pénal.

36 L'élément « droit public » de la déclaration d'outrage au tribunal et l'opprobre qui découle de

the impact of a simple restitutionary award. As a matter of principle, the quasi-criminal nature of the contempt order precludes the enforcement of such orders in Canada.

37 The Superior Court judge did not acknowledge the differences between the Canadian and American views on contempt. She ignored the declaration of contempt, expunged the duplicative parts from the contempt order and declared only the new injunctive relief to be recognizable and enforceable. I am not satisfied that it was appropriate to reconfigure the order in this way.

38 The reconfiguration led the court to attribute to the contempt order a nature different from the usual nature of such orders in Canada. To sidestep the difficulty by severing the order hardly addresses the argument based on the quasi-criminal nature of the order and is a course to be avoided. Severance requires the receiving court to consider the merits of the order and risks affecting its substance. Even if severance does not distort the purpose of the order, it tests the limits of the enforcing court's familiarity with the foreign law, a topic discussed below.

39 Because of their criminal component, contempt orders should not be enforceable in Canada. I note, on this issue, that according to K. MacDonald, in "A New Approach to Enforcement of Foreign Non-Monetary Judgments" (2006), 31 *Adv. Q.* 44, at p. 56, citing the *Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States* (1987), Part IV, ch. 8, § 481, the U.S. courts, while allowing the recognition of judgments granting injunctions, will not generally enforce such orders. According to this view, neither the consent decree nor the reconfigured contempt order would be enforced in the U.S.

### C. *Integrity of the Justice System*

40 In choosing a remedy, a court of equity must consider whether the remedy is appropriate. Such is

celle-ci éclipsent les conséquences d'une simple ordonnance de réparation. La nature quasi pénale de l'ordonnance pour outrage au tribunal empêche en principe son exécution au Canada.

La juge de la Cour supérieure de justice n'a pas reconnu la difficulté de concilier la conception canadienne de l'outrage au tribunal avec l'approche américaine. Elle a fait abstraction de la déclaration d'outrage, a retranché les passages faisant double emploi et n'a déclaré susceptible de reconnaissance et d'exécution que l'injonction nouvelle en résultant. Je ne crois pas qu'il convenait de reconfigurer ainsi l'ordonnance.

La reconfiguration a amené le tribunal à attribuer à l'ordonnance pour outrage au tribunal une nature différente de celle qu'on lui confère habituellement au Canada. Contourner la difficulté en recourant à la dissociation ne règle pas la question de la nature quasi pénale de l'ordonnance et doit évidemment être évité. La dissociation exige du tribunal saisi qu'il se penche sur le bien-fondé de l'ordonnance, au risque d'intervenir sur le fond. Même si la dissociation ne modifie pas l'objet de l'ordonnance, elle met à l'épreuve les limites de la connaissance du droit étranger par le tribunal d'exécution, ce sur quoi je reviendrai.

Vu sa composante pénale, l'ordonnance pour outrage au tribunal ne devrait pas être susceptible d'exécution au Canada. À cet égard, je note que dans son article intitulé « A New Approach to Enforcement of Foreign Non-Monetary Judgments » (2006), 31 *Adv. Q.* 44, p. 56, citant *Restatement of the Law (Third) : The Foreign Relations Law of the United States* (1987), partie IV, ch. 8, § 481, K. MacDonald estime que même s'ils reconnaissent les injonctions, les tribunaux américains ne les exécutent généralement pas. Suivant son analyse, ni le jugement sur consentement ni l'ordonnance pour outrage au tribunal reconfigurée ne seraient susceptibles d'exécution aux États-Unis.

### C. *L'intégrité du système de justice*

Avant d'accorder une mesure de réparation, y compris une injonction, le tribunal statuant en

the case when deciding whether to issue an injunction. Judicial economy is one of the many considerations the court must evaluate. In private international law, this concern is addressed in the principle of comity. As mentioned above, comity concerns not only respect for a foreign nation's acts, international duty and convenience, but also the protection of a nation's citizens and domestic values.

equity doit se demander si elle est appropriée. L'économie des ressources judiciaires est l'un des nombreux éléments dont il doit tenir compte. En droit international privé, cette considération est prise en compte dans l'application de la notion de courtoisie. Je rappelle que la courtoisie se soucie non seulement du respect des actes de l'autre État ainsi que des obligations et des convenances internationales, mais également de la protection des citoyens et des valeurs du ressort d'exécution.

In *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, the Court recognized that prejudice to a party is relevant to the choice of forum. Similarly, if a plaintiff has a choice between courses of action and one of these is less burdensome for the receiving court, he or she can rightly be asked to take the less burdensome one.

41 Dans l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, notre Cour a reconnu que le préjudice infligé à une partie importe dans le choix du tribunal. De même, lorsque plusieurs recours s'offrent à une partie et que l'un d'eux est moins onéreux pour le tribunal saisi, on peut légitimement exiger que la partie opte pour ce dernier.

On the issue of the use of judicial resources, the Court of Appeal stated that the denial of recognition and enforcement did not leave Pro Swing without a remedy. It in fact mentioned two other possible courses of action for Pro Swing to take: a separate action and letters rogatory. The first would be burdensome for Pro Swing and would not give full faith and credit to the Ohio judgment. However, letters rogatory should have been considered.

42 En ce qui concerne l'utilisation des ressources judiciaires, la Cour d'appel a dit que le refus de reconnaître et d'exécuter l'ordonnance ne laissait pas Pro Swing sans recours. De fait, elle a mentionné deux autres avenues possibles : l'action distincte et la commission rogatoire. La première solution serait onéreuse pour Pro Swing et ne reconnaîtrait pas pleinement la valeur de l'ordonnance de la cour de l'Ohio. La commission rogatoire, par contre, aurait dû être envisagée.

Letters rogatory are used to obtain evidence in the form of testimony, statements or documents for use in proceedings before foreign courts: *Canada Evidence Act*, s. 46, and Ontario *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 60. This form of judicial assistance, like the recognition and enforcement of foreign orders and *forum non conveniens*, rests on the principle of comity: *District Court of the United States, Middle District of Florida v. Royal American Shows, Inc.*, [1982] 1 S.C.R. 414.

43 La commission rogatoire sert à recueillir des éléments de preuve — témoignages, déclarations ou documents — qui seront utilisés dans le cadre d'une instance devant un tribunal étranger : *Loi sur la preuve au Canada*, art. 46, et *Loi sur la preuve* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 60. Tout comme la reconnaissance et l'exécution d'une ordonnance étrangère et l'exception du *forum non conveniens*, cette forme de collaboration judiciaire repose sur le principe de la courtoisie entre les États : *District Court of the United States, Middle District of Florida c. Royal American Shows, Inc.*, [1982] 1 R.C.S. 414.

Letters rogatory are allowed by virtue of s. 46 of the *Canada Evidence Act* and applicable provincial legislation. One of the requirements is that a

44 La commission rogatoire est prévue à l'art. 46 de la *Loi sur la preuve au Canada* et aux dispositions applicables des lois provinciales. L'une des

proceeding be pending before the Ohio court: *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Re International Association of Machinists & Aerospace Workers and Qantas Airways Ltd.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 38 (Ont. H.C.J.). In this case, the proceeding may be considered to be pending before the Ohio court because the very reason the order is rendered is to enable Pro Swing to return before Matia J. to determine the damage award.

45 Subject to their being duly obtained, letters rogatory may be viewed as a useful means to obtain the evidence required by Matia J. to finalize the damage award in the contempt proceeding in Ohio. This course of action would have the benefit of avoiding duplication of the enforcement proceedings in Ontario with those in Ohio. Moreover, letters rogatory are truly incidental to the proceedings, which is how the Superior Court judge characterized the parts of the contempt order she agreed to recognize and enforce.

46 In addition to considering alternate means to reach a particular outcome, a court may consider whether the matter merits the involvement of the Canadian court. The receiving court's willingness to extend its judicial resources may depend on the importance of the case compared to the damage the plaintiff would suffer if his or her request were refused. In the present case, given the facts that the consent agreement was concluded on the basis of only three golf clubs or golf club heads, that only two golf club heads were purchased in the investigation and that Elta chose not to appear owing to "financial circumstances", there is a concern that the judicial machinery could be deployed only to find that Pro Swing's debtor is insolvent.

47 True, it would encourage deceit, fraud and similar misconduct if courts were systematically to require litigants to demonstrate the damage they would suffer should enforcement be denied. Nevertheless, when the circumstances give rise

exigences est que l'affaire soit pendante devant la cour de l'Ohio : *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Re International Association of Machinists & Aerospace Workers and Qantas Airways Ltd.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 38 (H.C.J. Ont.). On peut considérer que l'affaire est pendante devant la cour de l'Ohio parce que le juge Matia a justement rendu l'ordonnance afin que Pro Swing se présente à nouveau devant lui pour faire déterminer le montant des dommages.

Pour autant qu'elle soit régulièrement obtenue, la commission rogatoire peut être considérée comme un bon moyen de recueillir les éléments de preuve dont a besoin le juge Matia pour déterminer le montant des dommages-intérêts et mettre fin à l'instance pour outrage au tribunal engagée en Ohio. Cette avenue permettrait d'éviter que la procédure d'exécution en Ontario fasse double emploi avec celle engagée en Ohio. En outre, la commission rogatoire est véritablement incidente à l'instance, une caractéristique dont s'est servie la juge de la Cour supérieure de justice pour qualifier les parties de l'ordonnance pour outrage au tribunal qu'elle a accepté de reconnaître et d'exécuter.

Non seulement le tribunal peut-il envisager un autre moyen d'atteindre le résultat voulu, mais il peut se demander si l'affaire justifie l'intervention d'un tribunal canadien. La décision du tribunal saisi de donner ou non accès à ses ressources judiciaires peut dépendre de l'importance de l'affaire au regard du préjudice que subirait le demandeur en cas de refus. Étant donné que la transaction intervenue entre les parties ne vise que trois bâtons de golf ou têtes de bâton de golf, que seulement deux têtes de bâton de golf ont été achetées par l'enquêteur et qu'Elta a choisi, en raison de sa « situation financière », de ne pas se présenter à l'audience, on peut craindre que l'appareil judiciaire ne soit mis à contribution que pour constater l'insolvabilité de Pro Swing.

Il est vrai que les tribunaux encourageraient le recours à la tromperie, à la fraude et à d'autres comportements répréhensibles s'ils exigeaient systématiquement du justiciable qu'il fasse la preuve du préjudice qu'il subirait si l'exécution du jugement

to legitimate concerns about the use of judicial resources, the litigant bears the burden of reassuring the court that the matter is worth going forward with.

The appropriateness of using local judicial resources is a factor included in the convenience aspect of the principle of comity. It does not allow judges to determine whether the order is correct, but provides minimal protection for our justice system.

D. *Familiarity With the Foreign Law*

I alluded earlier to the problem of interpreting a foreign order in light of Canadian law, which might be different from the foreign law. When faced with the need to interpret the law, the receiving court must ensure that no conflict results from the nature attributed to the order after the enforcement judgment is rendered.

In the case of a contempt order, because of the different approaches in the U.S. and in Canada, the conflict is real. In the U.S., according to *Gompers*, a civil contempt order is remedial only and is issued for the benefit of the complainant. However, if the same contempt order is recognized and enforced in Canadian law, it becomes a Canadian contempt order that has a quasi-criminal nature and exposes the offender to imprisonment.

Differences in laws might trigger different obligations. It is important that the receiving court does not have to venture into uncertain territory to interpret orders whose terms are based on rules with which the court is not familiar. Also, courts should not expose litigants to consequences to which they would not be exposed under the foreign law. Aware of their limitations, receiving courts should use their discretion to refrain from enforcing orders that subject Canadian litigants to unforeseen obligations.

était refusée. Néanmoins, lorsque les circonstances soulèvent des interrogations légitimes concernant l'affectation des ressources judiciaires, il incombe au justiciable de convaincre le tribunal qu'il vaut la peine d'accéder à sa demande.

48 L'opportunité d'affecter des ressources judiciaires est un élément inhérent au volet du principe de la courtoisie touchant aux intérêts du pays où l'exécution est demandée. Cette considération ne permet pas au tribunal de se prononcer sur le bien-fondé de l'ordonnance, mais elle assure un minimum de protection à notre système judiciaire.

D. *Connaissance du droit étranger*

49 J'ai déjà fait allusion à la difficulté d'interpréter un jugement étranger selon le droit canadien, qui peut différer du droit étranger. Lorsqu'il lui faut interpréter le droit, le tribunal saisi doit veiller à ce qu'une fois l'exécution ordonnée, la qualification du jugement ne donne lieu à aucun conflit.

50 Dans le cas d'une ordonnance pour outrage au tribunal, il y aura bel et bien conflit, car son interprétation diffère en droits américain et canadien. Aux États-Unis, suivant l'arrêt *Gompers*, une ordonnance pour outrage au tribunal au civil n'est qu'une mesure de réparation accordée au bénéfice du demandeur. Or, si elle est reconnue et exécutée au Canada, elle devient une ordonnance canadienne pour outrage au tribunal revêtant un caractère quasi pénal et rendant le contrevenant passible d'emprisonnement.

51 Des différences sur le plan du droit peuvent emporter des obligations différentes. Il importe que le tribunal saisi ne s'aventure pas en territoire inconnu pour interpréter une ordonnance fondée sur des règles avec lesquelles il n'est pas familiarisé. Il ne doit pas non plus exposer un justiciable à des conséquences qui ne pouvaient découler du droit étranger. Conscient de ses limites, le tribunal saisi doit, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, s'abstenir d'exécuter un jugement qui expose le justiciable canadien à des obligations imprévues.

E. *Extraterritoriality*

52 The Superior Court was of the view that the wording of the consent decree made it clear that extraterritoriality was intended by the parties. However, the judge did not comment on the contempt order. The Court of Appeal found both orders unclear as to the scope of their extraterritorial application. The issue is important both because the transactions were made over the Internet and because the trademark was protected only in the U.S.

53 Extraterritoriality is a long-recognized concern not only because a law normally applies solely in the jurisdiction where it is enacted, but also because courts lack familiarity with foreign justice systems. Courts will tend to find solutions to limit spheres of conflict. In *Hunt*, a Quebec statute was found not to prevent the enforcement of a B.C. order. In *Unifund*, an Ontario statute was held not to apply to a B.C. corporation. In *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2, the Court was of the view that a *Mareva* injunction should have been refused because the assets in question were not at risk when moved to Quebec.

54 This Court commented on the particular nature of an Internet transaction in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45. It stated that "a telecommunication from a foreign state to Canada, or a telecommunication from Canada to a foreign state, 'is both here and there'" (para. 59).

55 Truly, when Mr. Frank Lin signed the declaration stating that he had three golf clubs or golf club heads in inventory and agreed to surrender them to Pro Swing's counsel, he must have understood that an eventual incorporation of the settlement

E. *Extraterritorialité*

La Cour supérieure de justice a jugé qu'il ressortait du jugement sur consentement que les parties avaient voulu lui conférer une portée extraterritoriale, mais elle ne s'est pas prononcée sur la portée de l'ordonnance pour outrage au tribunal. La Cour d'appel a estimé pour sa part que l'application extraterritoriale n'était manifeste ni dans le cas du jugement sur consentement ni dans celui de l'ordonnance pour outrage au tribunal. La question est importante, car les opérations ont été effectuées sur Internet et la marque de commerce était protégée aux États-Unis seulement.

L'extraterritorialité est depuis longtemps un sujet de préoccupation. Non seulement une loi ne s'applique-t-elle habituellement que dans le ressort de son adoption, mais les tribunaux ne sont pas familiarisés avec les systèmes de justice étrangers. Les tribunaux privilégieront donc la solution qui limite le risque de conflit. Dans l'arrêt *Hunt*, notre Cour a conclu que la loi québécoise en cause n'empêchait pas l'exécution d'une ordonnance de la Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *Unifund*, elle a jugé que la loi ontarienne en cause ne s'appliquait pas à une société de la Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2, elle a statué que l'injonction *Mareva* aurait dû être refusée vu l'absence d'un risque de perte si les biens en question étaient transférés au Québec.

Dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45, notre Cour s'est prononcée sur la nature particulière d'une opération sur Internet, affirmant qu'« une télécommunication effectuée à partir d'un pays étranger vers le Canada ou à partir du Canada vers un pays étranger "se situe à la fois ici et à l'autre endroit" » (par. 59).

En vérité, lorsque M. Frank Lin a signé la déclaration dans laquelle il disait avoir en stock trois bâtons de golf ou têtes de bâton de golf et acceptait de les remettre à l'avocat de Pro Swing, il a dû comprendre que si la transaction était entérinée par

agreement into a consent decree could bind him to deliver goods located in Ontario.

However, the same extraterritorial application cannot be said of the orders contained in the consent decree and the contempt order that enjoined him from purchasing and selling the material. Since the trademark protection is the one recognized in the U.S. and the Internet transaction took place in both Ohio and Ontario, the transaction can be said to have occurred in Ohio. The Internet component does not transform the U.S. trademark protection into a worldwide one. Whether Elta could, by consent, have agreed to such an extension is a matter of interpretation. The Superior Court found the terms clear, but the Court of Appeal found them doubtful. In my view, in the absence of explicit terms making the settlement agreement a worldwide undertaking, the consent decree cannot be said to clearly apply worldwide.

In addition to prohibiting the purchase and sale of designated material, the contempt order enjoins Elta "to make an accounting to Pro Swing of all golf club and/or golf club components it has sold which bear the TRIDENT or RIDENT marks, or any other confusingly similar designation, since the entry of the Consent Decree . . . [and to] include a sworn statement of account of all gross and net income derived from sales of TRIDENT and RIDENT golf clubs or golf club components . . .". It imposes an obligation to account for all sales, even sales that may fall outside the scope of Pro Swing's trademark protection. To interpret the contempt order as applying outside the U.S. would offend the principle of territoriality.

Extraterritoriality and comity cannot serve as a substitute for a lack of worldwide trademark protection. The Internet poses new challenges to trademark holders, but equitable jurisdiction cannot solve all their problems. In the future, when considering cases that are likely to result in proceedings in a foreign jurisdiction, judges will no doubt be alerted to the need to be clear as regards

le tribunal, il pourrait être tenu de remettre les articles se trouvant en Ontario.

56 Toutefois, les éléments du jugement sur consentement et de l'ordonnance pour outrage au tribunal lui interdisant d'acheter et de vendre les articles en question ne sauraient avoir la même portée extraterritoriale. La marque de commerce protégée étant celle reconnue aux États-Unis et l'opération sur Internet ayant été effectuée en Ohio et en Ontario, on peut dire de l'opération qu'elle a eu lieu en Ohio. L'utilisation d'Internet ne confère pas à la marque de commerce protégée aux États-Unis une protection à l'échelle mondiale. La question de savoir si Elta a pu consentir à un tel accroissement de la protection est matière à interprétation. La Cour supérieure de justice a jugé la transaction claire, alors que la Cour d'appel l'a jugée équivoque. Selon moi, comme l'entente ne dit pas explicitement qu'elle s'applique à l'échelle internationale, on ne peut conclure avec certitude que le jugement sur consentement s'applique partout dans le monde.

57 De plus, non seulement l'ordonnance pour outrage au tribunal interdit l'achat et la vente de certains articles, mais elle prévoit qu'Elta [TRADUCTION] « établira [à l'intention de Pro Swing] le nombre de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf qu'elle a vendus depuis l'inscription du jugement sur consentement sous la marque TRIDENT ou RIDENT [. . .] [et] y joindra une déclaration sous serment indiquant les produits brut et net tirés de la vente de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf TRIDENT et RIDENT . . . ». L'obligation vise toutes les ventes, même celles pouvant ne pas bénéficier de la protection de la marque de Pro Swing. Conclure que l'ordonnance pour outrage au tribunal s'applique à l'extérieur des États-Unis irait à l'encontre du principe de territorialité.

58 L'extraterritorialité et la courtoisie ne sauraient pallier l'absence de protection d'une marque à l'étranger. Le recours à Internet pose de nouveaux défis aux titulaires de marques de commerce, et l'equity ne peut résoudre tous les problèmes. À l'avenir, lorsqu'ils seront saisis d'une affaire susceptible d'avoir des ramifications à l'étranger, les tribunaux seront sans doute sensibilisés à la

territoriality. Until now, this was not an issue because judgments enforcing trademark rights through injunctive relief were, by nature, not exportable.

F. *Public Policy Defence*

59 Elta did not raise a public policy defence. However, public policy and respect for the rule of law go hand in hand. Courts are the guardians of Canadian constitutional values. They are sometimes bound to raise, *proprio motu*, issues relating to public policy. An obvious example of values a court could raise *proprio motu* can be found in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7. In that case, the Court took Canada's international commitments and constitutional values into consideration in deciding to confirm a direction to the Minister to make a surrender subject to assurances that the death penalty would not be imposed. Public policy and constitutional requirements may also be at stake when the rights of unrepresented third parties are potentially affected by an order. In the case at bar, over and above the concerns articulated by the Court of Appeal and the defences raised by Elta, there are, in my view, concerns with respect to parts of the contempt order inasmuch as it requires the disclosure of personal information that may *prima facie* be protected from disclosure.

60 The quasi-constitutional nature of the protection of personal information has been recognized by the Court on numerous occasions: *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 1 S.C.R. 441, 2006 SCC 13, at para. 28; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, at para. 24; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paras. 65-66. In *Burns*, the Court required assurances that our constitutional protections would be extended to individuals found on Canadian soil; in the same way, courts should be mindful of the values that merit constitutional or quasi-constitutional protection. In light of the

nécessité de statuer clairement sur la territorialité. Le problème ne s'était pas encore posé car, en raison de sa nature, l'injonction visant l'exécution d'un droit conféré par une marque de commerce n'était pas exportable.

F. *Moyen de défense fondé sur l'ordre public*

Elta n'a pas invoqué de moyen de défense fondé sur l'ordre public. Cependant, ordre public et respect de la règle de droit vont de pair. Les tribunaux sont les gardiens des valeurs constitutionnelles canadiennes. Ils sont parfois tenus de soulever de leur propre chef des questions touchant à l'ordre public. Dans l'affaire *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7 — un bon exemple des valeurs qu'un tribunal peut soulever d'office —, notre Cour a pris en compte les engagements internationaux et les valeurs constitutionnelles du Canada pour confirmer l'ordonnance intimant au ministre de ne procéder à l'extradition que si l'assurance lui était donnée que la peine de mort ne serait pas infligée. Ordre public et exigences constitutionnelles peuvent aussi entrer en jeu lorsque l'ordonnance risque de porter atteinte aux droits d'un tiers non représenté. En l'espèce, au-delà des préoccupations de la Cour d'appel et des moyens de défense invoqués par Elta, je suis d'avis que certaines parties de l'ordonnance pour outrage au tribunal soulèvent des interrogations du fait qu'elles exigent une communication de renseignements personnels susceptible à première vue d'être interdite.

La Cour a reconnu à maintes reprises le caractère quasi constitutionnel de la protection des renseignements personnels : *Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*, [2006] 1 R.C.S. 441, 2006 CSC 13, par. 28; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, par. 24; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 65-66. Dans l'arrêt *Burns*, elle a exigé l'assurance que les personnes trouvées en sol canadien bénéficieraient de nos garanties constitutionnelles; de la même manière, les tribunaux doivent tenir compte des valeurs justifiant une protection constitutionnelle ou quasi constitutionnelle. Vu le

quasi-constitutional status attributed to privacy, the order enjoining Elta to provide all credit card receipts, accounts receivable, contracts, etc. could be problematic. The range of documents is wide and most of them contain personal information that might be protected.

Because no submissions were made on this point, we do not know if there is any information or evidence relevant to applicable exceptions. The documents contain personal information that may *prima facie* be protected for the benefit not of the person from whom disclosure is sought, but of the persons to whom the information belongs. This is but an example of public policy considerations that judges must consider before agreeing to recognize and enforce a judgment on a foreign country's behalf.

G. *Summary*

In summary, the orders are problematic from many points of view. The contempt order is quasi-criminal in nature and the intended territorial scope of the injunctive relief in the consent order is uncertain. Moreover, it is unclear that recognition and enforcement of the judgment is the appropriate tool amongst the various judicial assistance mechanisms or that the matter is an appropriate one for lending judicial assistance in the form requested. Additional concerns relating to the potential violation of privacy rights should also be addressed.

The list of problems is long, too long to use the courts' equitable jurisdiction to accommodate Pro Swing. In *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), Blair J.A. stated that the courts had the choice of throwing up their hands in despair or protecting the public against impugned conduct. In the case at bar, the choice is not as clear, as this is an instance where a court's refusal to enforce the orders cannot be equated with an abdication of its duties. To refuse to enforce the orders is an appropriate exercise of equitable

caractère quasi constitutionnel de la protection des renseignements personnels, l'ordonnance enjoignant à Elta de communiquer les encaissements sur carte de crédit, les comptes débiteurs, les contrats, etc. pourrait être problématique. Les documents sont variés et la plupart d'entre eux renferment des renseignements personnels susceptibles d'être protégés.

61 Aucune observation n'ayant été formulée à ce sujet, nous ignorons si un renseignement ou un élément de preuve se rapporte aux exceptions applicables. Les documents renferment des renseignements personnels qui, à première vue, sont susceptibles d'être protégés au bénéfice non pas de la personne appelée à les communiquer, mais des personnes à qui ils appartiennent. Ce n'est qu'un exemple de considération liée à l'ordre public dont le tribunal doit tenir compte avant de reconnaître et d'exécuter un jugement étranger.

G. *Résumé*

62 En résumé, le jugement et l'ordonnance sont problématiques sous de nombreux rapports. L'ordonnance pour outrage au tribunal a un caractère quasi pénal et la portée territoriale de l'injonction contenue dans le jugement sur consentement est incertaine. En outre, il n'est pas évident que parmi les mécanismes variés de collaboration judiciaire, la reconnaissance et l'exécution du jugement soit celui qui convient, ni que l'affaire se prête à la forme de collaboration judiciaire sollicitée par Pro Swing. Par ailleurs, des questions se posent en ce qui concerne la violation éventuelle du droit à la vie privée.

63 La liste des obstacles est longue, trop longue pour qu'un tribunal exerce sa compétence en equity au bénéfice de Pro Swing. Dans l'arrêt *Barrick Gold Corp. c. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), le juge Blair a indiqué que les tribunaux avaient le choix de baisser les bras ou de protéger le public contre le comportement reproché. En l'espèce, le choix n'est pas si simple; le refus du tribunal d'exécuter l'ordonnance n'équivaut pas à l'inexécution de ses obligations. Ce refus constitue un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire que

discretion and amounts to allowing the Ohio court to continue the proceedings with the judicial assistance of the Ontario courts, but to a lesser extent than has been requested.

VII. Conclusion

64 Private international law is developing in response to modern realities. The real and substantial connection test and the enforcement of equitable relief granted in foreign countries are but two examples of its evolution. The Internet puts additional pressure on the courts to reach out to the same extent as the Web. At the same time, courts must be cautious to preserve their nation's values and protect its people. The time is ripe to change the common law rule against the enforcement of foreign non-monetary judgments, but, owing to problems with the orders the appellant seeks to have enforced, the Court cannot accede to its request.

65 For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache and Charron JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

1. Introduction

66 This case requires the Court to consider whether the common law should be extended to permit the enforcement of foreign non-money judgments and, if so, in what circumstances. I would hold that these judgments are enforceable in appropriate circumstances. On application to these facts, I would conclude that the motions judge did not err in enforcing parts of the order of an Ohio court.

2. Facts

67 The appellant, Pro Swing Inc., is the owner of the Trident trademark for a type of golf club. Its trademark is registered in the United States, where

confère l'equity. Il permet la poursuite de l'instance devant la cour de l'Ohio avec la collaboration des tribunaux ontariens, mais dans une moins grande mesure que celle sollicitée.

VII. Conclusion

Le droit international privé évolue en fonction des réalités modernes. Le critère du lien réel et substantiel et l'exécution d'ordonnances en equity rendues à l'étranger ne sont que deux exemples de cette évolution. L'Internet incite en outre les tribunaux à conférer à leurs interventions une portée comparable à la sienne. Mais, en même temps, les tribunaux doivent assurer la protection des valeurs et des citoyens de leur pays. Certes, le moment est propice pour modifier la règle de common law interdisant l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger, mais le jugement et l'ordonnance dont l'appelante sollicite l'exécution présentent des difficultés qui empêchent la Cour d'accéder à sa demande.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Charron rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente) —

1. Introduction

Y a-t-il lieu d'assouplir la common law pour permettre l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger et, dans l'affirmative, à quelles conditions? Je suis d'avis qu'un tel jugement peut être exécuté à certaines conditions et, au vu des faits de l'espèce, que la juge des requêtes n'a pas eu tort d'ordonner l'exécution de certains éléments de l'ordonnance d'une cour de l'Ohio.

2. Les faits

L'appelante, Pro Swing Inc., est propriétaire de la marque de commerce Trident employée en liaison avec un type de bâton de golf. La marque

it carries on business. The respondent, Elta Golf Inc., carries on business in Toronto, Ontario. In the course of that business, it offered for sale on its Website goods bearing marks which resembled Trident.

In April 1998, Pro Swing filed a complaint against Elta Golf for trademark infringement and dilution, use of a counterfeit mark, unfair competition, and deceptive trade practices. The complaint was filed in the United States District Court for the Northern District of Ohio Eastern Division.

In July 1998, the parties entered into a settlement agreement. It was endorsed by a consent decree of the court, signed by both parties. The consent decree acknowledged that Pro Swing was the owner of the Trident trademark and enjoined Elta Golf from purchasing, marketing, selling or using golf clubs or golf club components bearing that mark or confusingly similar variations. The order stated that the court would retain jurisdiction over the parties for purposes of enforcement and the parties agreed not to contest the jurisdiction of the U.S. courts in any action to enforce the settlement.

In December 2002, Pro Swing learned that Elta Golf was violating the consent decree and launched a civil contempt proceeding to enforce it and to obtain compensation for damages sustained. Elta Golf was served but did not respond. On February 25, 2003, the Ohio court found Elta Golf in contempt of court and confirmed the injunction. It also awarded compensatory damages to Pro Swing based on Elta Golf's profits and ordered Elta Golf to provide an accounting to the plaintiff for purposes of calculating these damages. Again, the court ordered Elta Golf to deliver up offending material, provide names and addresses of suppliers and purchasers to the plaintiff, and recall all counterfeit and infringing golf clubs or golf club components. Again, the U.S. court stated it retained jurisdiction to enforce the consent decree and contempt order. Finally, it

est déposée aux États-Unis, où l'appelante exploite son entreprise. L'intimée, Elta Golf Inc., est établie à Toronto, en Ontario et, dans l'exercice de ses activités, elle a offert en vente, sur son site Internet, des articles portant des marques ressemblant à Trident.

68 Au mois d'avril 1998, devant la Cour fédérale du District nord de l'Ohio, division de l'est, Pro Swing a poursuivi Elta Golf pour contrefaçon et dilution de marque de commerce, emploi d'une marque contrefaite, concurrence déloyale et pratiques commerciales trompeuses.

69 Au mois de juillet 1998, les parties ont conclu une transaction que la cour a entérinée dans un jugement sur consentement auquel elles ont toutes deux apposé leur signature. Le jugement reconnaît le droit de propriété de Pro Swing sur la marque de commerce Trident et interdit à Elta Golf d'acheter, de commercialiser, de vendre ou d'utiliser des bâtons de golf ou des composants de bâton de golf portant cette marque ou une marque semblable créant de la confusion avec elle. Il précise en outre que la cour demeure compétente pour les besoins de son exécution, et les parties conviennent de ne pas contester la compétence des tribunaux des États-Unis dans toute instance engagée pour faire respecter la transaction.

70 En décembre 2002, Pro Swing a appris qu'Elta Golf contrevenait au jugement et, afin de faire respecter celui-ci et d'être indemnisée du préjudice subi, elle a intenté une action civile pour outrage au tribunal. Même si l'action lui a été signifiée, Elta Golf n'y a pas donné suite. Le 25 février 2003, la cour de l'Ohio a condamné Elta Golf pour outrage au tribunal et confirmé l'injonction. Elle a également accordé à Pro Swing des dommages-intérêts compensatoires fondés sur les profits d'Elta Golf et ordonné à cette dernière de comptabiliser ses profits afin que la demanderesse puisse établir le montant de l'indemnité. Encore une fois, la cour a ordonné à Elta Golf de remettre les produits en cause, de communiquer à la demanderesse les noms et adresses de ses fournisseurs et de ses acheteurs et de rappeler tous les bâtons de golf ou composants de bâton de golf contrefaits et non autorisés. Elle a rappelé

awarded Pro Swing costs against Elta Golf subject to accounting.

71 Elta Golf did not comply with this order. As a result, Pro Swing was unable to provide the Ohio court with its proposed damage award or costs bill.

3. Legal History

72 In 2003, Pro Swing commenced these proceedings in Ontario, asking the court to recognize and enter the 1998 consent decree and the 2003 contempt order. In response, Elta Golf filed a defence arguing that the U.S. orders could not be recognized and enforced in Canada because they were not final judgments for a fixed sum of money. Elta Golf raised two principal issues relating to the two U.S. orders:

1. Is the consent decree of July 28, 1998 unenforceable in Ontario in that it is in the nature of injunctive relief and not for a fixed sum of money?

2. Is the order of February 25, 2003 unenforceable in Ontario as it is not in the nature of a final order and is penal in nature?

73 The motions judge, Pepall J., reviewed the jurisprudence and concluded that there was no reason in principle why non-money judgments of foreign courts should not be enforced ((2003), 68 O.R. (3d) 443). In her view, the principles enunciated in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, apply equally to monetary and non-money judgments. She noted that Elta Golf conceded that the 1998 Ohio decree met the general requirements of *Morguard*. The only issue was whether the common law requirement of a fixed sum had been abrogated by *Morguard* and subsequent decisions. She concluded that it had not, but that the principles espoused in *Morguard* permitted the

qu'elle demeurait compétente pour l'exécution du jugement sur consentement et de l'ordonnance pour outrage au tribunal. Enfin, elle a condamné Elta Golf aux dépens, leur montant devant être établi après comptabilisation des profits.

Elta Golf ne s'est pas conformée à cette ordonnance, de sorte que Pro Swing n'a pu communiquer à la cour de l'Ohio le montant auquel elle estimait avoir droit à titre de dommages-intérêts ni présenter son mémoire de frais.

3. Historique judiciaire

En 2003, Pro Swing a engagé la présente instance en Ontario pour obtenir la reconnaissance et l'inscription du jugement sur consentement de 1998 et de l'ordonnance pour outrage au tribunal de 2003. Elta Golf a fait valoir en défense que ces décisions états-uniennes ne pouvaient être reconnues et exécutées au Canada parce qu'il ne s'agissait pas de jugements définitifs portant sur une somme déterminée. Voici les deux questions principales qu'elle a soulevées :

1. Le jugement sur consentement du 28 juillet 1998 est-il inexécutoire en Ontario du fait qu'il s'agit d'une injonction et qu'il n'a pas pour objet une somme déterminée?

2. L'ordonnance du 25 février 2003 est-elle inexécutoire en Ontario du fait qu'elle n'est pas définitive et qu'elle revêt un caractère pénal?

Après examen de la jurisprudence, la juge des requêtes a conclu qu'aucune raison de principe ne s'opposait à l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger et que les préceptes énoncés dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, s'appliquaient au jugement pécuniaire comme au non pécuniaire ((2003), 68 O.R. (3d) 443). Signalant qu'Elta Golf avait reconnu que le jugement de 1998 satisfaisait aux exigences générales de l'arrêt *Morguard*, la juge Pepall a estimé que la seule question à trancher était celle de savoir si cet arrêt et les décisions subséquentes avaient supprimé l'exigence de la common law que le jugement porte sur une somme déterminée. Elle

requirement to be relaxed or removed depending on the circumstances of the case. As a result, she held that in principle the orders might be enforceable in Canada. The motions judge then examined whether the orders in question were final and conclusive. She concluded that the 1998 decree was final and conclusive, noting that it reflected a settlement between the parties and that "[b]y its terms, it is clear that extraterritorial application was intended" (para. 16). By contrast, aspects of the February 2003 order were left outstanding and could not be enforced. However, the general declaration and the orders for an accounting and the provision of names, information and recalled clubs and components were, in her opinion, final and enforceable in Ontario.

a conclu que tel n'était pas le cas, mais que les principes dégagés dans l'arrêt *Morguard* permettaient l'assouplissement de l'exigence ou sa suppression eu égard aux circonstances en l'espèce. Elle a donc statué que le jugement et l'ordonnance pouvaient en principe être exécutés au Canada. Se demandant ensuite s'ils étaient définitifs, elle a conclu que le jugement de 1998 l'était puisqu'il constatait une transaction et qu'[TRADUCTION] « [i]l ressort de son libellé que les parties ont voulu lui conférer une portée extraterritoriale » (par. 16). À l'opposé, certains éléments de l'ordonnance de février 2003 restaient à déterminer et ne pouvaient donc être exécutés. La juge a statué que le jugement déclaratoire général et les ordonnances de dénombrement, de comptabilisation, de communication de noms et de renseignements et de rappel de bâtons et de composants étaient définitifs et susceptibles d'exécution en Ontario.

Elta Golf appealed, on grounds that the motions judge had erred in concluding that non-money foreign orders could be enforced. The Court of Appeal agreed with the motions judge "that the time is ripe for a re-examination of the rules governing the recognition and enforcement of foreign non-monetary judgments" ((2004), 71 O.R. (3d) 566, at para. 9). However, it held that the orders in this case could not be enforced because they were ambiguous in that "the scope of the extra-territorial application of the foreign orders is unclear" (para. 11).

74 Elta Golf a interjeté appel de la décision en soutenant que la juge des requêtes avait eu tort de conclure qu'un jugement non pécuniaire étranger pouvait être exécuté. La Cour d'appel a convenu avec la juge des requêtes [TRADUCTION] « que le moment était propice au réexamen des règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers » ((2004), 71 O.R. (3d) 556, par. 9), mais elle a estimé que les jugements en cause n'étaient pas susceptibles d'exécution à cause de l'ambiguïté découlant de [TRADUCTION] « leur portée extraterritoriale incertaine » (par. 11).

Pro Swing appeals to this Court. It endorses the view of the law taken by the courts below that non-money foreign judgments may be enforceable. It takes issue, however, with the Court of Appeal's conclusion that the orders in this case could not be enforced because the extraterritorial application of the orders was unclear. Elta Golf did not appear on the proceedings before this Court.

75 Pro Swing se pourvoit devant notre Cour. Elle adhère au point de vue des juridictions inférieures selon lequel un jugement non pécuniaire étranger peut être exécuté. Elle conteste cependant la conclusion de la Cour d'appel voulant que les jugements en cause ne soient pas susceptibles d'exécution parce que leur portée extraterritoriale n'est pas manifeste. Elta Golf n'a pas comparu dans le cadre du présent pourvoi.

4. Analysis

Three questions arise. The first is whether Canadian courts can recognize and enforce foreign

4. Analyse

76 Trois questions se posent. D'abord, un tribunal canadien peut-il reconnaître et exécuter un

non-money judgments. If the answer to this question is affirmative, the question arises of when it is appropriate to recognize and enforce such judgments. Finally, the principles developed must be applied to the foreign orders at issue to determine whether they can be enforced in Ontario.

### 4.1 *Recognition of Foreign Non-Money Judgments*

77 The traditional common law position is that foreign judgments are recognizable and enforceable only if they meet two conditions. First, they must be for a definite sum of money. Second, they must be final and conclusive. These requirements ensure that in ordinary cases the merits of foreign judgments are not considered by an enforcing court. Barring exceptional concerns, a court's focus when enforcing a foreign judgment is not on the substantive and procedural law on which the judgment is based, but instead on the obligation created by the judgment itself.

78 In *Morguard*, La Forest J. discussed the need to ensure that the evolution of the common law keeps pace with the acceleration, intensification, and nature of cross-border social and economic activity. He noted:

> The world has changed since the above rules were developed in 19th century England. Modern means of travel and communications have made many of these 19th century concerns appear parochial. The business community operates in a world economy and we correctly speak of a world community even in the face of decentralized political and legal power. Accommodating the flow of wealth, skills and people across state lines has now become imperative. Under these circumstances, our approach to the recognition and enforcement of foreign judgments would appear ripe for reappraisal. [p. 1098]

In *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, La Forest J. further described rigidity in this area of the law as resting on an "outmoded conception of the world that emphasized sovereignty and independence, often at the cost of unfairness" (pp. 321-22). The common law must evolve in a way that takes

jugement non pécuniaire étranger? Dans l'affirmative, quelles conditions doivent être remplies? Enfin, les principes dégagés doivent être appliqués au jugement et à l'ordonnance rendus à l'étranger pour décider s'ils sont susceptibles d'exécution en Ontario.

### 4.1 *Reconnaissance d'un jugement non pécuniaire étranger*

La règle de common law classique assujettit à deux conditions la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger. Premièrement, celui-ci doit avoir pour objet une somme déterminée. Deuxièmement, il doit être définitif. Ces exigences évitent au tribunal d'exécution de se pencher sur le fond. Sauf circonstances exceptionnelles, le tribunal s'attache à l'obligation créée par le jugement étranger, et non aux dispositions de droit substantiel et procédural qui sous-tendent celui-ci.

Dans l'arrêt *Morguard*, le juge La Forest s'est penché sur la nécessité de faire en sorte que la common law évolue en phase avec l'accélération, l'intensification et la nature des activités sociales et économiques transfrontalières :

> Le monde a évolué depuis que les règles précitées ont été formulées dans l'Angleterre du XIX$^{e}$ siècle. Les moyens modernes de déplacement et de communication font ressortir le caractère purement local d'un bon nombre de ces préoccupations du XIX$^{e}$ siècle. Le monde des affaires fonctionne dans une économie mondiale et on parle à juste titre de communauté internationale même si le pouvoir politique et juridique est décentralisé. Il est maintenant devenu impérieux de faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre. Dans ces circonstances, il apparaît opportun de réexaminer nos règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. [p. 1098]

Dans l'arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, il a ajouté que, dans ce domaine du droit, la rigidité reposait sur une « conception périmée du monde qui mettait l'accent sur la souveraineté et l'indépendance, souvent au détriment de l'équité » (p. 321-322). La common law doit évoluer en tenant compte

into account the important social and economic forces that shape commercial and other kinds of relationships.

That evolution must take place both incrementally and in a principled way. Although the enforcement of money judgments across provincial boundaries raises unique considerations and constitutional dimensions, the underlying principles of comity, order and fairness must apply both interprovincially and internationally. As Major J. noted in *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72, "[t]he principles of order and fairness ensure security of transactions, which necessarily underlie the modern concept of private international law" (para. 27). These principles do not exclude the enforcement of non-monetary judgments from another country. At the same time, comity, which requires respect for the legitimate sovereignty of others and for the needs created by relationships that "involve a constant flow of products, wealth and people across the globe", may favour it: *Hunt*, at p. 322.

A number of law reform agencies have recognized the need for a more flexible approach to the enforcement of foreign non-money judgments. While the present case concerns the enforcement of U.S. orders, the common law prohibition on such enforcement also applies between the Canadian provinces, reinforcing the need for its reconsideration.

At the interprovincial level, proposals for reconsideration of the rule have been advanced. The Uniform Law Conference of Canada proposed two statutes that would allow for the enforcement of non-money judgments within Canada: the *Uniform Enforcement of Canadian Decrees Act* (1997) and the *Uniform Enforcement of Canadian Judgments and Decrees Act* (1997). In an introductory comment to both proposed statutes, the Uniform Law Conference explained that:

des importantes forces sociales et économiques qui façonnent les rapports commerciaux et autres.

79 Cette évolution doit se faire de façon graduelle et raisonnée. Bien que l'exécution interprovinciale des jugements pécuniaires fasse intervenir des considérations particulières et comporte des aspects constitutionnels, les principes sous-jacents de courtoisie, d'ordre et d'équité doivent s'appliquer tant dans le contexte international que d'une province à l'autre. Comme l'a signalé le juge Major dans l'arrêt *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416, 2003 CSC 72, « [l]es principes d'ordre et d'équité garantissent la sûreté des opérations qui doit sous-tendre la notion moderne de droit international privé » (par. 27). Ces principes n'écartent pas l'exécution d'un jugement non pécuniaire rendu dans un autre pays. De plus, comme elle exige le respect de la souveraineté légitime des autres États et des besoins créés par des relations qui « impliquent une circulation constante de produits, de richesses et de personnes partout dans le monde », la courtoisie peut militer en sa faveur : *Hunt*, p. 322.

80 Des organismes de réforme du droit ont reconnu qu'une plus grande souplesse s'imposait quant à l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger. La présente affaire porte sur des jugements étatsuniens, mais la règle de common law faisant obstacle à leur exécution s'applique également au jugement provenant d'une autre province canadienne, ce qui en justifie d'autant plus le réexamen.

81 Des éléments de réforme ont été proposés relativement à l'exécution d'un jugement rendu dans une autre province. La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a proposé l'adoption de deux textes législatifs permettant l'exécution des jugements non pécuniaires à la grandeur du pays : la *Loi uniforme concernant l'exécution des décisions canadiennes* (1997) et la *Loi uniforme sur l'exécution des décisions et jugements canadiens* (1997). Dans le commentaire présentant les deux projets de loi, la Conférence a donné l'explication suivante :

Apart from legislation that addresses particular types of orders, there is no statutory scheme or common law principle which permits the enforcement in one province of a non-money judgment made in a different province. This is in sharp contrast to the situation that prevails with respect to money judgments which have a long history of enforceability between provinces and states both under statute and at common law. With the increasing mobility of the population and the emergence of policies favouring the free flow of goods and services throughout Canada, this gap in the law has become highly inconvenient. UECJDA [*Uniform Enforcement of Canadian Judgments and Decrees Act*] provides a rational statutory basis for the enforcement of non-money judgments between the Canadian provinces and territories.

*Uniform Law Conference of Canada: Commercial Law Strategy* (2005 (loose-leaf)), Tab 7, p. 3)

82 The British Columbia Law Institute recommended the adoption of the *Uniform Enforcement of Canadian Judgments and Decrees Act* (or, alternatively the *Uniform Enforcement of Canadian Decrees Act*) in its *Report on the Enforcement of Non-money Judgments from Outside the Province* (August 1999). The Report cited the following passage from *Morguard* as an illustration of the existing deficiencies in Canadian private international law:

It seems anarchic and unfair that a person should be able to avoid legal obligations arising in one province simply by moving to another province. Why should a plaintiff be compelled to begin an action in the province where the defendant now resides, whatever the inconvenience and costs this may bring, and whatever degree of connection the relevant transaction may have with another province? And why should the availability of local enforcement be the decisive element in the plaintiff's choice of forum?

(Report, at p. 4; *Morguard*, at pp. 1102-3)

83 Finally, with respect to *all* non-Quebec judgments, the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, does not distinguish between money judgments and non-money judgments in its recognition

Mises à part les lois qui visent certains types d'ordonnance, aucun régime législatif ni principe de common law ne permet l'exécution, dans une province, d'un jugement non pécuniaire rendu dans une autre province. La situation est fort différente en ce qui a trait aux jugements pécuniaires qui sont depuis longtemps exécutés entre les provinces et les États tant en vertu des lois que de la common law. Compte tenu de la mobilité croissante de la population et de l'apparition de politiques favorables à la libre circulation des biens et des services à travers le Canada, cette lacune du droit est devenue extrêmement gênante. La LUSEDJC [*Loi uniforme sur l'exécution des décisions et jugements canadiens*] offre une base législative logique à l'exécution des jugements non pécuniaires entre les provinces et les territoires canadiens.

*Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada : Stratégie du droit commercial* (2005 (feuilles mobiles)), onglet 7, p. 3)

Dans son rapport recommandant l'adoption de la seconde loi (sinon de la première), le British Columbia Law Institute reproduit le passage suivant de l'arrêt *Morguard*, qui fait état des lacunes actuelles du droit international privé canadien :

Il semble anarchique et injuste qu'une personne puisse se soustraire à des obligations juridiques qui ont pris naissance dans une province simplement en déménageant dans une autre province. Pourquoi un demandeur devrait-il être tenu d'intenter une action dans la province où le défendeur réside présentement, quels que soient les inconvénients et le coût que cela puisse entraîner et quelle que soit la mesure dans laquelle l'opération pertinente peut avoir un lien avec l'autre province? Et pourquoi la possibilité de faire exécuter le jugement dans le ressort devrait-elle être l'élément déterminant du choix du tribunal par le demandeur?

(*Report on the Enforcement of Non-money Judgments from Outside the Province* (août 1999), p. 4; *Morguard*, p. 1102-1103)

Enfin, les dispositions du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, relatives à la reconnaissance et à l'exécution de *tout* jugement non québécois ne distinguent pas entre le jugement pécuniaire et le

and enforcement provisions, although the finality requirement has been maintained:

**3155.** A Québec authority recognizes and, where applicable, declares enforceable any decision rendered outside Québec except in the following cases:

. . .

(2) the decision is subject to ordinary remedy or is not final or enforceable at the place where it was rendered;

These developments establish that the absolute common law ban on the enforcement of all foreign non-money judgments may no longer be useful and should be reconsidered.

A final question is whether abolition of the rule against recognition and enforcement of foreign non-money judgments satisfies the principles this Court has recognized on the development of the common law. As a general rule, the common law must evolve to take into account societal changes, but that evolution must proceed incrementally: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 666.

The possibility of enforcing foreign non-money judgments would represent an incremental change in the common law of Canada. The principled approach to recognition of foreign monetary judgments in cases such as *Morguard* and *Beals* invites application of the same principles to non-money judgments in order to preserve the consistency and logic of this body of the law. Lower courts have discussed the need to modify the traditional ban on enforcement of foreign non-money judgments or have suggested that the law may have already moved in that direction: *Uniforêt Pâte Port-Cartier Inc. v. Zerotech Technologies Inc.*, [1998] 9 W.W.R. 688 (B.C.S.C.); *Barrick Gold Corp. v. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), at para. 77. Provincial law reform agencies have done detailed studies on the issue and the Province of Quebec already permits recognition and enforcement. Loosening the common law strictures on enforcement is arguably a small and necessary step in the development of the common law in this area. On the other hand, the matter is complex and difficult,

jugement non pécuniaire, mais elles exigent toujours qu'ils soient définitifs :

**3155.** Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants :

. . .

2° La décision, au lieu où elle a été rendue, est susceptible d'un recours ordinaire, ou n'est pas définitive ou exécutoire;

84 Vu cette évolution, la règle de common law écartant toute exécution d'un jugement non pécuniaire étranger pourrait ne plus avoir son utilité et devoir être reconsidérée.

85 Enfin, il faut se demander si l'abolition de la règle interdisant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger obéit aux principes établis par la Cour quant à l'évolution de la common law. En règle générale, la common law doit évoluer avec les changements sociaux, mais peu à peu : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 666.

86 La possibilité d'exécuter un jugement non pécuniaire étranger représenterait une modification graduelle de la common law canadienne. La démarche raisonnée que la Cour a adoptée à l'égard des jugements pécuniaires dans les arrêts *Morguard* et *Beals*, par exemple, appelle, par souci de cohérence et de logique, l'application des mêmes principes aux jugements non pécuniaires. Des tribunaux inférieurs se sont interrogés sur la nécessité de modifier la règle classique écartant l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers ou ont laissé entendre que le droit s'était peut-être déjà engagé dans cette voie : *Uniforêt Pâte Port-Cartier Inc. c. Zerotech Technologies Inc.*, [1998] 9 W.W.R. 688 (C.S.C.-B.); *Barrick Gold Corp. c. Lopehandia* (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), par. 77. Des organismes provinciaux de réforme du droit ont étudié la question de manière approfondie, et le Québec autorise déjà la reconnaissance et l'exécution de ces jugements. L'assouplissement des règles en la matière peut être considéré comme un élément infime et nécessaire de l'évolution de la common

as attested to by the fact that reform proposals have not produced legislative reform. Acceptance of the possibility of recognizing and enforcing foreign non-monetary judgments is an incremental step. At the same time, care must be taken to ensure that recognition is confined to cases where it is appropriate and does not create undue problems for the legal system of the enforcing state or unfair results for the parties. Caution is in order.

87 The time has come to permit the enforcement of foreign non-money orders where the general principles of *Morguard* are met and other considerations do not render recognition and enforcement of the foreign judgment inadvisable or unjust.

### 4.2 *The Requirements for Enforcement of Foreign Non-Money Judgments*

88 If foreign non-money judgments may sometimes be enforceable, the next question is when that will be appropriate. This is not a simple matter. As Professor Vaughan Black cautions, "[a]ny move to enforce foreign non-money orders requires caution and close attention to the unique features of such remedies": "Enforcement of Foreign Non-money Judgments: *Pro Swing v. Elta*" (2006), 42 *Can. Bus. L.J.* 81, at p. 96. Different non-money remedies and different circumstances will raise different considerations.

89 Before discussing the considerations applicable in this case, it may be useful to reiterate the theoretical basis for the recognition and enforcement of foreign judgments. While established in the context of money judgments, the theory also applies to the enforcement of non-money judgments. The foreign court order is seen as creating a new obligation on the defendant. In the case of a money judgment, this is a debt. In the case of a non-money judgment, it is a different sort of obligation. A court enforcing a foreign judgment is enforcing the obligation created by that judgment. In principle, it should not

law. Par contre, le sujet demeure complexe et délicat, comme l'atteste le fait que la réforme législative proposée est restée lettre morte. Admettre la possibilité de reconnaître et d'exécuter les jugements non pécuniaires étrangers procède d'une démarche progressive. Toutefois, la reconnaissance ne doit intervenir que si elle est indiquée et elle ne doit pas causer de difficultés excessives au système de justice du ressort d'exécution ni avoir de conséquences injustes pour les parties. La prudence est de mise.

Le temps est venu de permettre l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers lorsque sont respectés les principes généraux formulés dans l'arrêt *Morguard* et que d'autres considérations ne rendent pas leur reconnaissance et leur exécution inopportunes ou injustes.

### 4.2 *Conditions d'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger*

Si un jugement non pécuniaire étranger peut parfois être exécutoire, il faut se demander à quelles conditions. Ce n'est pas une mince affaire. Le professeur Vaughan Black appelle à la circonspection : [TRADUCTION] « Toute évolution vers l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers doit se faire avec prudence et grande attention à leurs caractéristiques particulières » : « Enforcement of Foreign Non-money Judgments : *Pro Swing v. Elta* » (2006), 42 *Rev. can. dr. comm.* 81, p. 96. Des réparations non pécuniaires différentes et des circonstances différentes feront intervenir des considérations différentes.

Avant d'aborder les considérations applicables en l'espèce, il convient de rappeler le fondement théorique de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. Bien qu'il ait été établi en fonction des jugements pécuniaires, ce fondement vaut pour les jugements non pécuniaires. Le jugement d'un tribunal étranger rend le défendeur débiteur d'une obligation nouvelle. Dans le cas d'un jugement pécuniaire, l'obligation consiste à payer une somme, et dans celui d'un jugement non pécuniaire, elle est de nature différente. Le tribunal appelé à exécuter un jugement étranger donne effet

look beyond the judgment to the merits of the case. It enforces the obligation created by the foreign judgment by its own machinery. As confirmed in *Beals*, as long as the foreign court properly has jurisdiction to adjudicate the dispute, absent evidence of fraud or a judgment contrary to natural justice or public policy, the enforcing court is not interested in the substantive or procedural law of the foreign jurisdiction. All the enforcing court needs is proof of the foreign order; its own legal mechanisms take over from there. This can be understood as the principle of the separation of judicial systems.

The first category of restrictions on the recognition and enforcement of foreign non-money judgments should flow from the general enforcement requirements set out in *Morguard*. These ensure that jurisdiction was properly taken by the issuing court and that there are no general fairness considerations that should require the court to hesitate before enforcing the foreign judgment. As noted in *Beals*, the existing defences of fraud, public policy and natural justice are designed to guard against unfairness in its most recognizable forms. Although designed to apply to money judgments, these requirements must also be applicable in cases involving non-money remedies. They are narrowly drawn and limited to particular cases where unfairness is clear. Both in the case of money and non-money judgments, they are non-exhaustive and may be supplemented in extraordinary circumstances: *Beals*, at paras. 41-42.

The second category of restrictions on the recognition and enforcement of foreign non-money judgments should relate to finality and clarity. These twin requirements are based on the principles of judicial economy and the separation of judicial systems, which themselves stem from comity, order and fairness. Finality and clarity are distinct concepts. The first requires completeness; the second lack of ambiguity. However, in practice they may overlap. An order that is not final is likely to be unclear and vice versa.

à l'obligation créée et doit en principe s'abstenir de se pencher sur le fond de l'affaire. Il donne effet à l'obligation créée par le jugement étranger en recourant à ses propres mécanismes. Comme la Cour l'a confirmé dans l'arrêt *Beals*, du moment que le tribunal étranger peut dûment connaître du litige, il n'a pas à se soucier du droit substantiel ou procédural du ressort étranger, sauf preuve d'une fraude ou jugement contraire à la justice naturelle ou à l'ordre public. Il a seulement besoin de la preuve du jugement étranger, ses propres mécanismes juridiques prenant alors le relai. Tel est le principe du cloisonnement des systèmes judiciaires.

90 La première condition pour la reconnaissance et l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers devrait découler des exigences générales établies dans l'arrêt *Morguard*, à savoir que le tribunal d'exécution s'assure que le tribunal d'origine avait compétence et qu'aucune considération liée à l'équité en général ne s'oppose à l'exécution du jugement étranger. Comme la Cour l'a signalé dans l'arrêt *Beals*, les moyens de défense fondés sur la fraude, l'ordre public et la justice naturelle se veulent un rempart contre les formes d'injustice les plus manifestes. Même s'ils ont été établis pour les jugements pécuniaires, ils valent également pour les jugements non pécuniaires. Leur portée est limitée et ils ne s'appliquent que dans certains cas où l'injustice est flagrante. Que le jugement soit pécuniaire ou non, ils ne sont pas exhaustifs et d'autres moyens peuvent s'y ajouter dans des circonstances exceptionnelles : *Beals*, par. 41-42.

91 La deuxième condition pour la reconnaissance et l'exécution des jugements non pécuniaires étrangers devrait se rapporter au caractère définitif et à la clarté. Cette double exigence repose sur le principe de l'économie des ressources judiciaires et celui du cloisonnement des systèmes judiciaires, qui découlent eux-mêmes des principes de courtoisie, d'ordre et d'équité. Le caractère définitif et la clarté sont des notions distinctes. La première exige le règlement intégral du litige et la seconde, l'absence d'ambiguïté. Mais, en pratique, elles peuvent se chevaucher. Un jugement non définitif a toutes les chances de n'être pas clair, et vice-versa.

92 The related requirements of finality and clarity should ensure that the function of enforcing courts will be limited to enforcement of the obligation created by the foreign order and will not include re-litigation of the issues considered by the issuing court. On the level of principle, an attempt to enforce an order that is not final and clear will almost invariably amount to the inappropriate assumption of jurisdiction by the enforcing court over the dispute. It is settled law that the enforcing court does not consider the merits of the foreign decision, absent fraud, violation of natural justice or violation of public policy. On the practical level, it may be difficult for the enforcing court to supervise an incomplete or unclear order. Difficulties may stem from the enforcing judge's unfamiliarity with the foreign law and its procedures or from the cost burden on the enforcing court. An order that is not final may be changed by the foreign court, with the result that the enforcing court finds itself enforcing something that is no longer an obligation in the foreign country. Finally, an enforcing court should not be obliged to re-litigate foreign disputes or use valuable resources to duplicate what would be best done in the originating jurisdiction. For these reasons, courts should decline to enforce foreign non-money orders that are not final and clear.

Ces exigences connexes devraient faire en sorte que le tribunal s'en tienne à l'exécution de l'obligation créée par le jugement étranger et s'abstienne de réexaminer les questions réglées par le tribunal d'origine. Sur le plan des principes, le tribunal qui tente d'exécuter un jugement ambigu ou non définitif s'attribue presque toujours à tort compétence sur le litige. Or, il est bien établi en droit que le tribunal d'exécution n'examine pas le bien-fondé de la décision étrangère, sauf fraude, manquement à la justice naturelle ou atteinte à l'ordre public. Sur le plan pratique, il peut avoir du mal à superviser l'exécution d'un jugement incomplet ou ambigu en raison de sa non-familiarisation avec les règles de droit et de procédure étrangères ou du fardeau financier que cela lui impose. Un jugement non définitif est susceptible d'être modifié par le tribunal étranger, auquel cas le tribunal d'exécution se trouve à faire respecter une obligation qui n'existe plus dans le pays étranger. Enfin, le tribunal d'exécution ne devrait pas avoir à instruire le litige étranger à nouveau non plus qu'à affecter ses précieuses ressources pour refaire ce que le tribunal d'origine était plus à même d'accomplir. Pour ces motifs, le tribunal doit refuser d'exécuter un jugement non pécuniaire étranger qui n'est pas définitif et clair.

93 The related requirements of finality and clarity should thus be seen as flowing from the theory by which foreign judgments are enforced. What is enforced, as discussed, is an obligation created by the foreign court, not the rights or responsibilities that gave rise to it. Finality and clarity will ensure that this distinction is respected. Requiring that the order to be enforced be final and clear also makes practical sense. Where supervision would be particularly difficult for the enforcing court and where the issuing court could engage in supervision much more efficiently, judicial economy suggests that it would be appropriate to decline to enforce.

On devrait donc considérer que ces exigences connexes — le caractère définitif et la clarté — procèdent du fondement théorique de l'exécution des jugements étrangers. L'objet de l'exécution, on l'a vu, est l'obligation créée par le tribunal d'origine, et non les droits ou les obligations dont elle découle. Le caractère définitif et la clarté seront exigés pour assurer le respect de cette distinction, mais ils auront aussi une utilité d'ordre pratique. Lorsque la supervision sera particulièrement difficile pour le tribunal d'exécution et qu'il sera beaucoup plus efficient que le tribunal d'origine s'en charge, l'économie des ressources judiciaires pourrait commander le refus de l'exécution.

94 The B.C. Supreme Court decision in *Uniforêt* rejected enforcement of a foreign non-money order for lack of finality. At issue was the enforceability of a Quebec arbitration award that ordered Zerotech, a B.C. company, to give Uniforêt access

Dans la décision *Uniforêt*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé d'exécuter une ordonnance non pécuniaire étrangère qu'elle ne jugeait pas définitive. La question était de savoir si une sentence arbitrale

to documents and allow it to make copies. After reviewing the judgments in *Morguard*, *Hunt* and *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, Clancy J. opined at para. 26 that "[t]here is no principled reason why judgments other than monetary judgments should not be recognized and enforced." Clancy J. nevertheless declined to enforce the order because it violated the finality requirement in that it was lacking in precision and would have required variation or addition before it could be enforced. Clancy J. stated: "If clarification or variation is required, particulars of how that must be done is a matter to be decided by the arbitrators or by the Superior Court of Quebec, not by this court" (para. 28). Similarly, art. 3155(2) of the *Civil Code of Québec* does not permit enforcement if the decision ". . . is not final or enforceable at the place where it was rendered".

Finality demands that a foreign order establish an obligation that is complete and defined. The obligation need not be final in the sense of being the last possible step in the litigation process. Even obligations in debt may not be the last step; orders for interest and costs may often follow. But it must be final in the sense of being fixed and defined. The enforcing court cannot be asked to add or subtract from the obligation. The order must be complete and not in need of future elaboration.

Clarity, which is closely related to finality, requires that an order be sufficiently unambiguous to be enforced. Just as the enforcing court cannot be asked to supplement the order, so it cannot be asked to clarify ambiguous terms in the order. The obligation to be enforced must clearly establish what is required of the judicial apparatus in the enforcing jurisdiction.

Clarity means that someone unfamiliar with the case must be able to ascertain what is required to meet the terms of the order. Sometimes the judge who made the order is the best person to determine whether its terms have been fulfilled. For example, Rule 60.11 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*,

québécoise ordonnant à Zerotech, une entreprise de la Colombie-Britannique, de donner à Uniforêt l'accès à des documents et de lui permettre d'en tirer des copies, était susceptible d'exécution. Après analyse des arrêts *Morguard*, *Hunt* et *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, le juge Clancy a dit qu'[TRADUCTION] « aucune raison de principe ne s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement non pécuniaire » (par. 26). Il a néanmoins refusé l'exécution de l'ordonnance au motif qu'elle n'était pas définitive, car elle manquait de précision et aurait dû être modifiée ou complétée au préalable. Il a ajouté : [TRADUCTION] « Si des précisions ou des modifications sont nécessaires, la manière dont elles doivent être apportées ressortit à l'arbitre ou à la Cour supérieure du Québec, et non à notre cour » (par. 28). De même, le par. 3155(2) du *Code civil du Québec* ne permet pas l'exécution d'une décision qui, « au lieu où elle a été rendue [. . .] n'est pas définitive ou exécutoire ».

95 Pour qu'un jugement étranger soit définitif, l'obligation qu'il crée doit être complète et définie. Elle n'a pas à intervenir à la toute dernière étape possible de la procédure judiciaire. Même l'obligation de payer une somme peut ne pas constituer l'étape ultime puisqu'elle peut être suivie d'une ordonnance fixant les intérêts et les dépens. L'obligation créée par le jugement étranger doit être arrêtée et définie. Le tribunal d'exécution ne peut être appelé à l'augmenter ou à la réduire. Le jugement doit être complet et ne pas nécessiter de précision ultérieure.

96 Étroitement liée au caractère définitif, la clarté exige que le jugement soit suffisamment certain pour que l'exécution puisse avoir lieu. Pas plus qu'il ne peut être appelé à compléter un jugement, le tribunal d'exécution ne peut avoir à en clarifier les éléments ambigus. L'obligation doit établir clairement la démarche attendue de l'appareil judiciaire du ressort d'exécution.

97 Un jugement est clair lorsqu'une personne non familiarisée avec l'affaire peut déterminer ce qu'exige son respect. Dans certains cas, il arrive que le juge qui l'a rendu soit la personne la plus apte à déterminer s'il a été respecté. Par exemple, la règle 60.11 des *Règles de procédure civile*

R.R.O. 1990, Reg. 194, provides that a contempt order to enforce an order requiring a party to do an act or refrain from doing an act "may be obtained only on motion to a judge in the proceeding in which the order to be enforced was made". This reflects the view that before finding a person in contempt — a serious imputation — the judge who made the order should assess the infringing conduct to be sure that it merits the sanction. This point is taken up by J.-G. Castel and J. Walker in *Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), vol. 1, who posit that "[i]t stands to reason that the court that makes an order requiring a party to perform a contract or to deliver goods may be in a unique position to know whether the terms of the order have been met" (p. 14-21). A court asked to enforce a foreign judgment of this type would have to assess whether questions may arise as to what constitutes compliance with the obligation. If there is a real risk that such questions may arise, enforcement of the judgment may be inappropriate.

98 Having discussed the requirements of finality and clarity and the rationale that supports them, I turn to how they may be assessed. A court should not refuse to enforce a foreign non-monetary judgment merely because there is a theoretical possibility that questions may arise in the course of enforcement. The hypothetical possibility that enforcement may require active supervision is not enough to permit a court to decline enforcement. A decision not to enforce on the grounds of lack of finality or clarity would have to be based on concerns apparent on the face of the order or arising from the factual or legal context. As elsewhere in the law, mere speculation would not suffice.

99 Deschamps J. suggests that the equitable nature of injunctions and other non-monetary judgments may require Canadian courts to revisit the meaning of the finality requirement and recognize new defences. She highlights the potential costs of supervising equitable orders. I agree that judicial economy is a legitimate consideration (see para. 93). But judicial economy should not

de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, énonce que l'ordonnance pour outrage visant à obtenir l'exécution forcée d'une ordonnance enjoignant à une personne de faire quelque chose ou de s'en abstenir « ne peut être rendue que sur motion présentée à un juge dans l'instance au cours de laquelle l'ordonnance a été rendue ». Ainsi, avant de déclarer une personne coupable d'outrage au tribunal — ce qui a des répercussions sérieuses —, le juge qui a rendu le jugement examine le comportement reproché pour s'assurer que la sanction est justifiée. Dans *Canadian Conflict of Laws* (6e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, J.-G. Castel et J. Walker renchérissent en affirmant : [TRADUCTION] « Il tombe sous le sens que le tribunal qui a enjoint à une partie d'exécuter un contrat ou de livrer des marchandises peut être le mieux placé pour déterminer si son ordonnance a été respectée » (p. 14-21). Le tribunal appelé à exécuter un jugement étranger de cette nature aurait à déterminer s'il existe un risque véritable que les intéressés se demandent en quoi consiste le respect de l'obligation, auquel cas l'exécution pourrait ne pas être indiquée.

Après avoir examiné le caractère définitif et la clarté ainsi que la raison d'être de ces exigences, je passe aux modalités de leur application. Un tribunal ne saurait refuser d'exécuter un jugement non pécuniaire étranger simplement parce qu'il est théoriquement possible que des questions se posent en cours d'exécution. La possibilité théorique que l'exécution nécessite une supervision active ne justifie pas un refus. Le caractère non définitif ou l'ambiguïté devraient ressortir du jugement même ou découler du contexte factuel ou juridique de l'affaire pour que le refus soit justifié. Comme dans d'autres domaines du droit, une simple conjecture ne suffirait pas.

Selon la juge Deschamps, le fait que l'injonction et les autres ordonnances non pécuniaires sont fondées sur l'equity pourrait exiger des tribunaux canadiens qu'ils réexaminent la condition du caractère définitif et reconnaissent d'autres moyens de défense. Elle souligne le coût éventuel de la supervision d'une ordonnance en equity. Je conviens que l'économie des ressources

be overemphasized. In recent years, courts have taken an active approach, imposing orders requiring supervision when necessary. *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62, is the best-known example, but search orders and freezing orders are part of the same general trend (see generally R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at paras. 1.260-1.490).

judiciaires doit entrer en ligne de compte (voir le par. 93 des présents motifs), mais il ne faudrait pas lui accorder trop d'importance. Ces dernières années, les tribunaux ont adopté une attitude active en rendant des ordonnances prévoyant la supervision au besoin. L'affaire *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62, est l'exemple le plus connu, mais l'ordonnance de perquisition ou de blocage participe de cette tendance générale. (voir de façon générale R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2e éd. (feuilles mobiles)), par. 1.260-1.490).

Orders with penal consequences would constitute a third type of restriction on the enforcement of non-money judgments. It is generally accepted that Canadian courts will not enforce a foreign penal law or judgment, either directly or indirectly. As Castel and Walker explain:

100 L'absence de conséquences pénales constituerait une troisième condition pour l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger. Il est généralement entendu qu'un tribunal canadien n'exécutera une décision ou une disposition pénale étrangère ni directement ni indirectement. Castel et Walker expliquent :

A penal law is a law that imposes a punishment for a breach of a duty to the state — as opposed to a remedial law, which secures compensation for a breach of a duty owed to a private person. . . . Liability that is restitutionary in nature and that is not imposed with a view to punishment of the party responsible is not regarded as penal in nature. [Footnotes omitted; p. 8-2.]

[TRADUCTION] Une disposition pénale sanctionne le manquement à une obligation envers l'État, alors qu'une disposition réparatoire prévoit l'indemnisation d'un particulier pour le manquement à une obligation dont il était créancier. [. . .] L'obligation qui est de nature réparatoire et qui n'est pas imposée dans un but de sanction n'est pas tenue pour pénale. [Notes en bas de page omises; p. 8-2.]

It is for each state to impose its own punishments, penalties and taxes, and other states are not obliged to help them. When we move to penal orders, we move out of the realm of private international law and into public law. As a result, Canadian courts will not entertain an action for the enforcement of a foreign penal, revenue, or other public law, nor will they enforce a foreign judgment ordering the payment of taxes or penalties that gives effect to the sovereign will of a foreign power.

Il appartient à chaque État d'imposer ses propres sanctions, pénalités et taxes, sans l'aide des autres États. L'ordonnance pénale ne ressortit pas au droit international privé, mais au droit public. Il s'ensuit qu'un tribunal canadien n'entendra pas la demande d'application d'une disposition de droit public (pénale, fiscale ou autre) étrangère non plus qu'il n'exécutera un jugement étranger ordonnant le paiement d'une taxe ou d'une pénalité conformément à la volonté souveraine d'une puissance étrangère.

For the purpose of this case, the three classes of restrictions on enforcement of non-money judgments discussed above should suffice. It may be that as the law develops other types of problems will be recognized. However, that can be left for future cases.

101 Ces trois conditions d'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger devraient suffire pour statuer sur le présent litige. Avec l'évolution du droit, d'autres problèmes pourront voir le jour, et les tribunaux se prononceront en temps et lieu.

4.3 *Application*

102 The motions judge granted a declaration that the 1998 consent decree was valid and enforceable in Canada.

103 More particularly, the motions judge accepted the following terms of the 2003 Ohio contempt order as enforceable in Canada:

1. An accounting by Elta Golf to Pro Swing for profits on all golf clubs sold bearing the Trident or Rident marks;

2. Provision by Elta Golf to Pro Swing of names and contact information of Elta Golf's suppliers of the Trident and Rident golf clubs;

3. Provision by Elta Golf to Pro Swing of the names and addresses of each purchaser of the Trident and Rident golf clubs or components since entry of the Consent Decree;

4. Recall by Elta Golf and delivery to Pro Swing of all counterfeit and infringing golf clubs or golf club components bearing Trident or Rident marks or confusingly similar designations.

The motions judge refused to enforce other parts of the February 2003 order on the ground that they were not final and conclusive in nature. The issue is whether the motions judge erred in these conclusions.

104 Elta Golf's first defence was that all the relief should have been refused on the ground that foreign non-money judgments are not enforceable at common law. As discussed above, the common law prohibition on enforcement of such judgments must be replaced by a principled approach which may permit the enforcement of foreign non-money judgments in appropriate circumstances. Elta Golf conceded that the general requirements for enforcement set out in *Morguard* are met here. Elta Golf's argument based on the common law rule against enforcement should therefore be rejected.

4.3 *Application aux faits de l'espèce*

La juge des requêtes a déclaré le jugement sur consentement de 1998 valide et susceptible d'exécution au Canada.

Plus particulièrement, elle a jugé exécutoires au Canada les éléments suivants de l'ordonnance pour outrage au tribunal rendue en Ohio en 2003 :

1. la comptabilisation, par Elta Golf, à l'intention de Pro Swing, des profits tirés de la vente de tous les bâtons de golf portant la marque Trident ou Rident;

2. la communication par Elta Golf à Pro Swing des noms et des coordonnées de ses fournisseurs de bâtons de golf Trident ou Rident;

3. la communication par Elta Golf à Pro Swing des noms et des adresses des acheteurs de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf Trident ou Rident depuis l'inscription du jugement sur consentement;

4. le rappel par Elta Golf de tous les bâtons de golf et composants de bâton de golf contrefaits et non autorisés portant la marque Trident ou Rident ou toute variante créant de la confusion avec elles, et leur remise à Pro Swing.

La juge des requêtes a refusé l'exécution des autres éléments de l'ordonnance de février 2003 au motif qu'ils n'étaient pas définitifs. Il nous faut décider si elle a eu tort de tirer pareilles conclusions.

Elta Golf fait d'abord valoir en défense que la demande aurait dû être rejetée en entier, car la common law n'admet pas l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger. Or, nous l'avons vu, cette interdiction doit faire place à une démarche raisonnée permettant l'exécution à certaines conditions. Elta Golf a concédé que les exigences générales issues de l'arrêt *Morguard* étaient respectées en l'espèce. Son argumentation fondée sur la règle de common law devrait donc être rejetée.

Elta Golf's second defence was that the orders should not be enforced because they were penal in nature. The motions judge rejected this defence on the ground that the orders were restitutionary in nature since they engaged a private dispute between the parties and sought to compensate the wronged party. In my view, this conclusion is unassailable.

I respectfully disagree with Deschamps J.'s characterization of the contempt order as "penal". This Court has long maintained a distinction between civil and criminal contempt orders. In *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, it was held at p. 943 that "[t]he purpose of criminal contempt was and is punishment for conduct calculated to bring the administration of justice by the courts into disrepute. On the other hand, the purpose of civil contempt is to secure compliance with the process of a tribunal including, but not limited to, the process of a court" (Sopinka J. dissenting, but not on this point).

*Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065, which Deschamps J. cites as authority for the "unified approach" to contempt orders, is clearly distinguishable. *Vidéotron* dealt with the possibility of imprisonment for contempt under the Quebec *Code of Civil Procedure* and the guarantees against compulsory self-incrimination under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. In my view, *Vidéotron* stands for the principle that persons cited for contempt are entitled to constitutional procedural protections *vis-à-vis* state coercion. It does not transform the private, restitutionary or compensatory aspects of a civil contempt order into public law.

Foreign criminal contempt orders are clearly penal and cannot be enforced by Canadian courts. The same should not be said of foreign civil contempt orders. When a foreign court issues a

105 Deuxièmement, Elta Golf soutient que l'ordonnance pour outrage ne devrait pas être exécutée parce qu'elle est de nature pénale. La juge des requêtes a rejeté ce moyen, estimant que l'ordonnance était de nature réparatoire puisqu'elle avait été rendue dans le cadre d'un litige privé opposant les parties et visait à indemniser la partie lésée. À mon avis, cette conclusion est inattaquable.

106 En toute déférence, je ne puis être d'accord avec la juge Deschamps lorsqu'elle qualifie de « pénale » l'ordonnance pour outrage au tribunal. Notre Cour a longtemps fait une distinction entre une ordonnance civile et une ordonnance criminelle en matière d'outrage. Dans l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, elle a dit à la p. 943 : « L'outrage criminel vise, encore aujourd'hui, à punir la conduite qui, délibérément, déconsidère l'administration de la justice par les cours. D'autre part, l'objectif de l'outrage civil est d'assurer la conformité à la procédure d'un tribunal dont, notamment, celle d'une cour de justice » (le juge Sopinka, dissident, mais pas sur ce point).

107 Par ailleurs, une distinction s'impose d'avec l'arrêt *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, où, selon la juge Deschamps, notre Cour aurait opté pour une « approche uniforme » des ordonnances pour outrage au tribunal. Dans cette affaire, le *Code de procédure civile* du Québec exposait le contrevenant à l'emprisonnement tandis que la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec le protégeaient contre l'auto-incrimination forcée. À mon avis, cet arrêt établit que la personne assignée pour outrage au tribunal a droit aux garanties procédurales constitutionnelles contre la coercition exercée par l'État. Il ne fait pas ressortir au droit public les aspects droit privé, réparation ou indemnisation de l'ordonnance pour outrage.

108 L'ordonnance étrangère pour outrage criminel est clairement pénale et ne peut être exécutée par un tribunal canadien, mais il ne devrait pas en être de même de l'ordonnance étrangère pour outrage

contempt order to secure compliance with a private remedy flowing from a private dispute, the order does not necessarily contain a "penal" aspect that should preclude enforcement by Canadian courts. Some foreign orders for "civil" contempt could nevertheless contain penal elements sufficient to disqualify them from enforcement by Canadian courts; in other cases, the penal elements could be severable, allowing Canadian courts to enforce the private elements only. The development of these principles can be left for future cases.

civil. L'ordonnance que rend un tribunal étranger pour faire respecter une réparation privée accordée à l'issue d'une instance privée n'a pas nécessairement un aspect « pénal » faisant obstacle à son exécution par un tribunal canadien. Une ordonnance étrangère pour outrage « civil » pourrait néanmoins renfermer suffisamment d'éléments pénaux pour empêcher son exécution au pays. Dans certains cas, ces éléments pourraient être dissociés, permettant ainsi l'exécution des seuls éléments privés. Ces principes pourront être développés dans des affaires ultérieures.

109 There is nothing penal about the contempt order in this case. The terms of the order are designed to reinforce the consent decree and to provide Pro Swing with restitution for Elta Golf's violations. The motions judge held that the contempt order was restitutionary rather than penal. The Court of Appeal did not interfere with this holding, and I see no reason to do so now.

En l'espèce, l'ordonnance pour outrage au tribunal ne comporte aucun élément pénal. Ses dispositions visent à renforcer le jugement sur consentement et à réparer le tort que les violations d'Elta Golf ont causé à Pro Swing. La juge des requêtes a conclu que l'ordonnance pour outrage au tribunal avait un caractère réparatoire et non pénal. La Cour d'appel n'a pas modifié cette conclusion, et je ne vois aucune raison de le faire.

110 The next issue concerns the finality and clarity of the orders held to be enforceable in Ontario. The motions judge rejected parts of the U.S. order on this ground, but found other portions sufficiently clear and complete and thus enforceable. The Court of Appeal reversed this decision, finding that the orders were too ambiguous:

Se pose ensuite la question du caractère définitif et clair du jugement et de l'ordonnance tenus pour exécutoires en Ontario. La juge des requêtes a écarté certains éléments de l'ordonnance au regard de cette double exigence, mais elle a conclu que d'autres étaient suffisamment clairs et complets pour être exécutés. La Cour d'appel a infirmé cette décision au motif que les jugements étaient trop ambigus :

> In our view, the foreign orders in question are ambiguous in respect of material matters. For example, the critical issue of the scope of the extra-territorial application of the foreign orders is unclear. Do the foreign orders mean that the appellant is enjoined from purchasing, marketing, selling or using infringing golf clubs within the jurisdiction of the U.S. District Court, or do they mean that the appellant is enjoined from doing those things anywhere in the world? [para. 11]

> [TRADUCTION] À notre avis, les jugements étrangers en question sont ambigus sous certains rapports importants. Par exemple, leur application extraterritoriale — question cruciale — n'est pas claire. L'interdiction qu'ils font à l'appelante d'acheter, de commercialiser, de vendre ou d'utiliser des bâtons contrefaits et non autorisés vaut-t-elle dans le ressort de la Cour fédérale de district ou partout dans le monde? [par. 11]

Elta Golf did not appear before us to defend the Court of Appeal's conclusion. In my view, the record supports the findings of the motions judge, and the Court of Appeal was wrong to reverse her decision.

Elta Golf n'a pas défendu devant nous la conclusion de la Cour d'appel. Selon moi, le dossier étaye les conclusions de la juge des requêtes, et la Cour d'appel a eu tort d'infirmer sa décision.

Finality, as discussed above, refers not to whether the order represents the ultimate step in the proceeding, but rather to whether the order is incomplete and not in need of future elaboration. This was how the motions judge understood it: "A domestic court does not wish to be faced with enforcing a foreign judgment that is later changed" (para. 18).

I am satisfied that the portions of the judgment that the motions judge held to be enforceable in Ontario are final in this sense. The orders for the accounting and the production of records, names, golf clubs and golf club components represent complete and finite obligations. It would be impossible to add more precision. As discussed above, finality does not mean that no further steps can be taken. Compliance with the order for an accounting and production of records might lead the United States court to issue an order quantifying damages, for example. However, this does not detract from the finality and certainty of the orders as enforced in Canada.

If Elta Golf were to refuse to comply with a final order enforceable in Ontario, the remedy would be an application for an order that Elta Golf is in contempt of court. In theory, issues could arise as to whether the accounting or production is complete. This in turn could involve the Ontario courts in supervising the accounting or production. On the other hand, the prevalence of cross-border commerce suggests that in the absence of an indication that the accounting or production of names, records and goods may raise problems, the order for enforcement of the foreign order should not be refused.

Throughout these proceedings, Elta Golf has never suggested that accounting or production will pose difficulties, and has confined its defence to more general points. In these circumstances, the hypothetical possibility of the need for future court supervision should not preclude the recognition of the foreign order. There is therefore no reason to displace the motions judge's conclusions

Je le répète, pour être définitif, un jugement n'a pas à intervenir à l'étape finale de l'instance; il doit plutôt être complet et ne nécessiter aucune précision ultérieure. Voici comment la juge des requêtes l'entendait : [TRADUCTION] « Un tribunal national ne veut pas entreprendre l'exécution d'un jugement étranger qui sera modifié par la suite » (par. 18). 111

Je suis d'avis que les éléments du jugement qui, selon la juge des requêtes, étaient susceptibles d'exécution en Ontario, sont définitifs en ce sens. L'ordonnance de dénombrement, de comptabilisation, de communication de documents et de noms et de remise de bâtons de golf et de composants de bâton de golf créent des obligations complètes et définies. Il serait impossible de les préciser davantage. Je le rappelle, le fait qu'un jugement est définitif ne veut pas dire qu'aucune autre démarche ne peut être entreprise. Le respect de l'ordonnance de dénombrement, de comptabilisation, de communication et de remise pourrait, par exemple, amener une cour états-unienne à rendre une ordonnance fixant le montant des dommages-intérêts. Or, cela ne change rien au caractère définitif et certain des jugements exécutés au Canada. 112

Si Elta Golf refusait de se conformer à un jugement définitif exécutoire en Ontario, Pro Swing devrait demander une déclaration d'outrage au tribunal. Théoriquement, la question pourrait se poser de savoir si l'ordonnance de dénombrement, de comptabilisation, de communication ou de remise a été intégralement respectée, de sorte que les tribunaux ontariens pourraient devoir contrôler l'exécution. Cependant, l'ampleur du commerce transfrontalier donne à penser que faute de difficultés appréhendées à cet égard, l'exécution du jugement étranger ne devrait pas être refusée. 113

À aucune étape de l'instance Elta Golf n'a fait valoir que le dénombrement, la comptabilisation, la communication ou la remise serait problématique, et sa défense a porté sur des points plus généraux. Dans ces circonstances, la possibilité théorique qu'une supervision judiciaire soit nécessaire ne doit pas faire obstacle à la reconnaissance du jugement étranger. Il n'y a donc pas lieu d'infirmer 114

that the portions of the order she accepted were final.

115 The motions judge also found the order to be sufficiently clear. On the question of its territorial scope, she held: "By its terms, it is clear that extra-territorial application was intended" (para. 16). The Court of Appeal disagreed and found that ambiguity in the orders on this point made them unenforceable. Pro Swing argues that this conclusion is not supported by the record and that Elta Golf understood that the consent decree was intended to be enforced extraterritorially. As Elta Golf did not appear before this Court, we are left to evaluate the Court of Appeal's conclusion on the basis of the record and the findings of the motions judge.

116 An examination of the content of the consent decree and the contempt order reveals no ambiguities about their extraterritorial application. First, the decree is cast in general terms. There are no explicit limits on the territory in which it applies, and nothing to suggest such limits were contemplated. Second, the orders were premised on the operation of an Ontario-based Website by Elta Golf and so can be seen as pre-supposing extraterritorial application. Finally, and most compelling, the terms include the surrender of Elta Golf's offending inventory and all promotional, packaging or other materials containing the mark in question or confusingly similar marks. These terms only make sense if the prohibition was meant to be universal in application. An outright surrender of inventory and marketing materials is incompatible with sales of any kind, not simply with sales within a particular jurisdiction. These considerations undermine the Court of Appeal's conclusion that the order was ambiguous.

117 My colleague Deschamps J. acknowledges the extraterritoriality of the orders requiring Elta Golf to surrender inventory, but she declines to infer this same extraterritoriality in the orders enjoining Elta

la conclusion de la juge des requêtes selon laquelle les éléments qu'elle a accepté d'exécuter étaient définitifs.

La juge des requêtes a également conclu que le jugement était suffisamment clair et, au sujet de sa portée territoriale, qu'[TRADUCTION] « il ressort de son libellé que les parties ont voulu lui conférer une portée extraterritoriale » (par. 16). La Cour d'appel a différé d'avis et estimé que l'ambiguïté des jugements sur ce point faisait obstacle à leur exécution. Pro Swing soutient que la preuve au dossier n'étaye pas une telle conclusion et qu'Elta Golf savait que les parties avaient voulu conférer au jugement sur consentement une portée extraterritoriale. Elta Golf n'ayant pas comparu devant nous, force est de soupeser la conclusion de la Cour d'appel à la lumière du dossier et des conclusions de la juge des requêtes.

L'examen du jugement sur consentement et de l'ordonnance pour outrage au tribunal ne révèle aucune ambiguïté quant à leur portée extraterritoriale. Premièrement, le jugement sur consentement est rédigé en termes généraux. Il ne limite pas expressément le territoire dans lequel il s'applique et aucun élément ne donne à penser qu'une limitation territoriale a été envisagée. Deuxièmement, puisque les jugements tenaient compte du fait qu'Elta Golf exploitait un site Internet en Ontario, leur application extraterritoriale peut être présumée. Enfin et surtout, ils prévoient la remise du stock d'articles non autorisés d'Elta Golf, ainsi que de son matériel de promotion, d'emballage et autre portant la marque en question ou une marque semblable créant de la confusion avec elle. Ces exigences n'ont de sens que si l'interdiction a une portée universelle. La restitution complète du stock et du matériel de promotion est incompatible avec toute vente, et non seulement avec celle réalisée dans un territoire donné. Ces considérations militent contre la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le jugement est ambigu.

Ma collègue la juge Deschamps reconnaît la portée extraterritoriale de l'obligation d'Elta Golf de remettre son stock, mais non celle de l'interdiction d'acheter ou de vendre des articles contrefaits

Golf from purchasing and selling the infringing goods. For the injunction to apply extraterritorially, Deschamps J. would require "explicit terms making the settlement agreement a worldwide undertaking" (para. 56). There is no need for such an artificially high standard when a plain reading of the decree makes its extraterritoriality sufficiently clear.

It might be argued that the words "any other confusingly similar designations" are ambiguous. To be sufficiently clear, however, an order need not describe in detail every hypothetical violation of its terms. There is no argument before us that determining confusingly similar designations raises difficulties in this case. As already noted, enforcement concerns must be apparent on the face of the order or arise from the factual or legal context. No such concerns exist here.

It may be that the Court of Appeal was concerned that the contempt order was founded on a violation of a U.S. trademark, raising questions about whether that trademark extends to Canada. However, this issue is resolved by the terms of the order itself. As noted above, the order is clearly enforceable in Canada. None of the restrictions on enforcement apply. The principle of separation of judicial systems discussed above prevents the court in the enforcing jurisdiction, Ontario, from entering into the substantive merits of the case that led to the consent decree. Except in cases of fraud or where a judgment is contrary to natural justice or public policy, the court considering the issue of the enforcement of a foreign judgment cannot look behind its terms: *Beals*.

Finally, I address briefly the public policy concerns raised by Deschamps J. This Court has upheld the quasi-constitutional nature of privacy legislation as it applies to federal government authorities: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, at para. 24. It is unclear whether the same status should be accorded to legislation governing information collected by private organizations

ou non autorisés. À son avis, pour que l'injonction ait une portée extraterritoriale, il faudrait que « l'entente [dise] explicitement qu'elle s'applique à l'échelle internationale » (par. 56). Une norme aussi arbitrairement stricte n'est pas nécessaire lorsqu'il est suffisamment clair, à la simple lecture, que le jugement a une portée extraterritoriale.

118 On pourrait soutenir que l'expression [TRADUCTION] « toute variante créant de la confusion avec elles » est ambiguë. Or, pour qu'elle soit suffisamment claire, une ordonnance n'a pas à prévoir en détail toute possibilité de manquement à ses dispositions. Aucune des parties ne prétend que cette expression pourrait être source de difficultés en l'espèce. Je le répète, tout problème d'application doit ressortir de l'ordonnance même ou découler du contexte factuel ou juridique. Aucun problème d'application n'est appréhendé dans le présent dossier.

119 L'ordonnance pour outrage se fondant sur la contrefaçon d'une marque de commerce étatsunienne, la Cour d'appel a pu craindre que se pose la question de l'opposabilité de la marque au Canada. Toutefois, le libellé même du jugement règle la question. Je l'ai déjà dit, le jugement est clairement susceptible d'exécution au Canada. Aucune des conditions prévues ne fait obstacle à son exécution. Le principe du cloisonnement des systèmes judiciaires mentionné précédemment empêche le ressort d'exécution — en l'espèce l'Ontario — d'examiner le fond de l'affaire ayant donné lieu au jugement sur consentement. Sauf fraude ou jugement contraire à la justice naturelle ou à l'ordre public, le tribunal appelé à exécuter un jugement étranger ne peut aller au-delà de son libellé : *Beals*.

120 Enfin, je ferai de brèves remarques sur les considérations relatives à l'ordre public soulevées par la juge Deschamps. Notre Cour a confirmé la nature quasi constitutionnelle des dispositions protégeant les renseignements personnels relevant des institutions fédérales : *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, par. 24. On peut se demander si les dispositions législatives visant les renseignements

such as Elta Golf. In this regard, I would note s. 7(3)(*c*) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, which allows private organizations to disclose personal information without the knowledge or consent of the individual if this disclosure is "required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records".

121 I agree with Deschamps J. that "the order enjoining Elta to provide all credit card receipts, accounts receivable, contracts, etc. could be problematic" (para. 60). To raise this issue at this stage however, when it was never argued before this or any other court, would amount to an inappropriate transformation of the proceedings. Furthermore, a majority of this Court has held that the public policy defence should be given a narrow application: *Beals*, at para. 75, *per* Major J. It may be necessary to revisit this holding in the context of the enforcement of non-monetary judgments, but it is not necessary to do so here. Finally, if the offending parts of the contempt order cannot be enforced for public policy reasons, they can be severed. The public policy issue therefore should not determine the outcome of this appeal.

122 I conclude that the Court of Appeal erred in holding that the portions of the orders enforced by the motions judge could not be enforced in Ontario because of ambiguity about the scope of their extraterritorial application.

5. Conclusion

123 For the foregoing reasons, I would allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal and reinstate the decision of the motions judge.

recueillis par une organisation privée comme Elta Golf devraient aussi être qualifiées de quasi constitutionnelles. Je me reporte à cet égard à l'al. 7(3)*c*) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, qui permet à une organisation privée de communiquer des renseignements personnels à l'insu et sans le consentement de l'intéressé lorsque la communication « est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d'un tribunal, d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents ».

Je partage l'avis de la juge Deschamps que « l'ordonnance enjoignant à Elta de communiquer les encaissements sur carte de crédit, les comptes débiteurs, les contrats, etc. pourrait être problématique » (par. 60), mais j'estime qu'aborder cette question maintenant, alors qu'elle n'a été soulevée ni devant nous ni devant les juridictions inférieures transformerait indûment l'instance. En outre, notre Cour a statué à la majorité que les moyens de défense fondés sur l'ordre public doivent être appliqués de manière restrictive : *Beals*, par. 75, le juge Major. Il se peut qu'il faille revoir cette décision en ce qui concerne l'exécution d'un jugement non pécuniaire, mais il n'est pas nécessaire de le faire en l'espèce. Enfin, si des raisons d'ordre public empêchent l'exécution de certaines dispositions de l'ordonnance pour outrage, celles-ci peuvent être dissociées. La question de l'ordre public ne saurait donc être déterminante pour l'issue du présent pourvoi.

Je conclus que la Cour d'appel a eu tort de statuer que les éléments exécutés par la juge des requêtes ne pouvaient l'être en Ontario en raison de la portée extraterritoriale incertaine des jugements.

5. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la juge des requêtes.

## APPENDIX A

### Consent Decree

Upon consideration of the parties' consent to judgment being entered against defendant Elta Golf Inc. ("ELTA") in this matter, NOW THEREFORE, IT IS STIPULATED AND AGREED by and between plaintiff Pro Swing, Inc. ("PRO SWING") and defendant ELTA that in connection with the settlement of this action, ELTA agrees to the following:

1. PRO SWING is the owner of U.S. Trademark Registration No. 1,941,922 for the mark TRIDENT in international class 28 which issued on December 19, 1995 (hereinafter referred to as the "MARK") for use in conjunction with golf clubs which it sells throughout the United States of America and overseas;

2. The MARK is valid and through use has come to identify PRO SWING as the source for golf clubs bearing the MARK;

3. ELTA has previously, without consent of PRO SWING, used and advertised golf clubs and/or golf club heads bearing the name RIDENT, a confusingly similar variation of the MARK;

4. ELTA has represented to PRO SWING the nature and extent of its use and advertising of golf clubs and/or golf club heads bearing the name RIDENT including the quantities in inventory or purchased from Third Parties, if any;

5. PRO SWING is, in entering this settlement, relying upon the representations of ELTA as to its use of RIDENT on golf clubs and/or golf club heads which representations are material hereto.

6. Each party will bear its own costs and attorney's fees. The Court shall retain jurisdiction over the parties for the purpose of enforcing this consent decree. The parties agree not to contest jurisdiction in any action in this Court to enforce this settlement.

7. ELTA is enjoined from purchasing, marketing, selling or using golf clubs or golf club components bearing the MARK or other confusingly similar variations of the MARK, including but not limited to RIDENT, RIDEN and/or TRIGOAL, other than on golf clubs or golf club components purchased by ELTA from PRO SWING or its authorized distributors.

## ANNEXE A

### Jugement sur consentement

[TRADUCTION]

Vu le consentement des parties à ce que jugement soit rendu en l'espèce contre la défenderesse Elta Golf Inc. (« ELTA »), la demanderesse Pro Swing Inc. (« PRO SWING ») et la défenderesse ELTA CONVIENNENT que, pour le règlement du litige qui les oppose, ELTA adhère à ce qui suit.

1. PRO SWING est titulaire aux États-Unis de la marque de commerce TRIDENT portant le n° 1,941,922, catégorie internationale 28, depuis le 19 décembre 1995 (ci-après la « MARQUE »), pour emploi en liaison avec des bâtons de golf qu'elle vend aux États-Unis et à l'étranger.

2. La MARQUE est valide et son utilisation a fait de PRO SWING le fournisseur des bâtons de golf qui en sont revêtus.

3. ELTA a, par le passé et sans l'autorisation de PRO SWING, utilisé et annoncé des bâtons de golf ou des têtes de bâton de golf portant le nom RIDENT, une variante créant de la confusion avec la MARQUE.

4. ELTA a informé PRO SWING de la nature et de l'étendue de son utilisation et de sa promotion des bâtons de golf ou des têtes de bâton de golf portant le nom RIDENT, y compris le nombre d'articles en stock ou achetés à des tiers, le cas échéant.

5. Pour conclure la présente transaction, PRO SWING se fonde sur les déclarations d'ELTA concernant l'emploi de la marque RIDENT en liaison avec des bâtons de golf ou des têtes de bâton de golf, et ces déclarations sont déterminantes à cet égard.

6. Chacune des parties supporte ses frais de justice et honoraires d'avocat. La Cour demeure compétente à l'égard des parties pour ce qui est de l'exécution du jugement sur consentement. Les parties s'engagent à ne pas contester sa compétence dans toute instance engagée pour faire respecter la présente transaction.

7. Il est interdit à ELTA d'acheter, de commercialiser, de vendre ou d'utiliser des bâtons de golf ou des composants de bâton de golf portant la MARQUE ou toute variante créant de la confusion avec elle, notamment RIDENT, RIDEN ou TRIGOAL, sauf s'il s'agit de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf qu'elle a achetés à PRO SWING ou à ses distributeurs autorisés.

8. Within ten (10) days of execution of this order ELTA will surrender and deliver to PRO SWING's counsel, postage prepaid, all infringing golf clubs and/or golf club components, if any, (TRIDENT, RIDENT, RIDEN and/or TRIGOAL) in its possession, along with all copies of any advertising, packaging, promotional or other materials, if any, containing the MARK or any confusingly similar mark, including but not limited to RIDENT, RIDEN and/or TRIGOAL.

9. This consent decree is binding upon the parties, as well as their respective shareholders, directors, officers, employees, representatives, agents, predecessors, successors, parents, subsidiaries, affiliates, assigns, and all other related business entities.

In consideration of the foregoing and conditioned upon compliance by defendant ELTA with the various terms and provisions of the settlement provided for above, this action shall be discontinued and dismissed with prejudice only with respect to defendant ELTA.

## APPENDIX B

### Contempt Order

Based upon the foregoing findings and conclusions, IT IS ORDERED that:

1. The Consent Decree entered on July 31, 1998 remains in full force and effect, and the Court retains jurisdiction to enforce the Consent Decree and this Order.

2. Elta Golf is again permanently enjoined from purchasing, marketing, selling or using golf clubs or golf club components which bear the TRIDENT mark, or any other confusingly similar designations, including but not limited to RIDENT, RIDEN and/or TRIGOAL, other than golf clubs or golf club components purchased by Elta Golf from Pro Swing.

3. Elta Golf is to make an accounting to Pro Swing of all golf clubs and/or golf club components it has sold which bear the TRIDENT or RIDENT marks, or any other confusingly similar designation, since the entry of the Consent Decree. Elta Golf shall provide this accounting to Pro Swing within fourteen (14) days from the date of this Order. The accounting shall include a sworn statement of account of all gross and net income derived from sales of TRIDENT and RIDENT golf clubs or golf club components, together with all business and accounting records relating to these sales, since the

8. Dans les dix (10) jours de la signature du présent jugement, ELTA fera parvenir à l'avocat de PRO SWING, port payé, tous bâtons de golf ou composants de bâton de golf contrefaits (portant la marque TRIDENT, RIDENT, RIDEN ou TRIGOAL) en sa possession, ainsi que tout article promotionnel, d'emballage ou autre revêtu de la MARQUE ou d'une marque semblable créant de la confusion avec elle, notamment RIDENT, RIDEN ou TRIGOAL.

9. Le jugement sur consentement lie les parties ainsi que leurs actionnaires, administrateurs, dirigeants, employés, représentants, mandataires, prédécesseurs, successeurs, sociétés mères, filiales, sociétés affiliées, cessionnaires et autres entreprises apparentées.

En contrepartie de ce qui précède et à condition que la défenderesse ELTA respecte les dispositions de la présente transaction, la demanderesse se désiste de son action et celle-ci est rejetée définitivement vis-à-vis de la seule défenderesse ELTA.

## ANNEXE B

### Ordonnance pour outrage au tribunal

[TRADUCTION]

Vu les conclusions qui précèdent, la COUR ORDONNE ce qui suit.

1. Le jugement sur consentement inscrit le 31 juillet 1998 demeure applicable, et la Cour demeure compétente pour l'exécuter ainsi que la présente ordonnance.

2. Elta Golf se voit à nouveau interdire en permanence d'acheter, de commercialiser, de vendre ou d'utiliser des bâtons de golf ou des composants de bâton de golf portant la marque TRIDENT ou toute variante créant de la confusion avec elle, notamment RIDENT, RIDEN ou TRIGOAL, sauf s'il s'agit de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf qu'elle a achetés à Pro Swing.

3. Elta Golf établira le nombre de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf qu'elle a vendus depuis l'inscription du jugement sur consentement sous la marque TRIDENT ou RIDENT ou toute variante créant de la confusion avec elles. Elle communiquera cette information à Pro Swing au plus tard quatorze (14) jours après le prononcé de la présente ordonnance. Elle y joindra une déclaration sous serment indiquant les produits brut et net tirés de la vente de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf TRIDENT et RIDENT depuis l'inscription du jugement sur consentement jusqu'à ce

entry of the Consent Decree to present, including but not limited to:

a. records of all sales, credit card receipts, accounts receivable and contracts for all sales of golf clubs or golf club components bearing the TRIDENT or RIDENT marks;

b. records of all expenses related to all sales of golf clubs or golf club components bearing the TRIDENT or RIDENT marks; and,

c. any and all balance sheets, profit and loss statements, cash flow reports or other accounting reports or summaries.

4. Pro Swing is hereby awarded compensatory damages based upon the profits derived by Elta Golf through its sales of golf clubs or golf club components bearing the TRIDENT or RIDENT marks, or any other confusingly similar designation, since the entry of the Consent Decree. Pro Swing shall provide its proposed damage award to the Court after Elta Golf's compliance with the accounting requirements set forth in Section III(3) of this Order.

5. Pro Swing is hereby awarded costs and attorneys fees incurred herein. Plaintiff shall submit a cost bill and fee petition within fourteen (14) days of entry of the money judgment set forth in Section III(4) of this Order.

6. Elta Golf is to surrender for destruction, all golf clubs or golf club components which bear the TRIDENT or RIDENT marks, or any other confusingly similar designation. Elta Golf shall forward these golf clubs or golf club components to Pro Swing's counsel (Hahn Loeser & Parks LLP, 1225 West Market Street, Akron, Ohio 44313-7188) within fourteen (14) days from the date of this Order.

7. Elta Golf is to provide Pro Swing with the names and all contact information of Elta Golf's suppliers of the TRIDENT and RIDENT golf club components. Elta Golf shall provide this information within fourteen (14) days from the date of this Order.

8. Elta Golf is to provide Pro Swing with the names and addresses of each purchaser of the TRIDENT and RIDENT golf clubs or golf club components sold by Elta Golf since the entry of the Consent Decree. Elta Golf shall provide this information within fourteen (14) days from the date of this Order. Elta Golf is to pay

jour, ainsi que tous les documents comptables se rapportant à ces ventes, y compris :

a. les registres des ventes, des encaissements sur carte de crédit, des comptes débiteurs et des contrats pour la vente de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf portant la marque TRIDENT ou RIDENT;

b. le relevé des dépenses relatives aux ventes de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf portant la marque TRIDENT ou RIDENT;

c. les bilans, états des résultats, états des flux de trésorerie et autres rapports et relevés comptables.

4. Pro Swing se voit accorder des dommages-intérêts compensatoires dont le montant se fonde sur les profits tirés de la vente par Elta Golf, depuis l'inscription du jugement sur consentement, de bâtons de golf ou de composants de bâton de golf portant la marque TRIDENT ou RIDENT ou toute variante créant de la confusion avec elles. Une fois qu'Elta Golf aura satisfait aux exigences de dénombrement et de comptabilisation énoncées au paragraphe 3 de la partie III de la présente ordonnance, Pro Swing communiquera à la Cour le montant auquel elle estime avoir droit à titre de dommages-intérêts.

5. Pro Swing a droit au paiement de ses frais de justice et de ses honoraires d'avocat dans la présente instance. Elle soumettra un mémoire de frais et demandera sa taxation au plus tard quatorze (14) jours après l'inscription du jugement pécuniaire figurant au paragraphe 4 de la partie III de la présente ordonnance.

6. Elta Golf remettra, pour destruction, tous les bâtons de golf ou composants de bâton de golf revêtus de la marque TRIDENT ou RIDENT ou de toute variante créant de la confusion avec elles. Elle les fera parvenir à l'avocat de Pro Swing (Hahn Loeser & Parks LLP, 1225 West Market Street, Akron, Ohio 44313-7188) au plus tard quatorze (14) jours après la présente ordonnance.

7. Au plus tard quatorze (14) jours après la présente ordonnance, Elta Golf communiquera à Pro Swing les noms et les coordonnées de ses fournisseurs de composants de bâton de golf de marque TRIDENT et RIDENT.

8. Au plus tard quatorze (14) jours après la présente ordonnance, Elta Golf communiquera à Pro Swing les noms et les adresses de chacun des acheteurs à qui elle a vendu depuis l'inscription du jugement sur consentement des bâtons de golf ou des composants de bâton de golf de marque TRIDENT et RIDENT. Elle paiera à

Pro Swing the costs of a corrective mailing to each of these consumers.

9. Elta Golf is to recall all counterfeit and infringing golf clubs or golf club components which bear the TRIDENT and RIDENT marks, or any other confusingly similar designation. Elta Golf shall forward all such golf clubs or golf club components to Pro Swing's counsel within fourteen (14) days of the receipt of each of these items.

*Appeal dismissed,* McLACHLIN C.J. *and* BASTARACHE *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London.*

Pro Swing les frais d'envoi d'un rectificatif à chacun de ces acheteurs.

9. Elta Golf rappellera les bâtons de golf ou composants de bâton de golf contrefaits et non autorisés portant la marque TRIDENT et RIDENT ou toute variante créant de la confusion avec elles. Elle les fera parvenir à l'avocat de Pro Swing au plus tard quatorze (14) jours après la réception de chacun d'eux.

*Pourvoi rejeté, la juge en chef* McLACHLIN *et les juges* BASTARACHE *et* CHARRON *sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London.*

**Jacques Déry** *Appellant*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. *v.* DÉRY**

**Neutral citation: 2006 SCC 53.**

File No.: 30948.

2006: February 16; 2006: November 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Attempted conspiracy — Whether offence of attempted conspiracy to commit substantive offence exists in Canadian criminal law.*

D and S were charged with conspiring to commit theft and conspiring to possess stolen liquor. The trial judge found that no agreement had been established between the two men to steal or possess liquor and acquitted them of conspiracy, but found their actions more than merely preparatory to conspiracy and convicted them of attempting to conspire. A majority of the Court of Appeal affirmed their convictions. D alone appealed to this Court.

*Held*: The appeal should be allowed.

D's convictions should be set aside and acquittals entered. An attempt to conspire to commit a substantive offence is not an offence under Canadian law. Criminal liability does not attach to fruitless discussions in contemplation of a substantive crime that is never committed, nor even attempted, by any of the parties to the discussions. Here, though D discussed a crime hoping eventually to commit it with S, neither D nor S committed, or agreed to commit, the crimes they had discussed. The criminal law does not punish bad thoughts of this sort that were abandoned before an agreement

**Jacques Déry** *Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. *c.* DÉRY**

**Référence neutre : 2006 CSC 53.**

N° du greffe : 30948.

2006 : 16 février; 2006 : 23 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Tentative de complot — L'infraction de tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle existe-t-elle en droit criminel canadien?*

D et S ont été accusés de complot de vol et de complot de recel d'alcool volé. Le juge du procès a conclu qu'aucune entente entre les deux hommes en vue de voler ou de receler l'alcool n'avait été établie et il les a acquittés relativement au complot, mais il a conclu que leurs actes constituaient plus que de simples actes préparatoires au complot et les a déclarés coupables de tentative de complot. La Cour d'appel à la majorité a confirmé les déclarations de culpabilité. Seul D a interjeté appel devant notre Cour.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

Les déclarations de culpabilité de D sont annulées et des acquittements y sont substitués. La tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle n'est pas une infraction en droit canadien. Personne n'engage sa responsabilité criminelle en participant à des discussions stériles concernant un crime matériel qui n'est jamais commis et qui ne fait pas même l'objet d'une tentative. En l'espèce, bien que D ait discuté du crime en espérant éventuellement le commettre avec S, ni D ni S n'ont commis ni même convenu de commettre le crime dont ils ont parlé. Le droit criminel ne punit pas les

was reached, or an attempt made, to act upon them. [23] [37] [51-52]

Furthermore, acts that precede a conspiracy are not sufficiently proximate to a substantive offence to warrant criminal sanction. Given that conspiracy is essentially a crime of intention, it is difficult to reach further than the law of conspiracy already allows. Even if it were possible, it has never been the goal of the criminal law to catch all crime "in the egg". In this sense, conspiracies are criminalized when hatched. And they can only be hatched by agreement. This basic element of conspiracy exposes the otherwise hidden criminal intentions of the parties to it and this demonstrates their commitment to a prohibited act. By contrast, the criminal law intervenes later in the progression from thought to deed where someone acts alone. Overt steps are then thought necessary to disclose and establish with sufficient certainty the criminal intention that is an essential element of the attempt to commit an offence. By its very nature, moreover, an agreement to commit a crime in concert with others enhances the risk of its commission. Early intervention through the criminalization of conspiracy is therefore both principled and practical. Likewise, the criminalization of attempt is warranted because its purpose is to prevent harm by punishing behaviour that demonstrates a substantial risk of harm. However, when applied to conspiracy, the justification for criminalizing attempt is lost, since an attempt to conspire amounts, at best, to a risk that a risk will materialize. [45-50]

**Cases Cited**

**Referred to:** *R. v. Dungey* (1979), 51 C.C.C. (2d) 86; *R. v. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Kotyszyn* (1949), 8 C.R. 246, 95 C.C.C. 261; *R. v. Hamilton*, [2005] 2 S.C.R. 432, 2005 SCC 47; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *People v. Schwimmer*, 411 N.Y.S. 2d 922 (1978); *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666; *R. v. Lessard* (1982), 10 C.C.C. (3d) 61; *R. v. Campeau*, [1999] Q.J. No. 5436 (QL); *Parshu Ram v. R.* (1967), 13 F.L.R. 138; *Kabunga s/o Magingi v. R.* (1955), 22 E.A.C.A. 387; *Harris v. R.* (1927), 48 N.L.R. 330; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. v. Chan* (2003), 178 C.C.C. (3d) 269.

**Statutes and Regulations Cited**

*Crimes Act 1958* (Vict.), s. 321F(3) [ad. by *Crimes (Conspiracy and Incitement) Act 1984* (Vict.), s. 7(2)].

mauvaises pensées de cette sorte qui sont abandonnées avant que les parties ne concluent d'entente ou ne tentent de passer à l'acte. [23] [37] [51-52]

En outre, les actes qui précèdent un complot ne sont pas suffisamment rapprochés de l'infraction matérielle pour justifier une sanction criminelle. Étant donné que le complot est essentiellement un crime d'intention, il est difficile d'aller plus loin que ce que le droit permet déjà relativement au complot. Et même si cela était possible, le droit criminel n'a jamais eu pour objectif de réprimer « dans l'œuf » tout projet de crime. En ce sens, le complot devient criminel lorsqu'il éclot. Et seule une entente peut le faire éclore. Cet élément fondamental du complot expose les intentions criminelles, par ailleurs dissimulées, des participants au complot et démontre leur volonté d'accomplir un acte interdit. Lorsqu'une personne agit seule par contre, le droit criminel intervient plus tard dans le continuum entre la pensée et l'acte. On estime alors que des démarches manifestes sont nécessaires pour mettre en évidence et établir avec assez de certitude l'intention criminelle formant l'élément essentiel de la tentative de commettre une infraction. En outre, par sa nature même, l'entente entre plusieurs personnes concernant la perpétration de concert d'un crime accroît le risque qu'il soit commis. L'intervention précoce que permet la criminalisation du complot trouve ainsi sa justification tant sur le plan des principes que sur le plan pratique. La criminalisation de la tentative se justifie, de la même façon, parce qu'elle a pour but de prévenir les actes préjudiciables en sanctionnant un comportement qui manifeste un risque substantiel de préjudice. Toutefois, lorsqu'on l'applique au complot, cette justification de la criminalisation de la tentative disparaît car une tentative de complot constitue, au mieux, un risque qu'un risque se matérialise. [45-50]

**Jurisprudence**

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Dungey* (1979), 51 C.C.C. (2d) 86; *R. c. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Kotyszyn* (1949), 8 C.R. 246; *R. c. Hamilton*, [2005] 2 R.C.S. 432, 2005 CSC 47; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *People c. Schwimmer*, 411 N.Y.S. 2d 922 (1978); *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666; *R. c. Lessard* (1982), 10 C.C.C. (3d) 61; *R. c. Campeau*, [1999] J.Q. nº 5436 (QL); *Parshu Ram c. R.* (1967), 13 F.L.R. 138; *Kabunga s/o Magingi c. R.* (1955), 22 E.A.C.A. 387; *Harris c. R.* (1927), 48 N.L.R. 330; *R. c. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. c. Chan* (2003), 178 C.C.C. (3d) 269.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 9*a*), 22(3), 24, 463*d*), 464, 465(1)*c*).

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 9(*a*), 22(3), 24, 463(*d*), 464, 465(1)(*c*).
*Criminal Code 2002* (A.C.T.), s. 44(10).
*Criminal Code Act 1995* (Cth.), s. 11.1(7).
*Criminal Law Act 1977* (U.K.), 1977, c. 45 [am. by *Criminal Attempts Act 1981* (U.K.), 1981, c. 47].

**Authors Cited**

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)*, Part I, vol. 2. Philadelphia: The Institute, 1985.
Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais, 1998.
Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
Zimmerman, Nick. "Attempted Stalking: An Attempt-to-Almost-Attempt-to-Act" (2000), 20 *N. Ill. U. L. Rev.* 219.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Mailhot, Forget and Morin JJ.A.), [2005] R.J.Q. 1417, 197 C.C.C. (3d) 534, 31 C.R. (6th) 322, [2005] Q.J. No. 5350 (QL), 2005 QCCA 483, affirming the accused's convictions (2002), 7 C.R. (6th) 325, [2002] Q.J. No. 3549 (QL). Appeal allowed.

*Philippe Larochelle*, for the appellant.

*Nicolas Poulin*, for the respondent.

*François Lacasse*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Christopher A. Wayland* and *Kristian Brabander*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

Jacques Déry stands convicted of attempting to conspire to commit theft, and of attempting to conspire to unlawfully possess the proceeds.

*Crimes Act 1958* (Vict.), art. 321F(3) [aj. par *Crimes (Conspiracy and Incitement) Act 1984* (Vict.), art. 7(2)].
*Criminal Code 2002* (A.C.T.), art. 44(10).
*Criminal Code Act 1995* (Cth.), art. 11.1(7).
*Criminal Law Act 1977* (R.-U.), 1977, ch. 45 [mod. par *Criminal Attempts Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 47].

**Doctrine citée**

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)*, Part I, vol. 2. Philadelphia : The Institute, 1985.
Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd. Cowansville, Québec : Yvon Blais, 1998.
Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
Zimmerman, Nick. « Attempted Stalking : An Attempt-to-Almost-Attempt-to-Act » (2000), 20 *N. Ill. U. L. Rev.* 219.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Mailhot, Forget et Morin), [2005] R.J.Q. 1417, 197 C.C.C. (3d) 534, 31 C.R. (6th) 322, [2005] J.Q. nº 5350 (QL), 2005 QCCA 483, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé (2002), 7 C.R. (6th) 325, [2002] J.Q. nº 3549 (QL). Pourvoi accueilli.

*Philippe Larochelle*, pour l'appelant.

*Nicolas Poulin*, pour l'intimée.

*François Lacasse*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Christopher A. Wayland* et *Kristian Brabander*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

Jacques Déry a été déclaré coupable de tentative de complot de vol et de tentative de complot de recel des fruits du vol. 1

2 Never before has anyone been convicted in Canada of an attempt to conspire to commit a substantive offence of any sort. That should come as no surprise: Attempting to conspire to commit a substantive offence has never previously been recognized as a crime under Canadian law.

3 I would decline to do so now.

4 Accordingly, I would allow the appeal, set aside Mr. Déry's convictions and order that acquittals be entered instead.

II

5 December brings with it, in Canada and elsewhere, a holiday season widely and joyously celebrated by "raising a glass". Liquor merchants must frequently replenish their shelves to keep the glasses filled. In the Quebec City region, the Société des alcools du Québec ("SAQ") is forced by the increased demand to stock more of its products than its secure warehouses can contain. The inevitable overflow is stored temporarily in trailers parked outdoors at an SAQ compound.

6 An unrelated investigation resulted in the interception of discussions between Mr. Déry, Daniel Savard and others, concerning the possibility of stealing this liquor stored outdoors. On the strength of the intercepted conversations, Messrs. Déry and Savard were both charged with conspiracy to commit theft and conspiracy to possess stolen goods.

7 There was no evidence that either accused had taken any steps to carry out the proposed theft, and the trial judge was not persuaded that they had at any point agreed to steal or possess the liquor that was the object of their covetous musings: (2002), 7 C.R. (6th) 325. In the absence of a proven agreement, the judge quite properly felt bound to acquit the accused of the conspiracies charged. On each count, however, he convicted both co-accused of *attempting* to conspire, which he believed to be an included offence.

Personne n'avait encore été déclaré coupable au Canada de tentative de complot en vue de la perpétration de quelque infraction matérielle que ce soit. Cela n'a rien de surprenant : jusqu'à présent, la tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle n'a jamais été reconnue comme un crime en droit canadien.

Je refuse de reconnaître ce crime maintenant.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité de M. Déry et d'y substituer des acquittements.

II

Au Canada et ailleurs, le mois de décembre amène son cortège de fêtes joyeusement célébrées, presque partout, en « levant un verre ». Pour que les verres se remplissent, les marchands d'alcool doivent constamment regarnir leurs tablettes. Dans la région de Québec, cette hausse de la demande oblige la Société des alcools du Québec (« SAQ ») à avoir en stock plus que ce qu'elle peut emmagasiner en lieu sûr dans ses entrepôts. Elle garde donc temporairement l'inévitable surcroît de produits dans des remorques garées à l'extérieur dans un enclos de la SAQ.

Une enquête sans lien avec la présente affaire a permis l'interception de conversations entre M. Déry, Daniel Savard et d'autres personnes au sujet de la possibilité de voler l'alcool entreposé à l'extérieur. Sur le fondement des communications interceptées, MM. Déry et Savard ont tous deux été accusés de complot de vol et de complot de recel.

Aucun élément de preuve n'établissait que l'un ou l'autre accusé avait pris quelque disposition pour perpétrer le vol envisagé, et le juge du procès n'a pas été convaincu qu'ils avaient jamais convenu de voler ou receler l'alcool faisant l'objet de leur convoitise : (2002), 7 C.R. (6th) 325. Comme il n'y avait pas de preuve d'entente, le juge a estimé, à bon droit, qu'il devait acquitter les inculpés des accusations de complot portées contre eux. Il les a toutefois déclarés coupables, pour chaque chef d'accusation, de l'infraction de *tentative* de complot, qui était, selon lui, une infraction incluse.

A majority of the Court of Appeal of Quebec affirmed their convictions at trial: [2005] Q.J. No. 5350 (QL), 2005 QCCA 483; [2005] Q.J. No. 5351 (QL), 2005 QCCA 484. Forget J.A., dissenting, would have allowed their appeals on the ground that attempted conspiracy is an offence unknown to Canadian law.

This further appeal, by Mr. Déry alone, comes to this Court as of right. The decisive issue is whether there is any legal basis for concluding that attempt to conspire to commit an indictable offence is a crime in Canada. In the absence of a statutory basis for concluding that the crime exists, there is of course no need to find authority that it does not: s. 9(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, makes clear that no one in Canada may be convicted of "an offence at common law". To affirm Mr. Déry's convictions, we must therefore find that attempt to conspire has until now lain dormant within the statutory confines of the *Criminal Code*, ready to be roused by a proper sounding of its governing provisions.

Like Forget J.A., I would let sleeping laws lie.

III

The alleged crime of attempting to conspire has received sparse judicial consideration in Canada.

*R. v. Dungey* (1979), 51 C.C.C. (2d) 86 (Ont. C.A.), is the most relevant reported decision. Dungey, a lawyer, instructed one of his clients to seek a backdated legal-aid certificate covering services for which he had already been paid in full. Dungey's scheme failed. His client did apply for and obtain legal aid, but the certificate granted was for future services only.

Dungey was charged with conspiracy to defraud. No charges were laid against the client. The trial judge was not persuaded that the client had agreed to the scheme. He therefore acquitted Dungey, since there could be no conspiracy without an unlawful agreement.

8 La Cour d'appel du Québec a confirmé les déclarations de culpabilité à la majorité : [2005] R.J.Q. 1417, 2005 QCCA 483; [2005] J.Q. nº 5351 (QL), 2005 QCCA 484. Le juge Forget, dissident, aurait accueilli leurs appels parce que le crime de tentative de complot n'existe pas en droit canadien.

9 Le présent appel à notre Cour, interjeté par M. Déry seulement, est formé de plein droit. La question décisive est de savoir si la loi permet de conclure que la tentative de complot en vue de commettre un acte criminel constitue un crime au Canada. Si aucun texte législatif ne permet de conclure que le crime existe, point n'est besoin de chercher une réponse ailleurs : l'al. 9*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, énonce clairement que nul ne peut être déclaré coupable, au Canada, d'une « infraction en *common law* ». Pour confirmer les déclarations de culpabilité de M. Déry, il faut par conséquent conclure que la tentative de complot était jusqu'à maintenant latente dans un recoin du *Code criminel*, prête à s'appliquer dès que l'on invoque les dispositions qui la régissent.

10 À l'instar du juge Forget, je ne réveillerais pas la loi qui dort.

III

11 La jurisprudence canadienne a rarement abordé la question du supposé crime de tentative de complot.

12 L'arrêt *R. c. Dungey* (1979), 51 C.C.C. (2d) 86 (C.A. Ont.), est la décision publiée la plus pertinente. L'avocat Dungey avait dit à son client de demander un certificat d'aide juridique antidaté couvrant des services qui lui avaient déjà été entièrement payés. Sa manœuvre a échoué. Le client a bien demandé et obtenu l'aide juridique, mais le certificat ne visait que des services futurs.

13 Dungey a été accusé de complot de fraude. Aucune accusation n'a été portée contre le client. Le juge du procès n'était pas convaincu que le client avait consenti à la manœuvre. Il a donc acquitté Dungey puisqu'il ne pouvait y avoir de complot sans entente illégale.

14 The Crown appealed but did not challenge Dungey's acquittal on the conspiracy charge, seeking instead a conviction for *attempted* conspiracy. In the Crown's view, though no agreement had been established, Dungey had attempted to conspire to defraud the Law Society of Upper Canada by soliciting his client's participation in the fraud.

15 The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. Writing for a unanimous court, Dubin J.A. (later C.J.O.) traced the history and considered the purpose of the offence of conspiracy. He then stated:

> If the offence of conspiracy is an auxiliary to the law which creates the crime agreed to be committed, and if the object of making such agreements punishable is to prevent the commission of the substantive offence before it has even reached the stage of an attempt, there appears to be little justification in attaching penal sanction to an act which falls short of a conspiracy to commit the substantive offence.
>
> In the instant case the substantive offence was fraud. To hold that there is an offence of attempting to conspire to defraud is tantamount to convicting a person of an attempt to attempt to defraud. [p. 95]

16 Dubin J.A. concluded that "there is no such offence as attempt to conspire to commit a further substantive offence" (p. 98), "leav[ing] for further consideration whether there could be an attempt to conspire where the conspiracy is the substantive offence, and the question of remoteness would not arise, as distinguished from a case such as this where the offence alleged was a conspiracy to commit a further substantive offence" (p. 99).

17 This case, like *Dungey*, concerns an attempt to conspire to commit a substantive offence. The trial judge nonetheless found that *Dungey* turned on its own particular facts and had no application here. In his view:

> [TRANSLATION] It is true that an attentive reading of [*Dungey*] may lead to the conclusion — a conclusion that some in Canada have perhaps too quickly arrived at

Dans son appel, le ministère public n'a pas contesté l'acquittement de Dungey relativement à l'accusation de complot, cherchant plutôt à le faire déclarer coupable de *tentative* de complot. Selon le ministère public, bien qu'aucune entente n'eût été prouvée, Dungey avait tenté de comploter pour frauder le Barreau du Haut-Canada en demandant à son client de participer à la fraude.

La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public. Rendant le jugement unanime de la cour, le juge Dubin (plus tard Juge en chef de l'Ontario) a dressé l'historique de l'infraction de complot et en a examiné l'objet avant d'indiquer ce qui suit :

> [TRADUCTION] Si l'infraction de complot est un accessoire de la disposition qui crée le crime sur lequel porte l'entente, et si la criminalisation de pareilles ententes a pour objet de prévenir la perpétration de l'infraction matérielle avant même qu'elle ne parvienne au stade de la tentative, il semble peu justifiable que l'on applique une sanction pénale à un acte qui ne constitue pas un complot de commettre l'infraction matérielle.
>
> En l'espèce, l'infraction matérielle est la fraude. Conclure à l'existence d'une infraction de tentative de complot de fraude revient à condamner une personne pour avoir tenté une tentative de fraude. [p. 95]

Le juge Dubin a conclu que [TRADUCTION] « l'infraction de tentative de complot en vue de commettre une autre infraction matérielle n'existe pas » (p. 98), et a indiqué que [TRADUCTION] « la question de savoir s'il pourrait y avoir tentative de complot lorsque le complot est l'infraction matérielle, et que la question de l'éloignement ne se poserait pas, par opposition à une situation comme celle-ci où l'infraction alléguée est un complot en vue de commettre une autre infraction matérielle, pourra être examinée à une autre occasion » (p. 99).

Comme l'affaire *Dungey*, la présente espèce porte sur une tentative de comploter en vue de commettre une infraction matérielle. Le juge de première instance a néanmoins estimé que l'arrêt *Dungey* était tributaire des faits particuliers de cette affaire et ne s'appliquait pas en l'espèce. Selon lui :

> Il est vrai qu'une lecture attentive de [*Dungey*] permet de conclure, que certains ont peut-être conclu un peu rapidement au Canada, relativement à l'inexistence de

— that this offence does not exist. However, the Court of Appeal did not itself rule on its existence, having determined that the facts did not lend themselves to such a judgment. [para. 38]

cette infraction, mais la Cour d'appel ne fait pas l'exercice non plus de conclure à son existence estimant que les faits ne s'y prêtaient pas. [par. 38]

The majority of the Quebec Court of Appeal quoted this passage with approval ([2005] Q.J. No. 5350 (QL), at para. 32) and found that Dubin J.A., in the passage I have quoted at para. 17, left open the decisive question in this case: Is an attempt to conspire to commit a substantive offence — here, theft and culpable possession — a crime in Canada? 18

Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont cité ce passage en l'approuvant ([2005] R.J.Q. 1417, par. 32) et ont conclu que le juge Dubin, dans l'extrait précité au par. 17, avait laissé en suspens la question décisive en l'espèce : la tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle — en l'espèce, le vol et le recel — est-elle un crime au Canada?

On the contrary and with respect, this is *the very question* answered by the Court of Appeal in *Dungey*. It answered that question in the negative, as would I, and it did so in the clearest of terms, which I again reproduce: "[T]here is no such offence as attempt to conspire to commit a further substantive offence" (p. 98). 19

Au contraire et avec égards, c'est *cette question même* qui a été tranchée dans *Dungey*. La Cour d'appel y a répondu par la négative, tout comme je le ferais, en des termes les plus clairs, que je répète ici : [TRADUCTION] « l'infraction de tentative de complot en vue de commettre une autre infraction matérielle n'existe pas » (p. 98).

The question left open by *Dungey* relates instead to offences such as conspiracy in restraint of trade and conspiracy to commit treason or seditious conspiracy, *where conspiracy is the substantive offence*: see *Mewett & Manning on Criminal Law* (3rd ed. 1994), at p. 345; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at p. 705, fn. 424. And that question, unlike the one that concerns us here, remains open to this day. 20

La question que *Dungey* a laissée en suspens se rapporte plutôt à des infractions comme le complot en vue de restreindre la liberté de commerce et le complot de trahison ou de conspiration séditieuse, *où le complot constitue l'infraction matérielle* : voir *Mewett & Manning on Criminal Law* (3e éd. 1994), p. 345; D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4e éd. 2001), p. 705, note 424. Et cette question, contrairement à celle qui nous occupe aujourd'hui, est encore sans réponse.

In support of its conclusion, the majority of the Court of Appeal referred as well to *R. v. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.). The conviction in *May* was for conspiracy to obstruct justice. Obstruction of justice, a distinct offence under the *Criminal Code*, is framed in the language of attempt: "[e]very one who wilfully attempts in any manner to obstruct, pervert or defeat the course of justice" (s. 139(1) (formerly s. 127(1))). It was argued on that basis that the charge of conspiracy to obstruct justice impermissibly combined two forms of inchoate liability. This was said to violate the policy considerations underlying *Dungey*. 21

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont également appuyé leur conclusion sur l'arrêt *R. c. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, May avait été déclaré coupable de complot d'entrave à la justice. L'entrave à la justice, une infraction distincte prévue au *Code criminel*, est définie en termes de tentative : « [q]uiconque volontairement tente de quelque manière d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice » (par. 139(1) (auparavant par. 127(1))). Sur cette base, on a fait valoir que l'accusation de complot en vue d'entraver la justice opérait le cumul interdit de deux formes de responsabilité secondaire. On a prétendu que ceci allait à l'encontre des considérations de politique générale sur lesquelles reposait l'arrêt *Dungey*.

22 In brief reasons delivered orally, Martin J.A. found it unnecessary to consider in detail the reasons set out in *Dungey*. Speaking for a unanimous court, he considered it sufficient to say that obstruction of justice was a substantive offence and that the accused's submission failed for that reason alone.

23 Nothing in *May* supports the view that it is a crime in Canada to attempt to conspire to commit a substantive offence. On the contrary, Martin J.A. specifically noted that the court in *Dungey* "held that the offence of *attempting to conspire* to commit a substantive offence is not an offence under Canadian law" (p. 260 (emphasis in original)). And, in characterizing obstruction of justice as a substantive offence, he simply applied the legal principles set out in *Dungey* to the facts in *May*. Despite the inchoate elements of its statutory definition, obstruction of justice was held to fall within the exception posited by Dubin J.A. in *Dungey*.

24 I turn now to a third relevant Canadian decision.

25 In *R. v. Kotyszyn* (1949), 8 C.R. 246, 95 C.C.C. 261 (Que. C.A.), the accused was a suspected professional abortionist ("*avorteuse professionnelle*"). She was approached by an undercover police officer who claimed to be pregnant and in need of an abortion. The accused agreed to perform the abortion for $100, which was paid by the "boyfriend" — a sergeant-detective. The accused and her "pregnant" client then entered a bedroom. With her implements visibly laid out, the accused declared that she was ready to proceed. The officer thereupon revealed her true identity, arrested the accused and charged her with: (1) conspiracy to commit an abortion; and (2) attempted conspiracy to commit that same indictable offence.

26 At the close of the Crown's case, acquittals were entered on both charges. Agreement — an essential ingredient of conspiracy — was not made out, since the apparent co-conspirator, an undercover police officer, only wished to set a trap and not to have an

Dans ses brefs motifs prononcés oralement, le juge Martin a estimé inutile d'examiner en détail l'arrêt *Dungey*. Exprimant l'opinion unanime de la cour, il a indiqué qu'il suffisait de dire que l'entrave à la justice constitue une infraction matérielle et que l'argument de l'accusé échouait pour cette seule raison.

Rien dans l'arrêt *May* ne permet d'affirmer que le crime de tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle existe au Canada. Au contraire, le juge Martin a expressément indiqué que l'arrêt *Dungey* [TRADUCTION] « a établi que *la tentative de complot* en vue de commettre une infraction matérielle n'est pas une infraction en droit canadien » (p. 260 (en italique dans l'original)). Et, en qualifiant d'infraction matérielle l'entrave à la justice, il a simplement appliqué aux faits de l'affaire *May* les principes juridiques formulés dans *Dungey*. Il a conclu que l'entrave à la justice constitue, malgré les éléments inchoatifs de la définition qu'en donne la loi, l'exception envisagée par le juge Dubin dans *Dungey*.

Examinons une troisième décision canadienne pertinente.

Dans *R. c. Kotyszyn* (1949), 8 C.R. 246 (C.A. Qué.), la police soupçonnait l'accusée d'être une « avorteuse professionnelle ». Une agente double qui prétendait être enceinte et avoir besoin d'un avortement s'est présentée chez elle. L'accusée a accepté de pratiquer l'avortement pour une somme de 100 $, que l'« ami » de l'agente, un sergent-détective, lui a payée. L'accusée a ensuite fait entrer sa cliente « enceinte » dans une chambre où ses instruments étaient bien en évidence et a déclaré qu'elle était prête à procéder. L'agente a alors révélé sa véritable identité, a arrêté l'accusée et l'a inculpée (1) de complot en vue de commettre un avortement et (2) de tentative de complot en vue de commettre le même acte criminel.

À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, l'accusée a été acquittée relativement aux deux chefs d'accusation. Un élément essentiel du complot — l'entente — n'avait pas été prouvé puisque le coconspirateur, une agente double, ne

abortion. Conceding that no conviction could therefore lie on the first charge, the Crown appealed only the acquittal on the charge of *attempted* conspiracy. Though for somewhat different reasons, all five members of the court agreed that the appeal should be dismissed.

voulait que tendre un piège et non se faire avorter. Le ministère public, admettant qu'il ne pouvait obtenir une déclaration de culpabilité à l'égard du premier chef, n'a interjeté appel qu'à l'égard de l'acquittement visant l'accusation de *tentative* de complot. Les cinq juges de la cour ont conclu au rejet de l'appel, quoique pour des motifs quelque peu différents.

Mackinnon J. (*ad hoc*), with whom Galipeault and Barclay JJ.A. concurred, held that the charge did not properly attach to the facts of the case. The accused had gone much further than a mere *attempt* to agree and, if anything, the charge ought to have been for conspiracy. On that charge, however, she had already been finally acquitted. In this light, the Crown's appeal on the count for attempt was seen as an improper endeavour to circumvent the accused's acquittal on the substantive charge.

27 Le juge Mackinnon (*ad hoc*), aux motifs duquel les juges Galipeault et Barclay ont souscrit, a affirmé que l'accusation ne correspondait pas aux faits en cause. L'accusée avait fait beaucoup plus que simplement *tenter* de conclure une entente, et elle aurait dû être accusée de complot. Comme il y avait eu acquittement à l'égard de ce chef, les juges ont considéré que, par son appel, le ministère public essayait à tort de contourner l'acquittement.

Of the five members of the court, only Gagné J.A. discussed attempted conspiracy. He held that attempting to conspire was a crime:

28 Des cinq juges formant la cour, seul le juge Gagné a examiné la question de la tentative de complot. Il a conclu en ces termes que la tentative de complot était un crime :

> [TRANSLATION] Certainly, there may be an attempt to conspire. A presents herself at the home of B and suggests to her an agreement to commit an offence. B refuses. There is no conspiracy, but an attempt on the part of A, an attempt which did not succeed. If she succeeded, that is to say, if there had been acquiescence, the offence of attempt disappeared; it is that of conspiracy that is committed. [p. 265 C.C.C.]

> Certes, il peut y avoir tentative de conspiration. A se présente chez B et lui propose une entente pour commettre une offense. B refuse; il n'y a pas de conspiration, mais une tentative de la part de A, tentative qui n'a pas réussi. Si elle a réussi, c'est-à-dire s'il y a eu acquiescement, l'offense de tentative disparaît; c'est celle de conspiration qui est commise. [p. 252]

Gagné J.A. found, however, that this construct could not be applied to the case before him, since the accused had not proposed the agreement, but merely acquiesced in the officer's proposition: [TRANSLATION] "It is not she who suggested the agreement, it is the other person. She acquiesced." (p. 265 C.C.C.)

Il a cependant estimé que ce raisonnement ne pouvait s'appliquer puisque l'accusée n'avait pas proposé l'entente, elle avait simplement acquiescé : « [c]e n'est pas elle qui a proposé l'entente, c'est l'autre. Elle a acquiescé. » (p. 252)

By emphasizing offer rather than acquiescence as the touchstone for responsibility, Gagné J.A. focussed on enticing another into crime — the evil meant to be caught by counselling. Under our law, it will be remembered, "counsel" includes "procure", "solicit" or "incite": see s. 22(3) of

29 En faisant de l'offre plutôt que de l'acquiescement l'élément essentiel de la responsabilité criminelle, le juge Gagné a mis l'accent sur l'incitation d'une autre personne à participer au crime — le mal que l'infraction de conseiller un crime cherche à réprimer. Dans notre droit, on le sait,

the *Criminal Code*. By treating counselling and attempt as legal equivalents, Gagné J.A. mistook counselling for attempted conspiracy.

30 To conflate counselling and attempt to conspire is to rely on semantics where principle fails. While it may well be true that to counsel another to conspire is, in the ordinary sense of the word, to "attempt" (or *try*) to form a conspiracy, not all efforts to conspire amount, in law, to counselling. Yet we are urged by the Crown in this case to recognize attempted conspiracy as an offence different from, and wider than, the established offence of counselling.

31 In *R. v. Hamilton*, [2005] 2 S.C.R. 432, 2005 SCC 47, this Court held that "the *actus reus* for counselling is the *deliberate encouragement or active inducement of the commission of a criminal offence*" (para. 29 (emphasis in original)): see also *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 57, *per* McLachlin C.J. This relatively high threshold for the *actus reus* of incitement is an essential safeguard. As Charron J. (dissenting, but not on this point) observed at para. 72, "[i]t is th[e] concern of potential overbreadth that informed this Court's adoption in *Sharpe* of a more restricted meaning of counselling." Charron J. noted as well that counselling an offence not committed is rarely prosecuted (para. 48).

32 Here, the Crown proposes an *actus reus* for attempted conspiracy that, if not open-ended, is much broader than the *actus reus* of counselling. Even a tentative and vain effort to reach an unlawful agreement would suffice (respondent's factum, at para. 40). The safeguard that governs counselling would thus be removed for attempted

« conseiller » comprend « amener » et « inciter » : voir le par. 22(3) du *Code criminel*. En considérant le conseil et la tentative comme des équivalents en droit, le juge Gagné a confondu l'infraction consistant à conseiller un crime et la tentative de complot.

Confondre le conseil et la tentative de complot procède d'un recours à la sémantique là où les principes ne suffisent pas. Si l'on peut affirmer que celui qui conseille à un tiers de comploter, suivant le sens ordinaire de ce terme, « tente » (ou *essaie*) de former un complot, il reste que les efforts en vue de comploter ne constituent pas tous, en droit, le fait de conseiller la perpétration d'une infraction. Le ministère public nous invite néanmoins, en l'espèce, à reconnaître que la tentative de complot est une infraction différente de l'infraction reconnue consistant à conseiller une infraction, et qu'elle est plus large.

Dans *R. c. Hamilton*, [2005] 2 R.C.S. 432, 2005 CSC 47, la Cour a statué que « l'*actus reus* de l'infraction consistant à conseiller un crime réside dans *le fait d'encourager délibérément ou d'inciter activement la perpétration d'une infraction criminelle* » (par. 29 (en italique dans l'original)) : voir aussi *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 57, la juge en chef McLachlin. Cet *actus reus* relativement exigeant concernant l'incitation constitue une garantie essentielle. Comme la juge Charron (dissidente, mais non sur ce point) l'a fait remarquer au par. 72, « [c]'est [la] crainte d'une éventuelle portée excessive qui a contribué à l'adoption, par la Cour, d'un sens plus restreint de "conseiller" dans l'arrêt *Sharpe*. » La juge Charron a signalé également qu'il est rare qu'une personne soit accusée d'avoir conseillé la perpétration d'une infraction qui n'a pas été commise (par. 48).

En l'espèce, le ministère public propose pour la tentative de complot un *actus reus* qui, sans être illimité, n'en est pas moins beaucoup plus large que celui de conseiller un crime. Même les efforts préliminaires ou vains pour parvenir à une entente illicite suffiraient (mémoire de l'intimée, par. 40). Ainsi, la garantie applicable relativement

conspiracy. Even if we were to criminalize an attempt to conspire as a form of counselling, I fear that the Crown attempts in this case to squeeze from it more than it yields.

I also note that the court in *Kotyszyn* declined to recognize attempt to conspire as a way of addressing what are sometimes called "unilateral conspiracies". The justification for criminalizing such acts would be that, from the perspective of a compliant accused, the degree of moral turpitude is no different when an accepted invitation to crime is genuine than when it is made by an *agent provocateur* or double agent. There is at least a baseline of moral blameworthiness in such cases because the accused has agreed to join an ostensibly criminal enterprise. Arguably, the offender should thus be punished equally in both cases.

In the United States, a free-standing doctrine of unilateral conspiracy has bridged what was seen in that country as a gap in the law of conspiracy. Would-be conspirators are guilty of unilateral conspiracy where there is no true conspiracy because the agreement of their interlocutors is feigned: see American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)* (1985), Part I, vol. 2, § 5.04(1)(b). As one American court noted, the unilateral conspiracy approach rendered attempt to conspire superfluous: *People v. Schwimmer*, 411 N.Y.S. 2d 922 (App. Div. 1978), at pp. 925-28.

A consistent line of case law in this country precludes us from adopting the American approach. Most notably, the recent decision of this Court in *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, takes a strictly bilateral view of conspiracy. See also *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666, at p. 670, quoted with approval and reaffirmed in *Dynar*, at para. 88; *R. v. Lessard* (1982), 10 C.C.C. (3d) 61 (Que. C.A.); *R. v. Campeau*, [1999] Q.J. No. 5436 (QL) (C.A.). It is thus well established in Canada that there must be actual agreement for a conspiracy to be formed. And actual agreement requires

à l'infraction de conseiller un crime disparaîtrait en matière de tentative de complot. Même si nous devions criminaliser une tentative de complot en tant que forme d'incitation au crime, je crains que le ministère public tente en l'espèce de porter ce raisonnement plus loin qu'il ne peut aller.

33 Je relève en outre que la cour, dans *Kotyszyn*, a refusé de reconnaître la tentative de complot comme moyen de réprimer ce qu'on a parfois appelé le « complot unilatéral ». On invoque au soutien de la criminalisation de tels actes que le degré de turpitude de l'accusé qui a acquiescé n'est pas différent selon que l'invitation à commettre le crime est réelle ou qu'elle émane d'un agent provocateur ou d'un agent double. En consentant à participer à une entreprise manifestement criminelle, l'accusé s'expose à tout le moins à un certain blâme moral. On peut donc soutenir que dans l'un et l'autre cas, le contrevenant mérite punition.

34 Aux États-Unis, on a eu recours à une théorie autonome du complot unilatéral pour combler ce qui était perçu comme une lacune dans le droit applicable en matière de complot. Les conspirateurs en puissance sont coupables de complot unilatéral lorsqu'il n'existe pas de véritable complot parce que l'accord de leurs interlocuteurs est feint : voir American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)* (1985), partie I, vol. 2, § 5.04(1)b). Comme l'a fait remarquer un tribunal américain, la théorie du complot unilatéral rend superflue la tentative de complot : *People c. Schwimmer*, 411 N.Y.S. 2d 922 (App. Div. 1978), p. 925-928.

35 La jurisprudence constante établie au Canada nous empêche d'importer cette démarche américaine. Plus particulièrement, la décision récente de notre Cour dans *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, adhère à une conception strictement bilatérale du complot. Voir également l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666, p. 670, cité avec approbation et confirmé dans *Dynar* (par. 88); *R. c. Lessard* (1982), 10 C.C.C. (3d) 61 (C.A. Qué.); *R. c. Campeau*, [1999] J.Q. nº 5436 (QL) (C.A.). Il est donc bien établi au Canada qu'il faut une entente véritable pour qu'il y ait complot. Et

genuine intention. The unilateral conspiracy doctrine, however well established in the American legal environment, is thus not viable here.

36 Recognition of attempted conspiracy as a crime might well capture cases of feigned agreement, but this sort of change in the law is best left to Parliament. Moreover, the evil targeted by criminalizing unilateral conspiracies will in any event normally be caught under our law by the offence of "counselling an offence not committed". That offence, to which I referred earlier, is set out in s. 464 of the *Criminal Code*:

> **464.** Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of persons who counsel other persons to commit offences, namely,
>
> (*a*) every one who counsels another person to commit an indictable offence is, if the offence is not committed, guilty of an indictable offence and liable to the same punishment to which a person who attempts to commit that offence is liable; and
>
> (*b*) every one who counsels another person to commit an offence punishable on summary conviction is, if the offence is not committed, guilty of an offence punishable on summary conviction.

37 It seems to me as well that this would be an inappropriate occasion for this Court to recognize attempt to conspire as a crime for unilateral conspiracies, even if it were within our power and we were inclined on principle to do so. This is not a case with only one willing party. Nor was there *any* agreement, bogus *or* bona fide, for Mr. Déry to join. The appeal turns entirely on whether criminal liability attaches to fruitless discussions in contemplation of a substantive crime that is never committed, nor even attempted, by any of the parties to the discussions. I am satisfied that it does not.

38 This conclusion is consistent with the state of the law in other jurisdictions that share with us

l'entente véritable exige une intention réelle. La théorie du complot unilatéral, si bien implantée qu'elle soit aux États-Unis, ne saurait donc survivre ici.

La criminalisation de la tentative de complot pourrait bien permettre de sanctionner les ententes feintes, mais c'est au législateur qu'il appartient d'introduire dans le droit un changement de cette sorte. En outre, le mal qu'on cherche à réprimer en criminalisant les complots unilatéraux est, de toute manière, habituellement visé par l'infraction consistant à « conseiller une infraction qui n'est pas commise ». Cette infraction, dont j'ai déjà fait état, est prévue à l'art. 464 du *Code criminel* :

> **464.** Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s'appliquent à l'égard des personnes qui conseillent à d'autres personnes de commettre des infractions :
>
> *a*) quiconque conseille à une autre personne de commettre un acte criminel est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'un acte criminel et passible de la même peine que celui qui tente de commettre cette infraction;
>
> *b*) quiconque conseille à une autre personne de commettre une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire est, si l'infraction n'est pas commise, coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Il me semble également que, même si la Cour était habilitée et disposée en principe à reconnaître la tentative de complot en tant que crime dans les cas de complot unilatéral, la présente espèce ne s'y prête pas. Il ne s'agit pas d'une affaire où une seule personne a acquiescé. Il n'y a eu non plus *aucune* entente, fausse *ou* véritable, à laquelle M. Déry aurait pu acquiescer. Le présent pourvoi porte uniquement sur la question de savoir si des personnes engagent leur responsabilité criminelle en participant à des discussions stériles concernant un crime matériel qui n'a jamais été commis et n'a pas même fait l'objet d'une tentative. Je suis convaincu que ce n'est pas le cas.

Cette conclusion est conforme au droit appliqué dans d'autres pays puisant au même patrimoine

a common legal heritage — and little contemporary support for characterizing attempt to conspire as a crime. In England, the crime of attempt to conspire was abolished by the *Criminal Law Act 1977* (U.K.), 1977, c. 45, modified by the *Criminal Attempts Act 1981* (U.K.), 1981, c. 47. Most courts in the United States that have considered the existence of the alleged crime of attempt to conspire have rejected it. See N. Zimmerman, "Attempted Stalking: An Attempt-to-Almost-Attempt-to-Act" (2000), 20 *N. Ill. U. L. Rev.* 219, at p. 222. There does not appear to be a record of any convictions of attempt to conspire in either Australia or New Zealand, and the crime was specifically abolished in Australia and in several of its states: see *Criminal Code Act 1995* (Cth.), s. 11.1(7); *Criminal Code 2002* (A.C.T.), s. 44(10); and the *Crimes Act 1958* (Vict.), s. 321F(3).

The Attorney General of Canada has brought to our attention decisions in other common law jurisdictions that appear to recognize the crime of attempting to conspire. Even then, however, attempt to conspire has served essentially as a stand-in for counselling or incitement (see *Parshu Ram v. R.* (1967), 13 F.L.R. 138 (Fiji C.A.), and *Kabunga s/o Magingi v. R.* (1955), 22 E.A.C.A. 387 (E. Afr. C.A.)), or as a means to capture unilateral conspirators (see *Harris v. R.* (1927), 48 N.L.R. 330 (S.C. S. Afr., Natal Prov. Div.)). In none of these jurisdictions has attempt to conspire expanded the sphere of criminal liability in the manner urged upon us here.

## IV

The argument in favour of attempted conspiracy is that the provisions governing inchoate liability can be stacked one upon the other, like building blocks. Pursuant to s. 463(*d*), attempting to commit any "offence for which the offender may be prosecuted by indictment" is an indictable offence punishable by half the maximum penalty for the attempted offence. Conspiracy to commit an indictable offence is itself an indictable offence, punishable by the maximum penalty provided for the underlying substantive offence: s. 465(1)(*c*). Likewise, it is argued, attempt to conspire is an

juridique que nous — et aussi peu disposés, actuellement, à criminaliser la tentative de complot. En Angleterre, la *Criminal Law Act 1977* (R.-U.), 1977, ch. 45, modifiée par la *Criminal Attempts Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 47, a aboli le crime de tentative de complot. Aux États-Unis, la plupart des tribunaux qui ont examiné l'existence de ce supposé crime l'ont rejeté. Voir N. Zimmerman « Attempted Stalking : An Attempt-to-Almost-Attempt-to-Act » (2000), 20 *N. Ill. U. L. Rev.* 219, p. 222. Personne ne semble avoir été déclaré coupable de tentative de complot en Australie ou en Nouvelle-Zélande, et ce crime a été aboli en Australie et dans plusieurs États australiens : voir le par. 11.1(7) de la *Criminal Code Act 1995* (Cth.), le par. 44(10) du *Criminal Code 2002* (A.C.T.) et le par. 321F(3) de la *Crimes Act 1958* (Vict.).

39 Le procureur général du Canada nous a signalé des décisions émanant d'autres pays de common law qui semblent reconnaître le crime de tentative de complot. Même dans ces cas, toutefois, la tentative de complot remplaçait essentiellement l'infraction de conseil ou d'incitation (voir *Parshu Ram c. R.* (1967), 13 F.L.R. 138 (C.A. Fiji), et *Kabunga s/o Magingi c. R.* (1955), 22 E.A.C.A. 387 (C.A. Afr. or.), ou servait à criminaliser le complot unilatéral (voir *Harris c. R.* (1927), 48 N.L.R. 330 (C.S. Afr. du Sud, div. prov. du Natal)). Dans aucun de ces endroits, la tentative de complot n'a élargi la portée de la responsabilité criminelle de la façon dont on nous invite à le faire en l'espèce.

## IV

40 On avance, à l'appui de l'existence de la tentative de complot, que les dispositions relatives à la responsabilité secondaire peuvent se superposer, comme les blocs d'un jeu de construction. Suivant l'al. 463*d*), la tentative de commettre « une infraction pour laquelle l'accusé peut être poursuivi par mise en accusation » est un acte criminel qui rend son auteur passible d'une peine d'emprisonnement égale à la moitié de la peine maximale applicable pour cette infraction. Le complot visant la perpétration d'un acte criminel est lui-même un acte criminel, punissable de la même peine que l'acte criminel

offence punishable by half the penalty provided for the completed conspiracy.

41 I agree with Forget J.A. that this argument is seductive in appearance but unsound in principle (para. 79). It assumes, but does not establish, that attempt to conspire is an offence under the *Criminal Code*, and it leaves unresolved the question whether the definition of attempt in s. 24 captures, as a matter of law, an attempt to *conspire*.

42 In virtue of s. 24, a test of proximity separates "mere preparation" from attempt:

> **24.** (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out the intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence.
>
> (2) The question whether an act or omission by a person who has an intent to commit an offence is or is not mere preparation to commit the offence, and too remote to constitute an attempt to commit the offence, is a question of law.

43 The intent of the legislator in s. 24(2) is to fix the threshold of criminal responsibility. Applying the test provided, courts must situate on a continuum from antisocial contemplation to prohibited conduct — or *bad thought* to *substantive crime* — the point where the criminal law intervenes. This continuum was aptly described a half-century ago by Laidlaw J.A. in *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18 (Ont. C.A.):

> The consummation of a crime usually comprises a series of acts which have their genesis in an idea to do a criminal act; the idea develops to a decision to do that act; a plan may be made for putting that decision into effect; the next step may be preparation only for carrying out the intention and plan; but when that preparation is in fact fully completed, the next step in the series of acts done by the accused for the purpose and with the intention of committing the crime as planned cannot, in my opinion, be regarded as remote in its connection with that crime. The connection is in fact proximate. [p. 28]

en cause : al. 465(1)*c*). De même, affirme-t-on, la tentative de complot est une infraction rendant son auteur passible d'une peine égale à la moitié de la peine prévue pour le complot.

Je reconnais comme le juge Forget de la Cour d'appel (au par. 79) que si cet argument peut sembler séduisant, il est mal fondé au plan des principes. Il suppose, sans l'établir, que la tentative de complot est une infraction prévue par le *Code criminel*, et il ne répond pas à la question de savoir si la définition de tentative énoncée à l'art. 24 englobe, en droit, la tentative de *complot*.

L'article 24 établit un critère de proximité qui distingue la « simple préparation » de la tentative :

> **24.** (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.
>
> (2) Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas une simple préparation à la perpétration de l'infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l'infraction.

Au paragraphe 24(2), le législateur a voulu établir le seuil de la responsabilité criminelle. En appliquant ce critère, les tribunaux doivent déterminer à quel point du continuum allant du dessein antisocial à la conduite prohibée — ou *de la mauvaise pensée* au *crime matériel* — le droit criminel intervient. Ce continuum a été très bien décrit par le juge Laidlaw dans *R. c. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18 (C.A. Ont.), il y a un demi-siècle :

> [TRADUCTION] La perpétration d'un crime comprend habituellement une série d'actes qui débute par l'idée d'accomplir un acte criminel; l'idée se transforme en décision d'accomplir cet acte; un projet peut être élaboré pour mettre cette décision à exécution; l'étape suivante peut être la préparation seulement en vue de mettre en œuvre l'intention et le projet; mais lorsque cette préparation est en fait entièrement terminée, l'étape suivante dans la série d'actes accomplis par l'accusé dans le but et l'intention de commettre le crime projeté ne peut, à mon avis, être considérée comme éloignée dans son rapport avec ce crime. Le rapport est en fait rapproché. [p. 28]

In *Dynar*, Cory and Iacobucci JJ. observed that conspiracy is an act that precedes the next step after preparing to carrying out a plan:

> Conspiracy is in fact a more "preliminary" crime than attempt, since the offence is considered to be complete before any acts are taken that go beyond mere preparation to put the common design into effect. The Crown is simply required to prove a meeting of the minds with regard to a common design to do something unlawful .... [Emphasis added; para. 87.]

And they explained that "the reason for punishing conspiracy before any steps are taken towards attaining the object of the agreement is to prevent the unlawful object from being attained, and therefore to prevent this serious harm from occurring" (para. 90 (emphasis added)). The serious harm referred to is not the conspiracy but the substantive offence. By criminalizing conspiracy, the legislature has intervened earlier along the continuum because of the increased danger represented by a cohort of wrongdoers acting in concert. See G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4th ed. 1998), at pp. 661-63.

The question this Court must now answer is whether acts that precede a conspiracy are sufficiently proximate to a substantive offence to warrant criminal sanction. In *Dungey*, Dubin J.A. answered this question in the negative:

> Notwithstanding that the charge was one of conspiracy, the conduct of the respondent should be viewed as a step preparatory to committing the substantive offence of fraud and, in that sense, what he did would be too remote to constitute an attempt. [p. 98]

In *R. v. Chan* (2003), 178 C.C.C. (3d) 269 (Ont. C.A.), Simmons J.A. was of a similar view:

> Strictly inchoate crimes are a unique class of criminal offences in the sense that they criminalize acts that precede harmful conduct but do not necessarily inflict harmful consequences in and of themselves. It can thus be appreciated that it could extend the criminal law too far to reach behind those acts and criminalize behaviour that precedes those acts. [para. 69]

Dans *Dynar*, les juges Cory et Iacobucci indiquent que le complot précède l'étape postérieure à la préparation de l'exécution d'un projet : 44

> Le complot est en fait un crime plus « préliminaire » que la tentative, car cette infraction est considérée consommée avant l'accomplissement de tout acte qui dépasserait le stade des actes simplement préparatoires à la mise à exécution du projet commun. Le ministère public doit simplement prouver la rencontre des volontés concernant un projet commun en vue de l'accomplissement d'un acte illégal . . . [Je souligne; par. 87.]

Et ils expliquent que « la répression du complot intervient avant l'accomplissement d'un acte visant à réaliser l'objet illégal de l'entente, et par conséquent en vue d'y faire obstacle afin d'empêcher que ce grave préjudice ne soit causé » (par. 90 (je souligne)). Le grave préjudice en question n'est pas le complot mais l'infraction matérielle. En criminalisant le complot, le législateur intervient plus tôt dans le continuum en raison du danger accru que présente un regroupement de malfaiteurs agissant de concert. Voir G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4e éd. 1998), p. 661-663.

La Cour doit maintenant répondre à la question de savoir si les actes qui précèdent un complot sont suffisamment rapprochés de l'infraction matérielle pour justifier une sanction criminelle. Dans *Dungey*, le juge Dubin a répondu à cette question par la négative : 45

> [TRADUCTION] Bien que le défendeur ait été accusé de complot, sa conduite doit être considérée comme une étape préparatoire à la perpétration de l'infraction matérielle de fraude et, dans ce sens, elle est trop éloignée pour constituer une tentative. [p. 98]

Dans *R. c. Chan* (2003), 178 C.C.C. (3d) 269 (C.A. Ont.), le juge Simmons a exprimé une opinion semblable :

> [TRADUCTION] Les crimes strictement inchoatifs constituent une catégorie singulière d'infractions criminelles en ce sens qu'ils criminalisent des actes qui précèdent le comportement préjudiciable mais ne produisent pas nécessairement eux-mêmes des conséquences préjudiciables. On peut donc voir que cette catégorie d'infractions pourrait étendre excessivement l'empire du droit pénal de façon à remonter au-delà des actes et à criminaliser le comportement qui précède ces actes. [par. 69]

46 I agree with these observations. In *Dungey*, Dubin J.A. left the door open to a possible exception for substantive conspiracy precisely because, in that context, "the question of remoteness would not arise" (p. 99) since substantive conspiracies are themselves the legislative focus of the perceived harm, and not simply the risk of its possible commission.

47 Given that conspiracy is essentially a crime of intention, and "[c]riminal law should not patrol people's thoughts" (*Dynar*, at para. 169, *per* Major J.), it is difficult to reach further than the law of conspiracy already allows. Even if it were possible, it has never been the goal of the criminal law to catch all crime [TRANSLATION] "in the egg", as the Attorney General for Canada has put it in this case (factum, at para. 58). In this sense, conspiracies are criminalized when hatched. And they can only be hatched by agreement.

48 This basic element of conspiracy — agreement — exposes the otherwise hidden criminal intentions of the parties to it. This demonstrates their commitment to a prohibited act. By contrast, the criminal law intervenes later in the progression from thought to deed where someone acts alone. Overt steps are then thought necessary to disclose and establish with sufficient certainty the criminal intention that is an essential element of the attempt to commit an offence.

49 By its very nature, moreover, an agreement to commit a crime in concert with others enhances the risk of its commission. Early intervention through the criminalization of conspiracy is therefore both principled and practical.

50 Likewise, the criminalization of attempt is warranted because its purpose is to prevent harm by punishing behaviour that demonstrates a substantial risk of harm. When applied to conspiracy, the justification for criminalizing attempt is lost, since an attempt to conspire amounts, at best, to a risk that a risk will materialize.

Je suis de cet avis. Dans *Dungey*, le juge Dubin a prévu la possible exception du complot matériel justement parce que, dans ce contexte, [TRADUCTION] « la question de l'éloignement ne se poserait pas » (p. 99) puisque le préjudice appréhendé sur lequel la loi met l'accent est le complot matériel lui-même, non simplement un risque que le complot puisse se concrétiser.

Étant donné que le complot est essentiellement un crime d'intention et que le « droit pénal ne devrait pas scruter les consciences » (*Dynar*, par. 169, le juge Major), il est difficile d'aller plus loin que ce que le droit permet déjà relativement au complot. Et même si cela était possible, le droit criminel n'a jamais eu pour objectif de réprimer « dans l'œuf » tout projet de crime, comme l'a indiqué le procureur général du Canada (mémoire, par. 58). En ce sens, le complot devient criminel lorsqu'il éclot. Et seule une entente peut le faire éclore.

L'entente, cet élément fondamental du complot, expose les intentions criminelles, par ailleurs dissimulées, des participants au complot. Elle démontre leur volonté d'accomplir un acte interdit. Lorsqu'une personne agit seule par contre, le droit criminel intervient plus tard dans le continuum entre la pensée et l'acte. On estime alors que des démarches manifestes sont nécessaires pour mettre en évidence et établir avec assez de certitude l'intention criminelle formant l'élément essentiel de la tentative de commettre une infraction.

En outre, par sa nature même, l'entente entre plusieurs personnes concernant la perpétration de concert d'un crime accroît le risque qu'il soit commis. L'intervention précoce que permet la criminalisation du complot trouve ainsi sa justification tant sur le plan des principes que sur le plan pratique.

La criminalisation de la tentative se justifie, de la même façon, parce qu'elle a pour but de prévenir les actes préjudiciables en sanctionnant un comportement qui manifeste un risque substantiel de préjudice. Lorsqu'on l'applique au complot, cette justification de la criminalisation de la tentative disparaît car une tentative de complot constitue, au mieux, un risque qu'un risque se matérialise.

Finally, though Mr. Déry discussed a crime hoping eventually to commit it with others, neither he nor they committed, or even agreed to commit, the crimes they had discussed. The criminal law does not punish bad thoughts of this sort that were abandoned before an agreement was reached, or an attempt made, to act upon them.

V

For these reasons, I would allow the appeal, set aside Mr. Déry's convictions and order that acquittals be entered instead.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Philippe Larochelle, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General's Prosecutor for Quebec, Québec.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

Enfin, bien que M. Déry ait discuté du crime en espérant éventuellement le commettre avec d'autres personnes, ni lui ni ces autres personnes n'ont commis ni n'ont même convenu de commettre le crime dont ils ont parlé. Le droit criminel ne punit pas les mauvaises pensées de cette sorte qui sont abandonnées avant que les parties ne concluent d'entente ou ne tentent de passer à l'acte. 51

V

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité de M. Déry et d'y substituer des acquittements. 52

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Philippe Larochelle, Montréal.*

*Procureur de l'intimée : Substitut du procureur général du Québec, Québec.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**Dale Sappier and Clark Polchies** *Respondents*

- and -

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**Darrell Joseph Gray** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Union of New Brunswick Indians, Forest Products Association of Nova Scotia, Mi'gmawei Mawiomi, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Assembly of First Nations, New Brunswick Forest Products Association, Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs, Okanagan Nation Alliance and Shuswap Nation Tribal Council, Congress of Aboriginal Peoples, and Songhees Indian Band, Malahat First Nation, T'Sou-ke First Nation, Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations)** *Interveners*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**Dale Sappier et Clark Polchies** *Intimés*

- et -

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**Darrell Joseph Gray** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Union des Indiens du Nouveau-Brunswick, Forest Products Association of Nova Scotia, Mi'gmawei Mawiomi, New Brunswick Aboriginal Peoples Council, Assemblée des Premières Nations, Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick, Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs, Okanagan Nation Alliance et Shuswap Nation Tribal Council, Congrès des peuples autochtones, et bande indienne de Songhees, Première Nation de Malahat, Première Nation de T'Sou-ke, Première Nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations Te'mexw)** *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. SAPPIER; R. v. GRAY

**Neutral citation: 2006 SCC 54.**

File Nos.: 30533, 30531.

2006: May 17, 18; 2006: December 7.

RÉPERTORIÉ : R. c. SAPPIER; R. c. GRAY

**Référence neutre : 2006 CSC 54.**

N^os du greffe : 30533, 30531.

2006 : 17, 18 mai; 2006 : 7 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

*Aboriginal law — Aboriginal rights — Right to harvest wood for personal uses — Members of Maliseet and Mi'kmaq First Nations charged in New Brunswick with unlawful possession or unlawful cutting of Crown timber — Crown lands where timber harvested forming part of First Nations' traditional territory — Whether Maliseet and Mi'kmaq have aboriginal right to harvest wood for personal uses on Crown lands.*

*Aboriginal law — Van der Peet test — Meaning of "distinctive culture".*

The respondents, S and P who are Maliseet and G who is Mi'kmaq, were charged under New Brunswick's *Crown Lands and Forests Act* with unlawful possession of or cutting of Crown timber from Crown lands. The logs had been cut or taken from lands traditionally harvested by the respondents' respective First Nations. Those taken by S and P were to be used for the construction of P's house and the residue for community firewood. Those cut by G were to be used to fashion his furniture. The respondents had no intention of selling the logs or any product made from them. Their defence was that they possessed an aboriginal and treaty right to harvest timber for personal use. They were acquitted at trial. S and P's acquittals were upheld by the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal. G's acquittal was set aside by the Court of Queen's Bench but restored on appeal. G did not pursue his treaty right claim before the Court of Appeal or before this Court.

*Held*: The appeals should be dismissed. The respondents made out a defence of aboriginal right.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Aboriginal rights are founded upon practices, customs, or traditions which were integral to the distinctive

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Droit des autochtones — Droits ancestraux — Droit de récolter du bois à des fins personnelles — Accusations de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres déposées au Nouveau-Brunswick contre des membres des premières nations malécite et mi'kmaq — Les terres de la Couronne où le bois a été récolté font partie du territoire traditionnel des premières nations concernées — Les Malécites et les Mi'kmaq possèdent-ils un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins personnelles sur les terres de la Couronne?*

*Droit des autochtones — Critère de l'arrêt Van der Peet — Sens de l'expression « culture distinctive ».*

Les intimés — S et P qui sont des Malécites et G qui est un Mi'kmaq — ont été accusés, en vertu de la loi du Nouveau-Brunswick intitulée la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres. Les grumes avaient été coupées ou prises sur des terres où les premières nations des intimés pratiquaient traditionnellement des activités de récolte. Les grumes prises par S et P devaient être utilisées pour construire une maison pour P et le reste être mis à la disposition de la réserve comme bois de chauffage. Celles coupées par G devaient être utilisées par celui-ci pour se fabriquer des meubles. Les intimés n'avaient aucune intention de vendre les grumes de bois ni les produits fabriqués avec ce bois. En défense, les intimés ont dit posséder un droit ancestral et un droit issu de traités les autorisant à récolter du bois à des fins personnelles. Ils ont été acquittés en première instance. L'acquittement de S et de P a été confirmé par la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel. L'acquittement de G a été écarté par la Cour du Banc de la Reine mais rétabli par la Cour d'appel. G a renoncé à faire valoir sa revendication d'un droit issu de traités devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

*Arrêt* : Les pourvois sont rejetés. Les intimés ont établi le bien-fondé de leur moyen de défense fondé sur l'existence d'un droit ancestral.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Les droits ancestraux reposent sur les coutumes, pratiques ou traditions qui faisaient partie intégrante de la

pre-contact culture of an aboriginal people. Here, the way of life of the Maliseet and of the Mi'kmaq during the pre-contact period was that of migratory peoples who lived from fishing and hunting and who used the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation. The record also showed that wood was used to fulfill the communities' domestic needs for such things as shelter, transportation, tools and fuel. The relevant practice in the present cases, therefore, must be characterized as a right to harvest wood for domestic uses as a member of the aboriginal community. This right so characterized has no commercial dimension and the harvested wood cannot be sold, traded or bartered to produce assets or raise money, even if the object of such trade or barter is to finance the building of a dwelling. Further, it is a communal right; it cannot be exercised by any member of the aboriginal community independently of the aboriginal society it is meant to preserve. Lastly, the right is site-specific, such that its exercise is necessarily limited to Crown lands traditionally harvested by members' respective First Nations. In these cases, the respondents possessed an aboriginal right to harvest wood for domestic uses on Crown lands traditionally used for that purpose by their respective First Nations. [21] [24-26] [72]

culture distinctive des peuples autochtones avant leur contact avec les Européens. Dans les présentes affaires, pendant la période antérieure à leur contact avec les Européens, les Malécites et les Mi'kmaq étaient des peuples nomades qui vivaient de la pêche et de la chasse et qui utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer. Il ressort également du dossier que le bois récolté par les membres de la collectivité était destiné à des usages domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils. En conséquence, la pratique pertinente en l'espèce doit être caractérisée comme étant le droit de récolter du bois à des fins domestiques en tant que membre de la collectivité autochtone. Le droit ainsi caractérisé n'a aucune dimension commerciale et le bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent, même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En outre, il s'agit d'un droit collectif qui ne doit pas être exercé par un membre de la collectivité autochtone indépendamment de la société autochtone qu'il vise à préserver. Enfin, le droit est spécifique à un site, de sorte qu'il est nécessairement limité aux terres de la Couronne traditionnellement utilisées pour la récolte du bois par les membres des premières nations concernées. Dans les présents pourvois, les intimés sont titulaires d'un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins domestiques sur les terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin par leur première nation respective. [21] [24-26] [72]

Although very little evidence was led with respect to the actual harvesting practice, an aboriginal right can be based on evidence showing the importance of a resource to the pre-contact culture of an aboriginal people. Courts must be flexible and be prepared to draw necessary inferences about the existence and integrality of a practice when direct evidence is not available. The evidence in these cases established that wood was critically important to the pre-contact Maliseet and Mi'kmaq, and it can be inferred from the evidence that the practice of harvesting wood for domestic uses was significant, though undertaken primarily for survival purposes. [27-28] [33]

Bien que très peu d'éléments de preuve aient été présentés quant à la pratique de la récolte proprement dite, l'existence d'un droit ancestral peut être fondée sur des preuves relatives à l'importance d'une ressource dans la culture d'un peuple autochtone avant l'arrivée des Européens. Les tribunaux doivent faire montre de souplesse et, en l'absence de preuves directes, être disposés à faire les inférences nécessaires pour déterminer si la pratique existait et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive. Dans les présents pourvois, il a été établi que le bois avait une importance cruciale pour les Malécites et les Mi'kmaq avant le contact avec les Européens, et la preuve permet d'inférer que la pratique consistant à récolter du bois à des fins domestiques était importante, même si le bois était surtout récolté pour assurer la survie. [27-28] [33]

A practice undertaken for survival purposes can be considered integral to an aboriginal community's distinctive culture. The nature of the practice which founds an aboriginal right claim must be considered in the context of the pre-contact distinctive culture. "Culture" is an inquiry into the pre-contact way of life of a particular aboriginal community, including means of survival,

Une pratique ayant pour but la survie peut être considérée comme faisant partie intégrante de la culture distinctive d'un peuple autochtone. La nature de la pratique sur laquelle repose la revendication de droit ancestral doit être examinée dans le contexte de la culture distinctive de la collectivité autochtone visée avant son contact avec les Européens. Pour savoir ce que signifie

socialization methods, legal systems, and, potentially, trading habits. The qualifier "distinctive" incorporates an element of aboriginal specificity but does not mean "distinct". The notion of aboriginality must not be reduced to racialized stereotypes of aboriginal peoples. A court, therefore, must first inquire into the way of life of the pre-contact peoples and seek to understand how the particular pre-contact practice relied upon by the rights claimants relates to that way of life. A practice of harvesting wood for domestic uses undertaken in order to survive is directly related to the pre-contact way of life and meets the "integral to a distinctive culture" threshold. [38] [45-48]

The nature of the right cannot be frozen in its pre-contact form but rather must be determined in light of present-day circumstances. The right to harvest wood for the construction of temporary shelters must be allowed to evolve into one to harvest wood by modern means to be used in the construction of a modern dwelling. The site-specific requirement was also met. The Crown conceded in the case of S and P and the evidence established in the case of G that the harvesting of trees occurred within Crown lands traditionally used for this activity by members of their respective First nations. [48] [52-53]

The Crown either accepted or did not challenge before the Court of Appeal that the relevant provisions of the *Crown Lands and Forests Act* infringed the respondents' aboriginal right, and it did not attempt to justify the infringement in this Court. [54-55]

The Crown did not discharge its burden of proving that the aboriginal right had been extinguished by pre-Confederation statutes. The power to extinguish aboriginal rights in the colonial period rested with the Imperial Crown and it was unclear whether the colonial legislature had ever been granted the legal authority to do so. In any event, the legislation relied upon by the Crown as proof of extinguishment was primarily regulatory in nature. The regulation of Crown timber through a licensing scheme does not meet the high standard of demonstrating a clear intent to extinguish the aboriginal right to harvest wood for domestic uses. [57-60]

la « culture », il faut se demander en quoi consistait le mode de vie d'une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens, y compris ses moyens de subsistance, ses méthodes de socialisation, son système juridique et, éventuellement, ses habitudes de troc. Le qualificatif « distinctif » intègre un élément de spécificité autochtone, mais ne signifie pas « distinct ». La notion d'autochtonité ne saurait être réduite à des stéréotypes racialisés envers les peuples autochtones. Le tribunal doit d'abord déterminer quel était le mode de vie des peuples concernés avant l'arrivée des Européens et tenter de comprendre le lien entre ce mode de vie et la pratique antérieure au contact sur laquelle repose la revendication. La pratique consistant à récolter du bois à des fins domestiques dans le but d'assurer la survie est directement reliée au mode de vie antérieur au contact et satisfait au critère de la « partie intégrante de la culture distinctive ». [38] [45-48]

La nature du droit ne saurait être figée dans sa forme antérieure au contact, mais doit être dégagée à la lumière des circonstances actuelles. Le droit de récolter du bois pour la construction d'abris temporaires doit être autorisé à évoluer en un droit de récolter du bois, par des moyens modernes, pour la construction d'une habitation moderne. La condition relative aux sites spécifiques est également respectée. Dans le cas de S et de P, le ministère public a concédé que les arbres avaient été récoltés sur des terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin par des membres de leur première nation respective, et, dans le cas de G, la preuve a également établi ce fait. [48] [52-53]

Le ministère public a soit reconnu soit décidé de ne pas contester devant la cour d'appel que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portaient atteinte au droit ancestral des intimés et il n'a pas tenté de justifier cette atteinte devant notre Cour. [54-55]

Le ministère public n'a pas, comme il lui incombait de le faire, établi que le droit ancestral a été éteint par des lois préconfédératives. Pendant la période coloniale, c'est la Couronne impériale qui détenait le pouvoir d'éteindre les droits ancestraux et il n'est pas clair que la Couronne impériale ait jamais conféré à la législature du Nouveau-Brunswick de l'époque coloniale le pouvoir de le faire. Quoi qu'il en soit, les textes législatifs invoqués par le ministère public comme preuve de l'extinction participent principalement de la réglementation. Le recours à un régime de permis pour réglementer la récolte de bois se trouvant sur les terres de la Couronne ne satisfait pas à la norme élevée exigeant la preuve d'une intention claire d'éteindre le droit ancestral de récolter le bois à des fins domestiques. [57-60]

Given this Court's decision on the aboriginal right issue, there was no need to decide whether S and P also would benefit from a treaty right to harvest wood for personal uses. [3]

*Per* Binnie J.: The reasons of Bastarache J. were agreed with except as to his limitation of the exercise of aboriginal rights within modern aboriginal communities. A division of labour existed in aboriginal communities, pre-contact. Barter (and, its modern equivalent, sale) within the reserve or other local aboriginal community would reflect a more efficient use of human resources than requiring all members of the community to do everything for themselves. Trade, barter or sale outside the reserve or other local aboriginal community where the person exercising the aboriginal right lives would represent a commercial activity outside the scope of the aboriginal right established in this case. [74]

**Cases Cited**

By Bastarache J.

**Applied:** *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Bernard* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Newfoundland v. Drew* (2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53, aff'g (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105.

**Statutes and Regulations Cited**

*Act further to amend Chapter 133, Title xxxiv, of the Revised Statutes, "Of trespasses on lands, private property, and lumber"*, S.N.B. 1862, 25 Vict., c. 24.
*Constitution Act, 1982*, s. 35.
*Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1, ss. 67(1)(*a*), (*c*), 67(2).
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

**Authors Cited**

Barsh, Russel Lawrence, and James Youngblood Henderson. "The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy:

Vu la décision de notre Cour sur la question du droit ancestral, il n'est pas nécessaire de décider si S et P sont également titulaires d'un droit issu de traités les autorisant à récolter du bois. [3]

*Le* juge Binnie : Il y a accord avec les motifs du juge Bastarache, sauf en ce qui concerne la limite à laquelle il assujettit l'exercice des droits ancestraux à l'intérieur des collectivités autochtones modernes. Avant l'arrivée des Européens, les collectivités autochtones avaient elles aussi instauré une division du travail. Le troc (et son équivalent moderne, la vente) représenterait une utilisation plus efficace des ressources humaines au sein de la réserve ou autre collectivité autochtone locale que le fait d'obliger chaque membre de la réserve ou communauté à laquelle appartient le droit à faire tout lui-même. Le commerce, le troc ou la vente à l'extérieur de la réserve ou autre collectivité autochtone locale où vit la personne exerçant le droit ancestral constituerait une activité commerciale outrepassant la portée du droit ancestral reconnu dans la présente cause. [74]

**Jurisprudence**

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt appliqué :** *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêts mentionnés :** *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Bernard* (2003), 262 R.N.-B. (2e) 1, 2003 NBCA 55; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Newfoundland c. Drew* (2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53, conf. (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105.

**Lois et règlements cités**

*Act further to amend Chapter 133, Title xxxiv, of the Revised Statutes, « Of trespasses on lands, private property, and lumber »*, S.N.B. 1862, 25 Vict., ch. 24.
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.
*Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1, art. 67(1)*a*), *c*), 67(2).

**Doctrine citée**

Barsh, Russel Lawrence, and James Youngblood Henderson. « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy :

Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993.

Borrows, John, and Leonard I. Rotman. "The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference?" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9.

Cheng, Chilwin Chienhan. "Touring the Museum: A Comment on *R. v. Van der Peet*" (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419.

Patterson, Stephen E. "Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context" (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 41.

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Wicken, William C. *Mi'kmaq Treaties on Trial.* Toronto: University of Toronto Press, 2002.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Daigle, Deschênes and Robertson JJ.A.) (2004), 273 N.B.R. (2d) 93, 717 A.P.R. 93, 242 D.L.R. (4th) 433, [2004] 4 C.N.L.R. 252, [2004] N.B.J. No. 295 (QL), 2004 NBCA 56, affirming a decision of Clendening J. (2003), 267 N.B.R. (2d) 51, 702 A.P.R. 51, [2004] 2 C.N.L.R. 281, [2003] N.B.J. No. 386 (QL), 2003 NBQB 389, affirming a decision of Cain Prov. Ct. J. (2003), 267 N.B.R. (2d) 1, 702 A.P.R. 1, [2003] 2 C.N.L.R. 294, [2003] N.B.J. No. 25 (QL), 2003 NBPC 2. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Daigle, Deschênes and Robertson JJ.A.) (2004), 273 N.B.R. (2d) 157, 717 A.P.R. 157, [2004] 4 C.N.L.R. 201, [2004] N.B.J. No. 291 (QL), 2004 NBCA 57, setting aside a decision of McIntyre J., 2003 CarswellNB 635, setting aside a decision of Arsenault Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

*William B. Richards, Henry S. Brown, Q.C.*, and *Iain R. W. Hollett*, for the appellant.

*Richard Hatchette* and *Maria G. Henheffer, Q.C.*, for the respondents Dale Sappier and Clark Polchies.

*Ronald E. Gaffney* and *Thomas J. Burke*, for the respondent Darrell Joseph Gray.

*Mitchell R. Taylor* and *Mark Kindrachuk, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Owen Young* and *Ria Tzimas*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993.

Borrows, John, and Leonard I. Rotman. « The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights : Does it Make a Difference? » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9.

Cheng, Chilwin Chienhan. « Touring the Museum : A Comment on *R. v. Van der Peet* » (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419.

Patterson, Stephen E. « Anatomy of a Treaty : Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 41.

Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

Wicken, William C. *Mi'kmaq Treaties on Trial.* Toronto : University of Toronto Press, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Daigle, Deschênes et Robertson) (2004), 273 R.N.-B. (2e) 93, 717 A.P.R. 93, 242 D.L.R. (4th) 433, [2004] 4 C.N.L.R. 252, [2004] A.N.-B. nº 295 (QL), 2004 NBCA 56, qui a confirmé une décision de la juge Clendening (2003), 267 R.N.-B. (2e) 51, 702 A.P.R. 51, [2004] 2 C.N.L.R. 281, [2003] A.N.-B. nº 386 (QL), 2003 NBBR 389, qui avait confirmé une décision du juge Cain (2003), 267 R.N.-B. (2e) 1, 702 A.P.R. 1, [2003] 2 C.N.L.R. 294, [2003] A.N.-B. nº 25 (QL), 2003 NBCP 2. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Daigle, Deschênes et Robertson) (2004), 273 R.N.-B. (2e) 157, 717 A.P.R. 157, [2004] 4 C.N.L.R. 201, [2004] A.N.-B. nº 291 (QL), 2004 NBCA 57, qui a infirmé une décision du juge McIntyre, 2003 CarswellNB 635, qui avait infirmé une décision du juge Arsenault. Pourvoi rejeté.

*William B. Richards, Henry S. Brown, c.r.*, et *Iain R. W. Hollett*, pour l'appelante.

*Richard Hatchette* et *Maria G. Henheffer, c.r.*, pour les intimés Dale Sappier et Clark Polchies.

*Ronald E. Gaffney* et *Thomas J. Burke*, pour l'intimé Darrell Joseph Gray.

*Mitchell R. Taylor* et *Mark Kindrachuk, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Owen Young* et *Ria Tzimas*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*René Morin* and *Caroline Renaud*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Alexander MacBain Cameron*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Patrick G. Foy*, *Q.C.*, and *Robert J. C. Deane*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Robert J. Normey* and *Thomas G. Rothwell*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Donald H. Burrage*, *Q.C.*, and *Justin S. C. Mellor*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

*Daniel R. Theriault*, for the intervener the Union of New Brunswick Indians.

*Thomas E. Hart* and *Jane O'Neill*, for the intervener the Forest Products Association of Nova Scotia.

*D. Bruce Clarke*, for the intervener Mi'gmawei Mawiomi.

*Michael J. Wood*, *Q.C.*, for the intervener the New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

*Bryan P. Schwartz* and *Jack R. London*, *Q.C.*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*Mahmud Jamal* and *Neil Paris*, for the intervener the New Brunswick Forest Products Association.

*Ronalda Murphy*, *Mary Jane Abram* and *Douglas Brown*, for the intervener the Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs.

*Clarine Ostrove* and *Leslie J. Pinder*, for the interveners the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council.

*Andrew K. Lokan* and *Joseph E. Magnet*, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

*Robert J. M. Janes*, for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations).

*René Morin* et *Caroline Renaud*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Alexander MacBain Cameron*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Patrick G. Foy*, *c.r.*, et *Robert J. C. Deane*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Robert J. Normey* et *Thomas G. Rothwell*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Donald H. Burrage*, *c.r.*, et *Justin S. C. Mellor*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Daniel R. Theriault*, pour l'intervenante l'Union des Indiens du Nouveau-Brunswick.

*Thomas E. Hart* et *Jane O'Neill*, pour l'intervenante Forest Products Association of Nova Scotia.

*D. Bruce Clarke*, pour l'intervenant Mi'gmawei Mawiomi.

*Michael J. Wood*, *c.r.*, pour l'intervenant New Brunswick Aboriginal Peoples Council.

*Bryan P. Schwartz* et *Jack R. London*, *c.r.*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*Mahmud Jamal* et *Neil Paris*, pour l'intervenante l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick.

*Ronalda Murphy*, *Mary Jane Abram* et *Douglas Brown*, pour l'intervenante Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs.

*Clarine Ostrove* et *Leslie J. Pinder*, pour les intervenants Okanagan Nation Alliance et Shuswap Nation Tribal Council.

*Andrew K. Lokan* et *Joseph E. Magnet*, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

*Robert J. M. Janes*, pour les intervenantes la bande indienne de Songhees, la Première Nation de Malahat, la Première Nation de T'Sou-ke, la Première Nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et la bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations Te'mexw).

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

The three respondents were charged with unlawful possession or cutting of Crown timber. Messrs. Sappier and Polchies are Maliseet, and Mr. Gray is Mi'kmaq. All three respondents argued in defence that they possess an aboriginal and treaty right to harvest timber for personal use. Mr. Gray has since abandoned his treaty right claim.

The respondents submit that the practice of harvesting timber for personal use was an integral part of the distinctive culture of the Maliseet and Mi'kmaq peoples prior to contact with Europeans. The claimed right refers to the practice of harvesting trees to fulfil the domestic needs of the pre-contact communities for such things as shelter, transportation, fuel and tools. The Maliseet and Mi'kmaq were migratory living from hunting and fishing, and using the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation. The central question on appeal is how to define the distinctive culture of such peoples, and how to determine which pre-contact practices were integral to that culture. The Crown submits that the evidence of wood usage in pre-contact Maliseet and Mi'kmaq societies was primarily a reference to the need for harvesting wood on a daily basis in order to survive. In the Crown's submission, this is not sufficient to establish a defining practice, custom or tradition that truly made the society what it was.

For the reasons that follow, I find that all three respondents have established an aboriginal right to

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Les trois intimés ont été accusés de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres. Messieurs Sappier et Polchies sont membres de la collectivité malécite et M. Gray appartient à la collectivité mi'kmaq. Comme moyen de défense, les trois intimés ont dit posséder un droit ancestral et un droit issu de traités leur permettant de récolter du bois à des fins personnelles. Depuis, M. Gray a renoncé à sa revendication fondée sur l'existence d'un droit issu de traités. 1

Les intimés soutiennent que la récolte de bois à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des peuples malécite et mi'kmaq avant leur contact avec les Européens. Le droit revendiqué découlerait de la récolte de bois effectuée à l'époque à des fins domestiques, notamment pour les abris, le transport, le combustible et les outils. Les Malécites et les Mi'kmaq étaient des peuples nomades qui vivaient de la chasse et de la pêche et utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer. Comment peut-on définir la culture distinctive de ces peuples et déterminer quelles pratiques antérieures au contact avec les Européens en faisaient partie intégrante? Voilà la question fondamentale que soulèvent les présents pourvois. Le ministère public soutient que la preuve relative à l'usage du bois par les Malécites et les Mi'kmaq avant leur contact avec les Européens se rapporte principalement à la nécessité pour ces peuples de récolter du bois tous les jours pour assurer leur survie. Or, de l'avis du ministère public, cela n'est pas suffisant pour établir l'existence d'une pratique, coutume ou tradition déterminante qui faisait véritablement de la société ce qu'elle était. 2

Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que les trois intimés ont établi l'existence d'un droit 3

harvest wood for domestic uses. Given this Court's decision on the aboriginal right issue, I need not decide whether Messrs. Sappier and Polchies also benefit from a treaty right to harvest wood.

## 2. Facts

### 2.1 *R. v. Sappier and Polchies*

4 The parties entered into an agreed statement of facts at the opening of the trial. On January 12, 2001, at approximately 18:00 hours, a truck load of timber driven by Mr. Sappier was stopped by Department of Natural Resources and Energy officers at the junction of the Nashwaak Road and the wood access road to the Native Harvest Block 1266 near Gorby Gulch, New Brunswick. Mr. Clark Polchies was one of the passengers in the truck. Officer Wallace noticed that there were 16 hardwood logs, 4 yellow birch and 12 sugar maple, in the truck.

5 During some preliminary questioning by Officer Wallace, Mr. Sappier was asked as to where the wood had originated, to which he replied that it was firewood and that it came from Harvest Block 1266. The officers determined that the 16 hardwood logs did not come from Harvest Block 1266, but from Crown Lands approximately 1.5 kilometres away from Harvest Block 1266. Officer Wallace proceeded to read the *Charter* Notice and Police Caution to Messrs. Sappier and Polchies and seized the truck and logs based on the respondents' unauthorized possession of Crown timber. They were charged with unlawful possession of Crown timber pursuant to s. 67(1)(*c*) and s. 67(2) of the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1. Officer Collicott then questioned Messrs. Sappier and Polchies regarding who had cut the timber on the truck. Mr. Polchies indicated to Officer Collicott that it was he who had cut all the timber on the truck.

6 The parties agreed that Messrs. Sappier and Polchies were not at the time of their arrest

ancestral de récolter du bois à des fins domestiques. Étant donné la décision de notre Cour sur la question du droit ancestral, je n'ai pas à décider si MM. Sappier et Polchies sont également titulaires d'un droit issu de traités de récolter du bois.

## 2. Faits

### 2.1 *R. c. Sappier et Polchies*

Les parties se sont entendues sur un exposé conjoint des faits à l'ouverture du procès. Le 12 janvier 2001, vers 18 h, des agents du ministère des Ressources naturelles et de l'Énergie ont arrêté un camion chargé de bois conduit par M. Sappier à l'intersection du chemin Nashwaak et du chemin forestier menant à la parcelle de récolte 1266 accordée aux Autochtones à proximité de Gorby Gulch, au Nouveau-Brunswick. Monsieur Clark Polchies était l'un des passagers dans le camion. L'agent Wallace a constaté que le chargement de bois se composait de 16 grumes de bois dur, dont 4 de bouleau jaune et 12 d'érable à sucre.

Au cours d'un interrogatoire préliminaire, l'agent Wallace a demandé à M. Sappier d'où provenait le bois; ce dernier a répondu qu'il s'agissait de bois de chauffage provenant de la parcelle de récolte 1266. Les agents ont déterminé que les 16 grumes de bois dur ne provenaient pas de la parcelle de récolte 1266, mais plutôt de terres de la Couronne situées à environ 1,5 km de la parcelle de récolte 1266. L'agent Wallace a lu à MM. Sappier et Polchies l'avis exigé par la *Charte* et la mise en garde policière, puis il a saisi le camion et les grumes au motif que les intimés étaient, sans autorisation, en possession de bois provenant de terres de la Couronne. Les intimés ont été accusés de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne, en vertu de l'al. 67(1)*c*) et du par. 67(2) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1. L'agent Collicott a alors demandé à MM. Sappier et Polchies de lui dire qui avait coupé le bois qui se trouvait dans le camion. Monsieur Polchies a reconnu avoir coupé tout le bois en question.

Les parties se sont entendues sur le fait que, au moment de leur arrestation, MM. Sappier et Polchies

authorized to be in possession of such timber pursuant to the *Crown Lands and Forests Act* or by any other Act of New Brunswick or regulations thereto, or by the Minister of Natural Resources and Energy of New Brunswick. Messrs. Sappier and Polchies are both Maliseet and members of the Woodstock First Nation. They are also registered under the provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.

Judge Cain of the Provincial Court of New Brunswick found that the 16 hardwood logs were to be used by Mr. Polchies in the construction of a house and furniture on the Woodstock First Nation, with the residue's being made available to the Reserve for fire wood. The learned trial judge also found that the hardwood logs represented an amount sufficient to make hardwood flooring and furniture consisting of tables, beds and cabinets.

2.2 *R. v. Gray*

Mr. Gray was charged with unlawful cutting of Crown timber pursuant to s. 67(1)(*a*) and s. 67(2) of the *Crown Lands and Forests Act*. On December 9, 1999, two forest service officers with the New Brunswick Department of Natural Resources and Energy saw Mr. Gray cut down a bird's eye maple tree on Crown lands. Mr. Gray, who was accompanied by two other men, proceeded to cut a log from the tree. All three men were recognized and acknowledged to be status Indians. The men were not asked the use to which the logs would be put. Mr. Gray is Mi'kmaq and lives on the Pabineau First Nation, near Bathurst, New Brunswick. Judge Arsenault of the Provincial Court of New Brunswick accepted Mr. Gray's evidence that four logs had been cut from trees from which he intended to make cabinets, end tables, coffee tables and mouldings for his home. The trial judge also accepted that Mr. Gray had no intention of selling the logs or any product made from them.

n'étaient autorisés à avoir ce bois en leur possession par aucune disposition de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, d'une autre loi du Nouveau-Brunswick ou d'un règlement pris en application de ces lois, et qu'ils n'y avaient pas été autorisés par le ministre des Ressources naturelles et de l'Énergie du Nouveau-Brunswick. Messieurs Sappier et Polchies sont des Malécites membres de la Première Nation de Woodstock. Ils sont également inscrits au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5.

7 Le juge Cain de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a conclu que les 16 grumes de bois dur devaient être utilisées par M. Polchies pour construire une maison et fabriquer des meubles dans la réserve de la Première Nation de Woodstock, le restant devant être mis à la disposition de la réserve comme bois de chauffage. Le juge du procès a également conclu que la quantité de grumes de bois dur en cause était suffisante pour fabriquer du parquet en bois dur ainsi que du mobilier — tables, lits et armoires.

2.2 *R. c. Gray*

8 Monsieur Gray a été accusé en vertu de l'al. 67(1)*a*) et du par. 67(2) de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, d'avoir illicitement coupé du bois sur les terres de la Couronne. Le 9 décembre 1999, deux agents du service forestier du ministère des Ressources naturelles et de l'Énergie du Nouveau-Brunswick ont vu M. Gray couper un érable moucheté sur les terres de la Couronne. Ce dernier, qui était accompagné de deux autres hommes, a ensuite coupé une grume sur l'arbre. Il a été reconnu que les trois hommes étaient des Indiens inscrits. Les agents ne leur ont pas demandé quelle utilisation ils comptaient faire des grumes. Monsieur Gray, un Mi'kmaq, vit dans la réserve de la Première Nation de Pabineau, près de Bathurst, au Nouveau-Brunswick. Le juge Arsenault de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a accepté le témoignage de M. Gray, qui a déclaré avoir coupé quatre grumes de bois avec lesquelles il voulait fabriquer des armoires, des tables de bout, des tables de salon et des moulures pour sa maison, sans aucune intention de vendre les grumes de bois ni les produits fabriqués avec ce bois.

9 In both cases, the critical issue at trial was whether the cutting or possession of Crown timber was unlawful within the meaning of the Act. All three defendants claimed an aboriginal and treaty right to harvest timber for personal use.

Dans les deux affaires, la question centrale à trancher lors du procès consistait à déterminer si la possession, par les défendeurs, de bois provenant des terres de la Couronne ou la coupe de bois par ceux-ci sur ces terres, avaient constitué des activités illicites au sens de la Loi. Les trois défendeurs revendiquaient un droit ancestral et un droit issu de traités de récolter du bois à des fins personnelles.

## 3. Judicial History

## 3. Historique judiciaire

### 3.1 *R. v. Sappier and Polchies*

### 3.1 *R. c. Sappier et Polchies*

#### 3.1.1 New Brunswick Provincial Court, [2003] 2 C.N.L.R. 294, 2003 NBPC 2

#### 3.1.1 Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, [2003] 2 C.N.L.R. 294, 2003 NBCP 2

10 Cain Prov. Ct. J. held that the defendants did not benefit from an aboriginal right to harvest timber for personal use. Cain Prov. Ct. J. opined that any human society living on the same lands at the same time would have used wood and wood products for the same purposes. On this basis, Cain Prov. Ct. J. held that the practice of using wood to construct shelters or to make furniture was not in any way integral to the distinctive culture of the ancestors of the Woodstock First Nation. The learned trial judge ultimately concluded that the culture of this pre-contact society would have not been fundamentally altered had wood not been available for use because the Maliseet would probably have found some other available material to use in its place.

Le juge Cain de la Cour provinciale a statué que les défendeurs n'étaient pas titulaires d'un droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Selon lui, toute société humaine vivant sur les mêmes terres à la même époque aurait utilisé aux mêmes fins le bois et des produits fabriqués avec le bois. Le juge Cain a, pour cette raison, estimé que la pratique consistant à utiliser du bois pour construire des abris ou fabriquer des meubles ne faisait aucunement partie intégrante de la culture distinctive des ancêtres de la Première Nation de Woodstock. En dernière analyse, le juge du procès a conclu que la culture de ce peuple avant son contact avec les Européens n'aurait pas été fondamentalement différente s'il n'avait pas disposé de bois, étant donné que les Malécites auraient vraisemblablement utilisé à la place un autre matériau disponible.

11 Cain Prov. Ct. J. concluded, however, that the defendants benefited from a valid treaty right to harvest timber for personal use. He held that the *Crown Lands and Forests Act* infringed the treaty right, and that the Crown had not succeeded in justifying the infringement. Accordingly, the defendants were acquitted.

En revanche, le juge Cain a conclu que les défendeurs étaient titulaires d'un droit — issu de traités — de récolter du bois à des fins personnelles. Il a estimé que la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portait atteinte à ce droit issu de traités et que le ministère public n'avait pas justifié l'atteinte. En conséquence, il a acquitté les défendeurs.

#### 3.1.2 New Brunswick Court of Queen's Bench, [2004] 2 C.N.L.R. 281, 2003 NBQB 389

#### 3.1.2 Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, [2004] 2 C.N.L.R. 281, 2003 NBBR 389

12 In a relatively short decision, Clendening J. dismissed the Crown's appeal and affirmed the decision of the trial judge.

Dans un jugement relativement bref, la juge Clendening a rejeté l'appel du ministère public et a confirmé la décision du juge du procès.

3.1.3 New Brunswick Court of Appeal (2004), 273 N.B.R. (2d) 93, 2004 NBCA 56

Robertson J.A., writing on behalf of the Court of Appeal, held that the defendants benefited from both an aboriginal right and a treaty right to harvest timber for personal use. He emphasized that a practice need not be distinct in order to found an aboriginal right claim — it need only be integral to a distinctive culture. In his view, the fact that tree harvesting was undertaken for survival purposes, and that perhaps any human society would have done the same, was not determinative. Moreover, in direct response to Cain Prov. Ct. J.'s reasons, Robertson J.A. queried what other resource could have been used had timber not been available.

Before the Court of Appeal, the Crown no longer alleged that the right was extinguished by either pre- or post-Confederation legislation. The Crown also accepted that the relevant provisions of the *Crown Lands and Forests Act* infringed the alleged right and that the infringement could not be justified under the *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, test.

3.2 *R. v. Gray*

3.2.1 New Brunswick Provincial Court (No. 03190311, August 27, 2001)

Arsenault Prov. Ct. J. held that the defendant benefited from an aboriginal right to gather and harvest wood for personal use. In finding an aboriginal right, Arsenault Prov. Ct. J. relied heavily on the evidence of Mr. Sewell, a Mi'kmaq and status Indian, recognized as an elder and historian, and declared as an expert, "regarding oral traditions and customs which have been passed down through the generations and more particularly in the field of describing practices and customs relating to the use of and gathering of wood by aboriginals in the geographical area encompassed by the terms of the charge" (p. 3). Mr. Sewell's evidence was not contradicted by the Crown on cross-examination or by

3.1.3 Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2004), 273 R.N.-B. (2e) 93, 2004 NBCA 56

13 S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Robertson a conclu que les défendeurs étaient titulaires d'un droit ancestral et d'un droit issu de traités leur permettant de récolter du bois à des fins personnelles. Il a souligné qu'une pratique n'a pas à être distincte pour constituer le fondement d'une revendication de droit ancestral; il suffit qu'elle fasse partie intégrante d'une culture distinctive. Il n'a pas jugé déterminant le fait que la récolte d'arbres visait à assurer la survie et que toute société humaine aurait peut-être agi de même. En réponse directe aux motifs du juge Cain de la Cour provinciale, le juge Robertson s'est en outre demandé quelle autre ressource aurait pu être utilisée, s'il n'y avait pas eu de bois.

14 En Cour d'appel, le ministère public a renoncé à soutenir que le droit s'était éteint par l'effet de lois préconfédératives ou postconfédératives. Il a également accepté que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portaient atteinte au droit invoqué et que cette atteinte ne pouvait être justifiée selon le critère établi dans les arrêts *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

3.2 *R. c. Gray*

3.2.1 Cour provinciale du Nouveau-Brunswick (nº 03190311, 27 août 2001)

15 Le juge Arsenault de la Cour provinciale a conclu que le défendeur était titulaire d'un droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Il s'est pour cela fondé dans une large mesure sur le témoignage de M. Sewell, un Mi'kmaq et un Indien inscrit qui a le statut d'aîné et d'historien et qui a été déclaré témoin expert [TRADUCTION] « en ce qui concerne les traditions orales et les coutumes qui ont été transmises de génération en génération et, notamment, la description des pratiques et coutumes se rapportant à l'usage et à la récolte de bois par les autochtones dans la région géographique visée par les termes de l'accusation » (p. 3). Le ministère public n'a pas réfuté le témoignage de M. Sewell,

the introduction of any other documentary or historical evidence. The Crown did not lead evidence to justify the infringement of the aboriginal right.

16 Arsenault Prov. Ct. J. also held that Mr. Gray did not benefit from a treaty right to harvest timber for personal use.

3.2.2 New Brunswick Court of Queen's Bench, 2003 CarswellNB 635

17 McIntyre J. allowed the Crown's appeal and found the defendant guilty. In finding that the claim for an aboriginal right had not been made out, McIntyre J. cited a portion of Judge Cain's reasons in *R. v. Sappier and Polchies*. He found that Mr. Sewell's evidence was insufficient to conclude that furniture making for personal use was a central defining feature of the Mi'kmaq culture. He agreed with Cain Prov. Ct. J. that any human society would have done the same.

3.2.3 New Brunswick Court of Appeal (2004), 273 N.B.R. (2d) 157, 2004 NBCA 57

18 On behalf of a unanimous Court of Appeal, Robertson J.A., relying on his reasons in *R. v. Sappier and Polchies*, allowed Mr. Gray's appeal and found that a successful claim for an aboriginal right to harvest timber for personal use had been made out. Robertson J.A. further held that his concurring opinion and that of Daigle J.A. in *R. v. Bernard* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55, were sufficient to dispose of the Crown's extinguishment argument. The Crown did not dispute that the *Crown Lands and Forests Act* infringed the alleged right, nor did it challenge the trial judge's finding that the Crown had failed to justify the infringement.

19 Mr. Gray did not pursue his treaty right claim before the Court of Appeal or before this Court.

ni en contre-interrogatoire ni au moyen d'autres preuves documentaires ou historiques. Le ministère public n'a présenté aucun élément de preuve tendant à justifier l'atteinte au droit ancestral.

Le juge Arsenault a également statué que M. Gray n'était pas titulaire d'un droit issu de traités l'autorisant à récolter du bois à des fins personnelles.

3.2.2 Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 2003 CarswellNB 635

Le juge McIntyre a accueilli l'appel du ministère public et a conclu à la culpabilité du défendeur. Il a estimé que le droit ancestral n'avait pas été établi, citant une partie des motifs exposés par le juge Cain de la Cour provinciale dans *R. c. Sappier et Polchies*. À son avis, le témoignage de M. Sewell ne permettait pas de conclure que la fabrication de meubles à des fins personnelles constituait une caractéristique fondamentale et déterminante de la culture mi'kmaq. À l'instar du juge Cain, il estimait que toute société humaine aurait fait de même.

3.2.3 Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2004), 273 R.N.-B. (2e) 157, 2004 NBCA 57

Dans un jugement unanime de la Cour d'appel, le juge Robertson, s'appuyant sur ses motifs dans *R. c. Sappier et Polchies*, a accueilli l'appel de M. Gray et fait droit aux arguments invoqués en faveur du droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Le juge Robertson a ajouté que ses motifs concordants et ceux exposés par le juge Daigle de la Cour d'appel dans *R. c. Bernard* (2003), 262 R.N.-B. (2e) 1, 2003 NBCA 55, venaient à bout de l'argument fondé sur l'extinction du droit qu'avait soulevé le ministère public. Ce dernier ne contestait ni le fait que la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portait atteinte au droit revendiqué, ni la conclusion du juge du procès selon laquelle le ministère public n'avait pas justifié cette atteinte.

Monsieur Gray a renoncé à faire valoir sa revendication d'un droit issu de traités devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

4. The Aboriginal Right Claim

4.1 *Characterization of the Respondents' Claim*

In order to be an aboriginal right, an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 46. The first step is to identify the precise nature of the applicant's claim of having exercised an aboriginal right: *Van der Peet*, at para. 76. In so doing, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right: *Van der Peet*, at para. 53. In this case, the respondents were charged with the unlawful cutting and possession of Crown timber. They claimed an aboriginal right to harvest timber for personal use so as a defence to those charges. The statute at issue prohibits the unauthorized cutting, damaging, removing and possession of timber from Crown lands. The respondents rely on the pre-contact practice of harvesting timber in order to establish their aboriginal right.

The difficulty in the present cases is that the practice relied upon to found the claims as characterized by the respondents was the object of very little evidence at trial. Instead, the respondents led most of their evidence about the importance of wood in Maliseet and Mi'kmaq cultures and the many uses to which it was put. This is unusual because the jurisprudence of this Court establishes the central importance of the actual practice in founding a claim for an aboriginal right. Aboriginal rights are founded upon practices, customs, or traditions which were integral to the distinctive pre-contact culture of an aboriginal people. They are not generally founded upon the

4. La revendication d'un droit ancestral

4.1 *Caractérisation de la revendication des intimés*

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 46. Il faut d'abord identifier la nature précise de la prétention de l'intéressé selon laquelle il exerçait un droit ancestral : *Van der Peet*, par. 76. À cette fin, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, selon l'intéressé, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de la mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l'existence du droit : *Van der Peet*, par. 53. Dans les présentes affaires, les intimés ont été accusés de coupe illicite de bois sur les terres de la Couronne et de possession illicite de bois provenant de telles terres. Ils ont invoqué pour leur défense un droit ancestral de récolter du bois à des fins personnelles. Aux termes de la loi en cause, il est interdit, sauf autorisation, de couper ou d'endommager le bois qui se trouve sur les terres de la Couronne, de l'enlever de ces terres et d'être en possession de bois qui provient de ces terres. Les intimés fondent l'existence de leur droit ancestral sur la récolte du bois pratiquée avant l'arrivée des Européens. 20

Dans les présentes affaires, la difficulté tient au fait que très peu d'éléments de preuve ont été présentés lors du procès quant à la pratique servant de fondement aux revendications des intimés. En fait, la majeure partie de la preuve des intimés portait sur l'importance du bois et ses nombreux usages dans les cultures malécites et mi'kmaq. C'est inhabituel parce que la jurisprudence de notre Cour fait clairement ressortir l'importance primordiale de la pratique proprement dite dans toute revendication de droit ancestral. Les droits ancestraux reposent sur les coutumes, pratiques ou traditions qui faisaient partie intégrante de la culture distinctive des peuples autochtones avant leur contact 21

importance of a particular resource. In fact, an aboriginal right cannot be characterized as a right to a particular resource because to do so would be to treat it as akin to a common law property right. In characterizing aboriginal rights as *sui generis*, this Court has rejected the application of traditional common law property concepts to such rights: *Sparrow*, at pp. 1111-12. In my view, the pre-contact practice is central to the *Van der Peet* test for two reasons.

22 First, in order to grasp the importance of a resource to a particular aboriginal people, the Court seeks to understand how that resource was harvested, extracted and utilized. These practices are the necessary "aboriginal" component in aboriginal rights. As Lamer C.J. explained in *Van der Peet*, at para. 20:

> The task of this Court is to define aboriginal rights in a manner which recognizes that aboriginal rights are *rights* but which does so without losing sight of the fact that they are rights held by aboriginal people because they are *aboriginal*. The Court must neither lose sight of the generalized constitutional status of what s. 35(1) protects, nor can it ignore the necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society. The Court must define the scope of s. 35(1) in a way which captures *both* the aboriginal and the rights in aboriginal rights. [Emphasis in original.]

Section 35 of the *Constitution Act, 1982* seeks to provide a constitutional framework for the protection of the distinctive cultures of aboriginal peoples, so that their prior occupation of North America can be recognized and reconciled with the sovereignty of the Crown: *Van der Peet*, at para. 31. In an oft-quoted passage, Lamer C.J. acknowledged in *Van der Peet*, at para. 30, that, "the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries"

avec les Européens. En général, ils ne reposent pas sur l'importance d'une ressource en particulier. En fait, le droit ancestral ne peut être considéré comme le droit à une ressource en particulier, puisqu'il s'apparenterait alors à un droit de propriété en common law. En qualifiant les droits ancestraux de droits *sui generis*, notre Cour a rejeté l'application à de tels droits des concepts traditionnels de propriété propres à la common law : *Sparrow*, p. 1111-1112. À mon avis, la pratique antérieure au contact avec les Européens constitue un élément essentiel du critère établi dans *Van der Peet*, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, afin de bien saisir l'importance d'une ressource pour un peuple autochtone donné, la Cour tente de comprendre comment cette ressource était récoltée, extraite et utilisée. Ces pratiques forment l'élément « ancestral » essentiel des droits ancestraux. Le juge en chef Lamer s'est exprimé ainsi dans *Van der Peet*, par. 20 :

> Notre Cour a pour tâche de définir les droits ancestraux d'une manière qui reconnaisse qu'il s'agit bien de *droits*, mais de droits détenus par les autochtones parce qu'ils sont des *autochtones*. Notre Cour ne doit pas perdre de vue le statut constitutionnel généralisé des droits protégés par le par. 35(1), mais elle ne peut pas non plus faire abstraction de la nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne. Notre Cour doit définir la portée du par. 35(1) d'une manière qui permette de cerner *à la fois* l'aspect « ancestral » et l'aspect « droit » dans l'expression « droits ancestraux ». [Souligné dans l'original.]

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* établit le cadre constitutionnel régissant la protection des cultures distinctives des peuples autochtones, de manière à reconnaître leur occupation antérieure de l'Amérique du Nord et à concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté : *Van der Peet*, par. 31. Dans un passage souvent cité, le juge en chef Lamer a reconnu au par. 30 de l'arrêt *Van der Peet* que « la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et

(emphasis deleted). The goal for courts is, therefore, to determine how the claimed right relates to the pre-contact culture or way of life of an aboriginal society. This has been achieved by requiring aboriginal rights claimants to found their claim on a pre-contact practice which was integral to the distinctive culture of the particular aboriginal community. It is critically important that the Court be able to identify a *practice* that helps to define the distinctive way of life of the community as an aboriginal community. The importance of leading evidence about the pre-contact practice upon which the claimed right is based should not be understated. In the absence of such evidence, courts will find it difficult to relate the claimed right to the pre-contact way of life of the specific aboriginal people, so as to trigger s. 35 protection.

Second, it is also necessary to identify the pre-contact practice upon which the claim is founded in order to consider how it might have evolved to its present-day form. This Court has long recognized that aboriginal rights are not frozen in their pre-contact form, and that ancestral rights may find modern expression: *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 13; *Van der Peet*, at para. 64.

In the present cases, the relevant practice for the purposes of the *Van der Peet* test is harvesting wood. It is this practice upon which the respondents opted to found their claims. However, the respondents do not claim a right to harvest wood for any and all purposes — such a right would not provide sufficient specificity to apply the reasoning I have just described. The respondents instead claim the right to harvest timber for personal uses; I find this characterization to be too general as well. As previously explained, it is critical that the Court identify a practice that helps to define the way of life or distinctiveness of the particular aboriginal community. The claimed right should then be

participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles » (soulignement omis). Il s'agit donc pour les tribunaux de déterminer le lien entre le droit revendiqué et la culture ou le mode de vie du peuple autochtone avant son contact avec les Européens. Pour ce faire, ils ont exigé des Autochtones qu'ils fondent leurs revendications de droits ancestraux sur une pratique antérieure au contact qui faisait partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone concernée. Il est primordial que la Cour puisse circonscrire une *pratique* qui contribue à définir le mode de vie distinctif du groupe en tant que collectivité autochtone. Il ne faut pas minimiser l'importance de présenter des éléments de preuve établissant l'existence de la pratique antérieure au contact sur laquelle repose le droit revendiqué. Car en l'absence de tels éléments, les tribunaux auront du mal à établir un lien entre le droit revendiqué et le mode de vie antérieur au contact du peuple autochtone concerné de façon à faire intervenir la protection prévue à l'art. 35.

23 Deuxièmement, il est également nécessaire d'identifier la pratique antérieure au contact sur laquelle repose la revendication afin de voir comment elle a pu évoluer pour arriver à sa forme actuelle. Notre Cour reconnaît depuis longtemps que les droits ancestraux ne sont pas figés dans l'état où ils se trouvaient avant le contact avec les Européens, et qu'ils peuvent trouver une expression moderne : *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 13; *Van der Peet*, par. 64.

24 Dans les présentes affaires, la récolte du bois est la pratique pertinente eu égard au critère établi dans *Van der Peet*. C'est sur cette pratique que les intimés ont choisi de fonder leurs revendications. Toutefois, les intimés ne revendiquent pas le droit de récolter du bois à n'importe quelle fin — un tel droit ne comporterait pas la spécificité nécessaire à l'application du raisonnement que je viens d'exposer. En effet, les intimés revendiquent plutôt le droit de récolter du bois à des fins personnelles. À mon avis, cette caractérisation est elle aussi trop générale. Comme il a été expliqué plus tôt, il est primordial que la Cour identifie la pratique qui contribue à définir le mode de vie ou le caractère distinctif

delineated in accordance with that practice: *Van der Peet*, at para. 52. The way of life of the Maliseet and of the Mi'kmaq during the pre-contact period is that of a migratory people who lived from fishing and hunting and who used the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation. Thus, the practice should be characterized as the harvesting of wood for certain uses that are directly associated with that particular way of life. The record shows that wood was used to fulfill the communities' domestic needs for such things as shelter, transportation, tools and fuel. I would therefore characterize the respondents' claim as a right to harvest wood for domestic uses as a member of the aboriginal community.

de la collectivité autochtone concernée. Le droit revendiqué devrait ensuite être défini en fonction de cette activité ou pratique : *Van der Peet*, par. 52. Pendant la période antérieure à leur contact avec les Européens, les Malécites et les Mi'kmaq étaient des peuples nomades qui vivaient de la pêche et de la chasse et qui utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer. Ainsi, il faudrait dire que l'activité de récolte du bois visait certains usages directement reliés à ce mode de vie particulier. Il ressort du dossier que le bois récolté par les membres de la collectivité était destiné à des usages domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils. En conséquence, je caractériserais la revendication des intimés comme le droit de récolter du bois à des fins domestiques en tant que membres de la collectivité autochtone.

25 The word "domestic" qualifies the uses to which the harvested timber can be put. The right so characterized has no commercial dimension. The harvested wood cannot be sold, traded or bartered to produce assets or raise money. This is so even if the object of such trade or barter is to finance the building of a dwelling. In other words, although the right would permit the harvesting of timber to be used in the construction of a dwelling, it is not the case that a right holder can sell the wood in order to raise money to finance the purchase or construction of a dwelling, or any of its components.

L'adjectif « domestique » qualifie les usages qui peuvent être faits du bois récolté. Le droit ainsi caractérisé n'a aucune dimension commerciale. Le bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent. Il en est ainsi même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En d'autres termes, le droit permettrait de récolter du bois pour construire une habitation, mais il n'autoriserait cependant pas son titulaire à vendre le bois afin d'obtenir l'argent nécessaire à l'achat ou à la construction de cette habitation ou d'un de ses éléments.

26 The right to harvest wood for domestic uses is a communal one. Section 35 recognizes and affirms existing aboriginal and treaty rights in order to assist in ensuring the continued existence of these particular aboriginal societies. The exercise of the aboriginal right to harvest wood for domestic uses must be tied to this purpose. The right to harvest (which is distinct from the right to make personal use of the harvested product even though they are related) is not one to be exercised by any member of the aboriginal community independently of the aboriginal society it is meant to preserve. It is a right that assists the society in maintaining its distinctive character.

La nature collective du droit comporte un deuxième volet. L'article 35 reconnaît et confirme les droits existants — ancestraux ou issus de traités — dans le but d'assurer la survie de ces sociétés autochtones particulières. L'exercice du droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques doit être rattaché à cet objet. En effet, le droit de récolter (distinct du droit d'utiliser à des fins personnelles le produit récolté, même si les deux sont reliés) ne doit pas être exercé par un membre de la collectivité autochtone indépendamment de la société autochtone qu'il vise à préserver. Il s'agit d'un droit qui aide la société à conserver son caractère distinctif.

4.2 *The Integral to a Distinctive Culture Test*

4.2.1 The Evidentiary Problem

The question before the Court at this stage is whether the practice of harvesting wood for domestic uses was integral to the distinctive culture of the Maliseet and Mi'kmaq, pre-contact. As previously explained, very little evidence was led with respect to the actual harvesting practice. Nevertheless, this Court has previously recognized an aboriginal right based on evidence showing the importance of a resource to the pre-contact culture of an aboriginal people. In *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, this Court recognized an aboriginal right to fish for food in Lake St. Francis despite the fact that "[t]he fish were not significant to the Mohawks for social or ceremonial reasons" (para. 45). The Court based its holding on the fact that "[the fish] were an important and significant source of subsistence for the Mohawks" (para. 45). In other words, the Court recognized a right to fish for food based on the importance of the resource. Fishing was such a significant practice as to constitute a way of life. In this sense, it was part of what made the pre-contact Mohawk community distinctive.

In the present cases, the evidence established that wood was critically important to the Maliseet and the Mi'kmaq, pre-contact. The learned trial judge in the *Sappier and Polchies* prosecution found that the Maliseet people used wood or wood products from the forest in which they lived to construct shelters, implements of husbandry and perhaps in the construction of what might be called rude furnishings (para. 12). Cain Prov. Ct. J. also referred to evidence that was led to the effect that the pre-European Maliseet society revered wood and considered it sacred (para. 13). Referring to the *Gray* prosecution, Cain Prov. Ct. J. stated that, "[t]here is no question that the evidence of Mr. Sewell in *Gray* (*supra*) clearly established an

4.2 *Critère de la partie intégrante d'une culture distinctive*

4.2.1 Problème de preuve

27 À ce stade-ci, la Cour doit déterminer si la pratique de récolter du bois à des fins domestiques faisait partie intégrante de la culture distinctive des Malécites et des Mi'kmaq avant leur contact avec les Européens. Comme il a déjà été expliqué, très peu d'éléments de preuve ont été présentés quant à la pratique de la récolte proprement dite. Néanmoins, notre Cour a déjà reconnu l'existence d'un droit ancestral en se fondant sur des preuves relatives à l'importance d'une ressource dans la culture d'un peuple autochtone avant l'arrivée des Européens. Dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, notre Cour a ainsi reconnu le droit issu de traités de pratiquer la pêche à des fins alimentaires dans le lac Saint-François même si le « poisson n'était pas important pour les Mohawks à des fins sociales ou rituelles » (par. 45). La Cour a fondé sa conclusion sur le fait que « [le poisson] était une importante denrée alimentaire » (par. 45). C'est donc dire que la Cour a reconnu le droit de pêcher à des fins alimentaires en raison de l'importance de cette ressource. La pêche était une activité d'une telle importance qu'elle constituait un mode de vie. En ce sens, elle figurait au nombre des caractéristiques qui donnaient à la collectivité mohawk antérieure au contact avec les Européens son caractère distinctif.

28 Dans les présents pourvois, il a été établi que le bois avait une importance cruciale pour les Malécites et les Mi'kmaq avant le contact avec les Européens. À l'issue du procès de MM. Sappier et Polchies, le juge a conclu que les Malécites utilisaient le bois ou des produits fabriqués avec le bois des forêts dans lesquelles ils vivaient pour construire des abris, des outils agricoles et peut-être même fabriquer ce que l'on pourrait appeler des meubles grossiers (par. 12). Le juge Cain de la Cour provinciale a également fait mention d'éléments de preuve attestant que les sociétés autochtones occupant le territoire avant l'arrivée des Européens vénéraient le bois qu'elles considéraient comme sacré (par. 13). Le juge Cain a

historical pattern and tradition of the use of wood from Crown lands for the construction of furniture and housing" (para. 27). He went on to comment that "[s]imilar evidence was led in the case at bar" (para. 27).

29 In the *Gray* prosecution, the trial judge declared the defence witness, Mr. Sewell, an expert "regarding oral traditions and customs which have been passed down through the generations and more particularly in the field of describing practices and customs relating to the use of and gathering of wood by aboriginals in the geographical area encompassed by the terms of the charge" (Arsenault Prov. Ct. J., at p. 3). As previously mentioned, Mr. Sewell is Mi'kmaq and a status Indian who is recognized as an elder and historian within his community. Arsenault Prov. Ct. J. stated that:

> I have found and I do find that the evidence of Mr. Sewell was reliable and extremely useful to this court and I might point out that it was in no way diminished by cross-examination nor did the Crown in this case elect to contradict it by any documentary evidence or the evidence of any historian. [p. 23]

30 Mr. Sewell testified about the many uses to which wood was and continues to be put. He spoke of using the inner bark of a cedar tree for rope, and of cutting strips of it to be used in the construction of the old birch bark canoes. Birch bark and ash were used to make baskets. Birch, poplar and black spruce were fashioned into paddles. Any leftover birch or maple was used for firewood. He spoke of using cedar to make drums, and of how the aboriginal peoples were also carvers. He testified that some of the figureheads on the first ships to arrive in Canada were done by aboriginals. Mr. Sewell spoke of building camps and making pots out of wood. He testified that the pots were made out of large logs, using fire first to burn out the centre and then chiselling it out. He spoke of using bird's eye maple and curly maple in the construction of axe handles and boat paddles, either for sale

tenu les propos suivants au sujet de l'affaire *Gray* : [TRADUCTION] « Il ne fait aucun doute que dans *Gray*, le témoignage de M. Sewell a clairement établi l'existence d'un mode et d'une tradition historiques en ce qui concerne l'utilisation de bois provenant des terres de la Couronne pour la fabrication de meubles et la construction de maisons. » (par. 27) Il a ajouté qu'une [TRADUCTION] « preuve analogue a été produite en l'espèce » (par. 27).

Dans l'affaire *Gray*, le juge du procès a déclaré que le témoin de la défense, M. Sewell, était un expert [TRADUCTION] « en ce qui concerne les traditions orales et les coutumes qui ont été transmises de génération en génération et, notamment, la description des pratiques et coutumes se rapportant à l'usage et à la récolte de bois par les autochtones dans la région géographique visée par les termes de l'accusation » (le juge Arsenault de la Cour provinciale, p. 3). Comme il a déjà été mentionné, M. Sewell est un Mi'kmaq et un Indien inscrit, reconnu comme un aîné et un historien au sein de sa collectivité. Le juge Arsenault a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION] J'ai estimé et j'estime le témoignage de M. Sewell digne de foi et très utile à la Cour. J'ajouterais que le contre-interrogatoire n'en a nullement diminué la portée, et que le ministère public a choisi de ne pas le contredire au moyen de preuves documentaires ou du témoignage d'un autre historien. [p. 23]

Dans son témoignage, M. Sewell a expliqué les nombreux usages qui étaient faits du bois et qui continuent d'en être faits. Avec l'écorce interne du cèdre, on fabriquait des cordages, et on découpait des bandes d'écorce dont on se servait pour la construction des anciens canots d'écorce de bouleau. L'écorce de bouleau et de frêne servait à la confection de paniers. Le bouleau, le peuplier et l'épinette noire servaient à la fabrication de pagaies. Les restes de bois de bouleau et d'érable étaient utilisés comme bois de chauffage. Monsieur Sewell a indiqué que le bois de cèdre servait à la confection de tambours et que les peuples autochtones sculptaient le bois. Certaines figures de proue qui ornaient les premiers navires arrivés au Canada ont été réalisées par des Autochtones. Monsieur Sewell a parlé de l'installation de campements, et aussi de la fabrication de marmites en bois avec

or for gifts. He confirmed that the extraction of sap from maple and birch trees had been known to the Mi'kmaq for centuries (testimony of Gilbert Sewell, presented during examination-in-chief, October 4, 2000, pp. 16-19 (A.R., vol. I, at pp. 80-83)). Finally, he spoke of the practice of fashioning spears for fishing out of ash (A.R., vol. I, at p. 94).

de gros rondins, dont les Autochtones évidaient le centre au ciseau après l'avoir brûlé. Il a ajouté que l'érable moucheté et l'érable madré servaient à fabriquer les manches de haches et les pagaies, qui étaient ensuite vendus ou offerts en cadeau. Il a confirmé que les Mi'kmaq recueillent la sève des érables et des bouleaux depuis des siècles (témoignage de Gilbert Sewell, interrogatoire principal, 4 octobre 2000, p. 16-19 (d.a., vol. I, p. 80-83)). Enfin, le témoin a expliqué la pratique de façonner le bois de frêne en lances pour la pêche (d.a., vol. I, p. 94).

Mr. Sewell concluded that, "[s]o, as far back as I can read in history or the oral tradition that has been passed down to me, it's been — we've been always gathering and we've been always using wood as, as, as a way of life" (A.R., vol. I, at p. 81). This evidence detailing the many uses to which wood was put by the Mi'kmaq as a whole is important given the communal nature of aboriginal rights. The trial judge accepted this evidence as proof that the practice of harvesting wood for domestic uses was integral to the pre-contact Mi'kmaq way of life.

31 En conclusion, M. Sewell a déclaré ceci : [TRADUCTION] « Donc, l'histoire ainsi que la tradition orale qui m'a été transmise révèlent, selon moi, que nous avons toujours récolté et utilisé le bois; c'était notre mode de vie » (d.a., vol. I, p. 81). Cette description détaillée des nombreux usages qui étaient faits du bois par l'ensemble des Mi'kmaq est importante, vu la nature collective des droits ancestraux. Pour le juge de première instance, ce témoignage établissait que la pratique consistant à récolter du bois à des fins domestiques faisait partie intégrante du mode de vie des Mi'kmaq avant leur contact avec les Européens.

Before this Court, the Crown conceded in the *Sappier and Polchies* appeal that wood was important to the Maliseet for survival purposes in the pre-contact period (appellant's factum, at para. 46). The Crown also acknowledged that "wood was undeniably used in many facets of aboriginal life" (*ibid.*). In the *Gray* appeal, the Crown similarly conceded that "wood was used in Mi'kmaq society to ensure survival" (*ibid.*, at para. 44).

32 Devant notre Cour, le ministère public a admis, à l'égard du pourvoi *Sappier et Polchies*, que le bois était important pour la survie des Malécites pendant la période antérieure au contact (mémoire de l'appelant, par. 46). Le ministère public a également reconnu que le [TRADUCTION] « bois avait incontestablement de nombreux usages dans la vie des Autochtones » (*ibid.*). Dans le pourvoi *Gray*, le ministère public a de la même façon admis que « les Mi'kmaq utilisaient le bois pour assurer leur survie » (*ibid.*, par. 44).

As in *Adams*, I infer from this evidence that the practice of harvesting wood for domestic uses was also significant, though undertaken primarily for survival purposes. Flexibility is important when engaging in the *Van der Peet* analysis because the object is to provide cultural security and continuity for the particular aboriginal society. This object gives context to the analysis. For this reason, courts must be prepared to draw necessary inferences

33 Tout comme dans l'arrêt *Adams*, je déduis de ce témoignage que la récolte de bois à des fins domestiques était également une pratique importante, même si le bois était surtout récolté pour assurer la survie. La souplesse s'impose lorsqu'on entreprend l'analyse retenue dans l'arrêt *Van der Peet*, puisque l'objectif est d'assurer la sécurité et la continuité culturelles de la société autochtone concernée. Cet objectif constitue le contexte de l'analyse. Pour

about the existence and integrality of a practice when direct evidence is not available.

34 Flexibility is also important in the present cases with regard to the relevant time frame during which the practice must be found to have been integral to the distinctive culture of the aboriginal society in question. It is settled law that the time period courts consider in determining whether the *Van der Peet* test has been met is the period prior to contact with the Europeans (see *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43, which modified the *Van der Peet* test insofar as it applies to the Métis although it affirmed it otherwise). As Lamer C.J. explained in *Van der Peet*, "[b]ecause it is the fact that distinctive aboriginal societies lived on the land prior to the arrival of Europeans that underlies the aboriginal rights protected by s. 35(1), it is to that pre-contact period that the courts must look in identifying aboriginal rights" (para. 60). Before this Court, the Attorney General of Nova Scotia, intervener, objected to some of Mr. Sewell's evidence insofar as he did not specify to which time period he was referring when describing the uses to which harvested wood was put by the Mi'kmaq. In other words, it was respectfully submitted that it was unclear whether he was always describing pre-contact practices. In dismissing this concern, I need only repeat what was said in *Van der Peet*, and reiterated more recently in *Mitchell* at para. 29, about the adapted rules of evidence applicable in aboriginal rights litigation and the use of post-contact evidence to prove the existence and integrality of pre-contact practices:

> That this is the relevant time should not suggest, however, that the aboriginal group claiming the right must accomplish the next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about

cette raison, les tribunaux doivent, en l'absence de preuves directes, être disposés à faire les inférences nécessaires pour déterminer si la pratique existait et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive.

Il est également important, dans les présentes affaires, de faire montre de souplesse relativement à la période pendant laquelle la pratique doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone concernée. Il est bien établi en droit que la période antérieure au contact avec les Européens est celle que les tribunaux prennent en compte pour déterminer s'il a été satisfait au critère énoncé dans *Van der Peet* (voir *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43, arrêt qui a modifié ce critère dans la mesure où il est appliqué aux Métis, tout en le confirmant par ailleurs). Le juge en chef Lamer a donné l'explication suivante dans *Van der Peet* : « Comme c'est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire avant l'arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1), c'est à cette période antérieure au contact que les tribunaux doivent s'attacher dans l'identification des droits ancestraux. » (par. 60) Devant notre Cour, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, partie intervenante, s'est opposé à certains des éléments du témoignage de M. Sewell, dans la mesure où ce dernier n'a pas précisé la période dont il parlait lorsqu'il a décrit les usages que les Mi'kmaq faisaient du bois récolté. En d'autres mots, il a été plaidé qu'il n'était pas clair que les pratiques décrites par le témoin étaient toutes antérieures au contact. Toutefois, pour rejeter cette objection, je n'ai qu'à répéter les propos tenus dans *Van der Peet* et réitérés plus récemment dans *Mitchell*, par. 29, au sujet de l'adaptation des règles de preuve applicables dans les litiges portant sur les droits ancestraux et au sujet de l'utilisation de preuves d'activités postérieures au contact pour établir que les pratiques en cause existaient avant le contact et faisaient partie intégrante de la culture :

> Le fait qu'il s'agisse là de la période pertinente n'emporte cependant pas que le groupe autochtone revendiquant le droit en cause doit s'acquitter de la tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux

the practices, customs and traditions of their community. It would be entirely contrary to the spirit and intent of s. 35(1) to define aboriginal rights in such a fashion so as to preclude in practice any successful claim for the existence of such a right. The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. It is those practices, customs and traditions that can be rooted in the pre-contact societies of the aboriginal community in question that will constitute aboriginal rights. [para. 62]

coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il serait tout à fait contraire à l'esprit et au but du par. 35(1) de définir les droits ancestraux d'une manière qui, dans la pratique, voue-rait à l'échec toute revendication de l'existence de tels droits. La preuve sur laquelle s'appuient le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. Constitueront des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions dont l'origine peut être attribuée aux ancêtres de la collectivité autochtone en cause, qui vivaient avant le contact avec les Européens. [par. 62]

### 4.2.2 Whether a Practice Undertaken for Survival Purposes Can Be Considered Integral to an Aboriginal Community's Distinctive Culture

### 4.2.2 Une pratique visant à assurer la survie peut-elle être considérée comme une partie intégrante de la culture distinctive d'une collectivité autochtone?

The principal issue on appeal is whether a practice undertaken for survival purposes can meet the integral to a distinctive culture test. The learned trial judge in the *Sappier and Polchies* trial concluded that it could not. Cain Prov. Ct. J. was of the view that:

35 Les présents pourvois soulèvent principalement la question de savoir si une pratique visant à assurer la survie peut satisfaire au critère de la partie intégrante d'une culture distinctive. Dans *Sappier et Polchies*, le juge Cain de la Cour provinciale a répondu par la négative à cette question. Il a exprimé l'opinion suivante :

The practice of using wood to construct shelters, irrespective of whether they were wigwams or wooden building or of using wood to make furniture, was not in any way integral to the distinctive culture of the ancestors of the Woodstock First Nation in pre-European times. From the evidence adduced it is clear that they used wood or wood products from the forest in which they lived to construct shelters, implements of husbandry and perhaps in the construction of what might be called rude furnishings. Any humane society who would have been living on the same lands in New Brunswick at the same time would have used wood and wood products for the same purpose. [para. 12]

[TRADUCTION] La pratique consistant à utiliser du bois pour construire des abris, qu'il s'agisse de wigwams ou de bâtiments en bois, ou encore pour fabriquer des meubles, ne faisait en aucun cas partie intégrante de la culture distinctive des ancêtres de la Première nation de Woodstock avant l'arrivée des Européens. La preuve qui a été produite indique clairement qu'ils utilisaient le bois ou des produits fabriqués avec le bois des forêts dans lesquelles ils vivaient afin de construire des abris, des outils agricoles et peut-être même de fabriquer ce que l'on pourrait appeler des meubles grossiers. Toute société humaine qui aurait vécu sur les mêmes terres au Nouveau-Brunswick à la même époque aurait utilisé du bois et des produits fabriqués avec du bois des forêts dans le même but. [par. 12]

In making these comments, Cain Prov. Ct. J. relied on a statement made by Lamer C.J. in *Van der Peet*, at para. 56:

36 Le juge Cain de la Cour provinciale fondait ses observations sur les propos suivants du juge en chef Lamer dans *Van der Peet*, par. 56 :

To recognize and affirm the prior occupation of Canada by distinctive aboriginal societies it is to what makes

Pour reconnaître et confirmer l'occupation antérieure du pays par des sociétés autochtones distinctives, le

those societies distinctive that the court must look in identifying aboriginal rights. The court cannot look at those aspects of the aboriginal society that are true of every human society (e.g., eating to survive), nor can it look at those aspects of the aboriginal society that are only incidental or occasional to that society; the court must look instead to the defining and central attributes of the aboriginal society in question. It is only by focusing on the aspects of the aboriginal society that make that society distinctive that the definition of aboriginal rights will accomplish the purpose underlying s. 35(1). [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

tribunal doit, dans l'identification des droits ancestraux, s'attacher à ce qui rend ces sociétés distinctives. Il ne peut tenir compte des aspects de la société autochtone qui sont communs à toutes les sociétés humaines (p. ex. le fait de manger pour survivre), ni des aspects de la société autochtone qui n'ont qu'un caractère secondaire ou occasionnel; le tribunal doit plutôt s'attacher aux attributs fondamentaux de la société autochtone concernée, qui la définissent. Ce n'est que si elle s'attache aux aspects de la société autochtone qui rendent celle-ci distinctive que la définition des droits ancestraux permettra la réalisation de l'objet qui sous-tend le par. 35(1). [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Relying on this passage, Cain Prov. Ct. J. concluded that harvesting timber to construct a shelter was akin to eating to survive. This statement by Lamer C.J. appears to have resulted in considerable confusion as to whether a practice undertaken strictly for survival purposes can found an aboriginal right claim. However, further in his decision, Lamer C.J. clarifies that the pre-contact practice, custom or tradition relied on need not be distinct; it need only be distinctive. In so doing, he confirms that fishing for food can, in certain contexts, meet the integral to a distinctive culture test:

S'appuyant sur ce passage, le juge Cain a conclu que le fait de récolter du bois pour construire un abri s'apparentait à manger pour survivre. Les propos susmentionnés du juge en chef Lamer semblent avoir semé beaucoup de confusion quant à la question de savoir si une pratique ayant pour seul but la survie peut fonder la revendication d'un droit ancestral. Plus loin dans ses motifs, le juge en chef Lamer précise pourtant que la coutume, pratique ou tradition antérieure au contact avec les Européens n'a pas à être distincte; il suffit qu'elle soit distinctive. Il confirme ainsi que pêcher à des fins alimentaires peut, dans certains contextes, satisfaire au critère de la partie intégrante d'une culture distinctive :

That the standard an aboriginal community must meet is distinctiveness, not distinctness, arises from the recognition in *Sparrow*, *supra*, of an aboriginal right to fish for food. Certainly no aboriginal group in Canada could claim that its culture is "distinct" or unique in fishing for food; fishing for food is something done by many different cultures and societies around the world. What the Musqueam claimed in *Sparrow*, *supra*, was rather that it was fishing for food which, in part, made Musqueam culture what it is; fishing for food was characteristic of Musqueam culture and, therefore, a distinctive part of that culture. Since it was so it constituted an aboriginal right under s. 35(1). [Emphasis deleted; para. 72.]

Le fait que la norme à laquelle doit satisfaire une collectivité autochtone est celle du caractère distinctif et non du caractère distinct découle de la reconnaissance, dans *Sparrow*, précité, de l'existence d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires. Il est certain qu'aucun groupe autochtone au Canada ne saurait prétendre que sa culture est « distincte » ou unique du fait qu'il pêche à des fins alimentaires. La pêche à des fins alimentaires est en effet pratiquée par bon nombre de cultures et de sociétés différentes aux quatre coins du monde. Ce que les Musqueams soutenaient dans *Sparrow*, précité, c'était plutôt que cette pêche contribuait à faire de la culture musqueam ce qu'elle est. La pêche à des fins alimentaires était caractéristique de la culture musqueam et, par conséquent, un élément distinctif de cette culture. De ce fait, elle constituait un droit ancestral visé au par. 35(1). [Soulignement omis; par. 72.]

37 More recently, this Court has recognized a right to fish for food in *Adams* and in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139. In *Adams*, the Court specifically noted

Plus récemment, notre Cour a reconnu un droit de pêcher à des fins alimentaires dans *Adams* et dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139. Dans *Adams*,

that fish were only important as a source of subsistence. In *Côté*, Lamer C.J. emphasized that "[f]ishing was significant to the Algonquins, as it represented the predominant source of subsistence during the season leading up to winter" (para. 68). Moreover, this Court has previously suggested that the scope of s. 35 should extend to protect the means by which an aboriginal society traditionally sustained itself, and that the *Van der Peet* test emphasizes practices that are vital to the life of the aboriginal society in question: see *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, at para. 28, and *Mitchell*, at para. 12, respectively. I wish to clarify, however, that there is no such thing as an aboriginal right to sustenance. Rather, these cases stand for the proposition that the traditional *means* of sustenance, meaning the pre-contact practices relied upon for survival, can in some cases be considered integral to the distinctive culture of the particular aboriginal people.

la Cour a signalé que le poisson n'était important qu'à titre de denrée alimentaire. Dans *Côté*, le juge en chef Lamer a insisté tout particulièrement sur le fait que la « pêche était importante pour les Algonquins parce qu'elle était leur principale source de subsistance pendant la saison précédant l'hiver » (par. 68). En outre, notre Cour a déjà indiqué que la protection garantie par l'art. 35 devrait s'étendre aux moyens de subsistance traditionnels d'une société autochtone et que le critère énoncé dans *Van der Peet* met l'accent sur les pratiques nécessaires à la survie de la société autochtone en question : voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 28, et *Mitchell*, par. 12, respectivement. Je tiens toutefois à préciser qu'il n'existe pas de droit ancestral à la subsistance. Ce qui ressort de ces arrêts, c'est plutôt que les *moyens* de subsistance traditionnels, soit les pratiques antérieures au contact sur lesquelles reposait la survie, peuvent dans certains cas être considérés comme une partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone visé.

I can therefore find no jurisprudential authority to support the proposition that a practice undertaken merely for survival purposes cannot be considered integral to the distinctive culture of an aboriginal people. Rather, I find that the jurisprudence weighs in favour of protecting the traditional means of survival of an aboriginal community.

38 En conséquence, il n'existe à mon avis aucune jurisprudence appuyant la thèse selon laquelle une pratique ayant pour seul but la survie ne saurait être considérée comme faisant partie intégrante de la culture distinctive d'un peuple autochtone. La jurisprudence me semble plutôt favoriser la protection des moyens traditionnels de subsistance des collectivités autochtones.

McLachlin C.J. explained in *Mitchell* that in order to satisfy the *Van der Peet* test, the practice, custom or tradition must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal peoples, in the sense that

39 Dans l'arrêt *Mitchell*, la juge en chef McLachlin a expliqué que pour satisfaire au critère établi dans *Van der Peet*, la coutume, pratique ou tradition doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive autochtone, au sens où

> it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the peoples' identity. It must be a "defining feature" of the aboriginal society, such that the culture would be "fundamentally altered" without it. It must be a feature of "central significance" to the peoples' culture, one that "truly made the society what it was" (*Van der Peet, supra*, at paras. 54-59 . . .). [Emphasis deleted; para. 12.]

> elle doit avoir distingué ou caractérisé leur culture traditionnelle et avoir été au cœur de leur identité. Elle doit être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle. Il doit s'agir d'une caractéristique qui a une « importance fondamentale » dans la culture du peuple autochtone, qui « véritablement faisait de la société ce qu'elle était » (*Van der Peet*, précité, par. 54-59 . . .). [Soulignement omis; par. 12.]

As I have already explained, the purpose of this exercise is to understand the way of life of

40 Comme je l'ai déjà expliqué, il s'agit de comprendre le mode de vie d'une société autochtone

the particular aboriginal society, pre-contact, and to determine how the claimed right relates to it. This is achieved by founding the claim on a pre-contact practice, and determining whether that practice was integral to the distinctive culture of the aboriginal people in question, pre-contact. Section 35 seeks to protect integral elements of the way of life of these aboriginal societies, including their traditional means of survival. Although this was affirmed in *Sparrow*, *Adams* and *Côté*, the courts below queried whether a practice undertaken strictly for survival purposes really went to the core of a people's identity. Although intended as a helpful description of the *Van der Peet* test, the reference in *Mitchell* to a "core identity" may have unintentionally resulted in a heightened threshold for establishing an aboriginal right. For this reason, I think it necessary to discard the notion that the pre-contact practice upon which the right is based must go to the core of the society's identity, i.e. its single most important defining character. This has never been the test for establishing an aboriginal right. This Court has clearly held that a claimant need only show that the practice was integral to the aboriginal society's pre-contact distinctive culture.

spécifique, avant son contact avec les Européens, ainsi que le lien entre le droit revendiqué et ce mode de vie. Il convient pour cela de fonder la revendication sur une pratique antérieure au contact et de déterminer si cette pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone concerné, avant son contact avec les Européens. L'article 35 vise à protéger des éléments qui font partie intégrante du mode de vie de ces sociétés autochtones, notamment leurs moyens de subsistance traditionnels. Bien que cela ait été confirmé dans *Sparrow*, *Adams* et *Côté*, les tribunaux d'instance inférieure se sont demandé si une pratique ayant pour seul but la survie pouvait réellement être au cœur de l'identité d'un peuple. L'expression « au cœur de leur identité » a été utilisée dans *Mitchell* comme une description utile du critère établi dans *Van der Peet*, mais peut-être a-t-elle eu involontairement pour effet de hausser la barre lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un droit ancestral. C'est pourquoi il est nécessaire, je pense, de dissiper l'idée que la pratique antérieure au contact sur laquelle repose le droit revendiqué doit être au cœur de l'identité de la société, c'est-à-dire constituer le trait distinctif le plus déterminant. La preuve de l'existence d'un droit ancestral n'a jamais été soumise à ce critère. Notre Cour a clairement décidé que le demandeur doit uniquement établir que la pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone concernée avant son contact avec les Européens.

41 The notion that the pre-contact practice must be a "defining feature" of the aboriginal society, such that the culture would be "fundamentally altered" without it, has also served in some cases to create artificial barriers to the recognition and affirmation of aboriginal rights. The trial judge in the *Sappier and Polchies* prosecution concluded that Maliseet culture would not have been fundamentally altered had wood not been available to it. In his opinion, "[t]he society would in all probability have used some other available material" (para. 14). In response, I would adopt the following comments made by Robertson J.A., on behalf of the Court of Appeal:

L'idée que la pratique antérieure au contact devrait être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle, a également créé, parfois, des obstacles artificiels à la reconnaissance et à la confirmation des droits ancestraux. Dans *Sappier et Polchies*, le juge du procès a conclu que la culture des Malécites n'aurait pas été fondamentalement modifiée si ce peuple n'avait pas disposé de bois. À son avis, [TRADUCTION] « [i]l est tout probable que cette société aurait utilisé un autre matériau » (par. 14). À cet égard, je fais miens les commentaires suivants, formulés par le juge Robertson au nom de la Cour d'appel :

. . . I am at a loss to speculate on what other natural resource might have been used had wood not been available. Snow houses would have provided New Brunswick's aboriginal societies with adequate shelter during the winter months only. Whether fish and wildlife by-products would have served as an alternative source of fuel, and an adequate one, is a question on which I need not speculate. There is also the question as to how the aboriginal societies of New Brunswick would have traversed the lakes and rivers of this Province, in pursuit of fish and wildlife, without the traditional means of transportation: canoes. [para. 91]

. . . je n'arrive pas à deviner quelle autre ressource naturelle on aurait pu utiliser si le bois n'avait pas été là. Les huttes en neige gelée auraient fourni aux sociétés autochtones du Nouveau-Brunswick un abri suffisant, mais pour les mois d'hiver uniquement. Je n'ai pas à spéculer sur la question de savoir si le poisson et les dérivés de la faune auraient servi de source subsidiaire et suffisante de combustible. Il y a aussi la question de savoir comment les sociétés autochtones du Nouveau-Brunswick auraient traversé les lacs et les rivières de notre province, à la recherche du poisson et des animaux de la faune, sans le moyen traditionnel de transport que constituaient les canots. [par. 91]

I further agree with Robertson J.A. that courts should be cautious in considering whether the particular aboriginal culture would have been fundamentally altered had the gathering activity in question not been pursued. The learned judge correctly notes that "[a] society that fishes for sustenance will survive even if it does not consume meat and the converse is equally true" (para. 92).

À l'instar du juge Robertson, j'estime également que les tribunaux doivent faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de déterminer si la culture visée aurait été fondamentalement modifiée dans l'hypothèse où l'activité de récolte en cause n'aurait pas existé. Le juge fait à juste titre remarquer que la « société qui pêche pour assurer sa subsistance survivra, même si elle ne mange pas de viande, et le contraire est tout aussi vrai » (par. 92).

### 4.2.3 Applying the *Van der Peet* Test: the Meaning of "Distinctive Culture"

### 4.2.3 Application du critère énoncé dans *Van der Peet* : signification de l'expression « culture distinctive »

This brings us to the question of what is meant by "distinctive culture". As previously explained, this Court in *Van der Peet* set out to interpret s. 35 of the Constitution in a way which captures both the aboriginal and the rights in aboriginal rights. Lamer C.J. spoke of the "necessary specificity which comes from granting special constitutional protection to one part of Canadian society" (para. 20). It is that aboriginal specificity which the notion of a "distinctive culture" seeks to capture. However, it is clear that "Aboriginality means more than interesting cultural practices and anthropological curiosities worthy only of a museum" (C. C. Cheng, "Touring the Museum: A Comment on *R. v. Van der Peet*" (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419, at p. 434). R. L. Barsh and J. Y. Henderson argue that as a result of the *Van der Peet* decision, "'culture' has implicitly been taken to mean a fixed inventory of traits or characteristics" ("The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy:

42

Nous devons maintenant nous interroger sur le sens de l'expression « culture distinctive ». Comme je l'ai expliqué précédemment, dans *Van der Peet* notre Cour a voulu définir la portée de l'art. 35 de la Constitution d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect « ancestral » et l'aspect « droit » dans l'expression « droits ancestraux ». Le juge en chef Lamer a parlé de la « nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne » (par. 20). C'est cette spécificité autochtone qui est visée par la notion de « culture distinctive ». Toutefois, [TRADUCTION] « l'autochtonité ne se résume manifestement pas à des pratiques culturelles intéressantes et des curiosités anthropologiques dignes uniquement d'un musée » (C. C. Cheng, « Touring the Museum : A Comment on *R. v. Van der Peet* » (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419, p. 434). R. L. Barsh et J. Y. Henderson soutiennent que, du fait de l'arrêt *Van der Peet*, la notion de

Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993, at p. 1002).

43 Many of these concerns echo those expressed by McLachlin J. (as she then was) and by L'Heureux-Dubé J. in dissenting opinions in *Van der Peet*. L'Heureux-Dubé J. was of the view that "[t]he approach based on aboriginal practices, traditions and customs considers only discrete parts of aboriginal culture, separating them from the general culture in which they are rooted" (para. 150). McLachlin J. opined that "different people may entertain different ideas of what is distinctive", thereby creating problems of indeterminacy in the *Van der Peet* test (para. 257).

44 Culture, let alone "distinctive culture", has proven to be a difficult concept to grasp for Canadian courts. Moreover, the term "culture" as it is used in the English language may not find a perfect parallel in certain aboriginal languages. Barsh and Henderson note that "[w]e can find no precise equivalent of European concepts of 'culture' in Mi'kmaq, for example. How we maintain contact with our traditions is *tan'telo'tlieki-p.* How we perpetuate our consciousness is described as *tlilnuo'lti'k.* How we maintain our language is *tlinuita'sim.* Each of these terms connotes a process rather than a thing" (p. 1002, note 30). Ultimately, the concept of culture is itself inherently cultural.

45 The aboriginal rights doctrine, which has been constitutionalized by s. 35, arises from the simple fact of prior occupation of the lands now forming Canada. The "integral to a distinctive culture" test must necessarily be understood in this context. As L'Heureux-Dubé J. explained in dissent in *Van der Peet*, "[t]he 'distinctive aboriginal culture' must be taken to refer to the reality that, despite British sovereignty, aboriginal people were the original organized society occupying and using Canadian lands:

[TRADUCTION] « "culture" est désormais comprise, implicitement, comme une liste figée de traits ou de caractéristiques » (« The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993, p. 1002).

Bon nombre de ces préoccupations correspondent à celles exprimées en dissidence par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Van der Peet*. De l'avis de la juge L'Heureux-Dubé, la « méthode fondée sur l'examen des coutumes, pratiques et traditions autochtones ne s'attache qu'à des éléments distincts de la culture autochtone, et les isole de la culture générale dans laquelle elles sont enracinées » (par. 150). La juge McLachlin a exprimé l'avis qu'il y a des « conceptions individuelles de ce qui est distinctif », ce qui soulève le problème de l'indétermination eu égard au critère établi dans *Van der Peet* (par. 257).

Il s'est avéré difficile pour les tribunaux canadiens de saisir la notion de culture, sans parler de celle de « culture distinctive ». En outre, le terme « culture » utilisé dans la langue française n'a sans doute pas d'équivalent parfait dans certaines langues autochtones. Barsh et Henderson signalent qu'[TRADUCTION] « [o]n ne trouve pas dans la langue mi'kmaq, par exemple, un équivalent précis des concepts européens de "culture". Demeurer en contact avec nos traditions, c'est *tan'telo'tlieki-p.* Perpétuer notre conscience, c'est *tlilnuo'lti'k.* Maintenir notre langue, c'est *tlinuita'sim.* Chacun de ces termes comporte l'idée d'un processus plutôt que d'une chose » (p. 1002, note 30). En fin de compte, la notion de culture est en soi un phénomène intrinsèquement culturel.

La doctrine des droits ancestraux, constitutionnalisée par l'art. 35, découle du simple fait de l'occupation antérieure des terres qui forment aujourd'hui le Canada par les peuples autochtones. C'est nécessairement dans ce contexte qu'il faut comprendre le critère de la « partie intégrante de la culture distinctive ». Comme l'a expliqué la juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs dissidents dans *Van der Peet*, « [l]'expression "culture autochtone distinctive" doit être considérée comme tenant compte du fait que,

*Calder v. Attorney-General of British Columbia*, *supra*, at p. 328, *per* Judson J., and *Guerin*, *supra*, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was)" (para. 159). The focus of the Court should therefore be on the *nature* of this prior occupation. What is meant by "culture" is really an inquiry into the pre-contact way of life of a particular aboriginal community, including their means of survival, their socialization methods, their legal systems, and, potentially, their trading habits. The use of the word "distinctive" as a qualifier is meant to incorporate an element of aboriginal specificity. However, "distinctive" does not mean "distinct", and the notion of aboriginality must not be reduced to "racialized stereotypes of Aboriginal peoples" (J. Borrows and L. I. Rotman, "The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference?" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9, at p. 36).

In post-hearing submissions to the Court of Appeal in the *Sappier and Polchies* case, the Crown admitted that gathering birch bark for the construction of canoes or hemlock for basket-making were practices likely integral to the distinctive Maliseet culture (para. 94). But it would be a mistake to reduce the entire pre-contact distinctive Maliseet culture to canoe-building and basket-making. To hold otherwise would be to fall in the trap of reducing an entire people's culture to specific anthropological curiosities and, potentially, racialized aboriginal stereotypes. Instead, the Court must first inquire into the way of life of the Maliseet and Mi'kmaq, pre-contact. As previously explained, these were migratory communities using the rivers and lakes of Eastern Canada for transportation and living essentially from hunting and fishing. The Court must therefore seek to understand how the particular pre-contact practice relied upon relates to that way of life. In the present cases, the practice of harvesting wood for domestic uses including shelter, transportation, fuel and tools is directly related to the way of life I have just described. I have already explained that

en dépit de la souveraineté britannique, les autochtones ont constitué la première société organisée à occuper et à utiliser le territoire canadien : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 328, le juge Judson; et *Guerin*, précité, à la p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) » (par. 159). La Cour devrait donc concentrer son attention sur la *nature* de cette occupation antérieure. Pour savoir ce que signifie la « culture », il faut en fait se demander en quoi consistait le mode de vie d'une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens, y compris ses moyens de subsistance, ses méthodes de socialisation, son système juridique et, éventuellement, ses habitudes de troc. Le qualificatif « distinctif » est utilisé pour incorporer un élément de spécificité autochtone. Toutefois, « distinctif » n'a pas le sens de « distinct », et la notion d'autochtonité ne saurait être réduite à des [TRADUCTION] « stéréotypes racialisés envers les peuples autochtones » (J. Borrows et L. I. Rotman, « The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights : Does it Make a Difference? » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9, p. 36).

46 Dans des observations soumises à la Cour d'appel après l'audience dans l'affaire *Sappier et Polchies*, le ministère public a admis que la récolte d'écorce de bouleau pour la construction de canots, ou de pruche pour la confection de paniers, constituait une pratique qui faisait vraisemblablement partie intégrante de la culture distinctive des Malécites (par. 94). Mais ce serait une erreur de réduire à la construction de canots et à la confection de paniers la totalité de la culture malécite distinctive antérieure au contact. On tomberait alors dans le piège consistant à réduire la culture entière d'un peuple à des curiosités anthropologiques et, éventuellement, à des stéréotypes racialisés envers les Autochtones. Au lieu de cela, la Cour doit d'abord déterminer quel était le mode de vie des Malécites et des Mi'kmaq, avant l'arrivée des Européens. Comme on l'a vu, il s'agissait de peuples nomades qui utilisaient les rivières et les lacs de l'Est du Canada pour se déplacer et qui vivaient essentiellement de la chasse et de la pêche. La Cour doit donc tenter de comprendre le lien entre ce mode de vie et la pratique antérieure au contact sur laquelle repose la revendication.

we must discard the idea that the practice must go to the core of a people's culture. The fact that harvesting wood for domestic uses was undertaken for survival purposes is sufficient, given the evidence adduced at trial, to meet the integral to a distinctive culture threshold.

47 I therefore conclude that the practice of harvesting wood for domestic uses was integral to the pre-contact distinctive culture of both the Maliseet and Mi'kmaq peoples.

### 4.3 *Continuity of the Claimed Right With the Pre-Contact Practice*

48 Although the nature of the *practice* which founds the aboriginal right claim must be considered in the context of the pre-contact distinctive culture of the particular aboriginal community, the nature of the *right* must be determined in light of present-day circumstances. As McLachlin C.J. explained in *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, at para. 25, "[l]ogical evolution means the same sort of activity, carried on in the modern economy by modern means." It is the practice, along with its associated uses, which must be allowed to evolve. The right to harvest wood for the construction of temporary shelters must be allowed to evolve into a right to harvest wood by modern means to be used in the construction of a modern dwelling. Any other conclusion would freeze the right in its pre-contact form.

49 Before this Court, the Crown submitted that "[l]arge permanent dwellings, constructed from multi-dimensional wood, obtained by modern methods of forest extraction and milling of lumber, cannot resonate as a Maliseet aboriginal right, or as a proper application of the logical evolution principle", because they are not grounded in traditional

Dans les présentes affaires, la pratique de récolter du bois à des fins domestiques, c'est-à-dire pour les abris, le transport, le combustible et les outils, est directement reliée au mode de vie que je viens de décrire. Comme je l'ai expliqué précédemment, il faut rejeter l'idée selon laquelle la pratique doit être au cœur de la culture d'un peuple. Le fait que le bois ait été récolté à des fins domestiques afin d'assurer la survie est suffisant, compte tenu de la preuve présentée au procès, pour que le critère de la partie intégrante de la culture distinctive soit rempli.

Par conséquent, je conclus que la pratique de récolter du bois à des fins domestiques faisait partie intégrante de la culture distinctive des Malécites et des Mi'kmaq.

### 4.3 *Continuité entre le droit revendiqué et la pratique antérieure au contact*

Bien qu'il faille examiner la nature de la *pratique* sur laquelle repose la revendication de droit ancestral dans le contexte de la culture distinctive de la collectivité autochtone spécifique avant son contact avec les Européens, la nature du *droit*, quant à elle, doit être dégagée à la lumière des circonstances actuelles. Dans *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 25, la juge en chef McLachlin s'est exprimée ainsi : « L'évolution logique suppose le même type d'activité, exercée dans l'économie moderne par des moyens modernes. » Il faut permettre l'évolution de la pratique ainsi que de ses formes connexes. Le droit de récolter du bois pour la construction d'abris temporaires doit être autorisé à évoluer en un droit de récolter du bois, par des moyens modernes, pour la construction d'une habitation moderne. Toute autre conclusion aurait pour effet de figer le droit dans sa forme antérieure au contact.

Devant notre Cour, le ministère public a soutenu que [TRADUCTION] « les grandes unités d'habitation permanentes, construites avec du bois multidimensionnel obtenu au moyen de méthodes modernes d'exploitation forestière, de conversion primaire et d'usinage, ne sauraient être associées à un droit ancestral malécite ni à une application légitime du

Maliseet culture (appellant's factum in *Sappier and Polchies* appeal at para. 76; appellant's factum in *Gray* appeal at para. 80). I find this submission to be contrary to the established jurisprudence of this Court, which has consistently held that ancestral rights may find modern form: *Mitchell*, at para. 13. In *Sparrow*, Dickson C.J. explained that "the phrase 'existing aboriginal rights' must be interpreted flexibly so as to permit their evolution over time" (p. 1093). Citing Professor Slattery, he stated that "the word 'existing' suggests that those rights are 'affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour'" (p. 1093, citing B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 782). In *Mitchell*, McLachlin C.J. drew a distinction between the particular aboriginal right, which is established at the moment of contact, and its expression, which evolves over time (para. 13). L'Heureux-Dubé J. in dissent in *Van der Peet* emphasized that "aboriginal rights must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the natives as their practices, traditions and customs change and evolve with the overall society in which they live" (para. 172). If aboriginal rights are not permitted to evolve and take modern forms, then they will become utterly useless. Surely the Crown cannot be suggesting that the respondents, all of whom live on a reserve, would be limited to building wigwams. If such were the case, the doctrine of aboriginal rights would truly be limited to recognizing and affirming a narrow subset of "anthropological curiosities", and our notion of aboriginality would be reduced to a small number of outdated stereotypes. The cultures of the aboriginal peoples who occupied the lands now forming Canada prior to the arrival of the Europeans, and who did so while living in organized societies with their own distinctive ways of life, cannot be reduced to wigwams, baskets and canoes.

principe de l'évolution logique », parce qu'elles ne reposent pas sur la culture traditionnelle malécite (mémoire de l'appelant dans *Sappier et Polchies*, par. 76; mémoire de l'appelant dans *Gray*, par. 80). Cette argumentation va selon moi à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour, qui a toujours conclu à la possibilité d'une expression moderne des droits ancestraux : *Mitchell*, par. 13. Dans l'arrêt *Sparrow*, le juge en chef Dickson a expliqué que « l'expression "droits ancestraux existants" doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps » (p. 1093). Citant le professeur Slattery, il a précisé que le « mot "existants" laisse supposer que ces droits sont [TRADUCTION] "confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives" » (p. 1093, citant B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 782). Dans *Mitchell*, la juge en chef McLachlin a fait la distinction entre un droit ancestral spécifique, dont l'existence est établie au moment du contact, et son expression, qui évolue au fil du temps (par. 13). Dans ses motifs dissidents dans *Van der Peet*, la juge L'Heureux-Dubé a souligné l'importance de « permettre aux droits ancestraux de conserver une pertinence contemporaine par rapport aux besoins des autochtones, au fur et à mesure que leurs coutumes, pratiques et traditions changent et évoluent en même temps que l'ensemble de la société dans laquelle ils vivent » (par. 172). Si l'on ne permet pas aux droits ancestraux d'évoluer et de trouver une expression moderne, ils deviendront totalement inutiles. Le ministère public ne prétend sûrement pas que les intimés, qui vivent tous sur une réserve, ne sont autorisés qu'à construire des wigwams. Car, dans ce cas, la doctrine des droits ancestraux ne servirait en réalité qu'à reconnaître et à confirmer un sous-ensemble restreint de « curiosités anthropologiques », et notre conception de l'autochtonité se réduirait à un petit nombre de stéréotypes dépassés. Les cultures des peuples autochtones qui occupaient, avant l'arrivée des Européens, le territoire formant aujourd'hui le Canada, et qui y constituaient des sociétés organisées avec leurs modes de vie distinctifs, ne sauraient être réduites à des wigwams, à des paniers et à des canots.

### 4.4 *The Site-Specific Requirement*

50 This Court has imposed a site-specific requirement on the aboriginal hunting and fishing rights it recognized in *Adams*, *Côté*, *Mitchell*, and *Powley*. Lamer C.J. explained in *Adams*, at para. 30, that

> if an aboriginal people demonstrates that hunting on a specific tract of land was an integral part of their distinctive culture then, even if the right exists apart from title to that tract of land, the aboriginal right to hunt is nonetheless defined as, and limited to, the right to hunt on the specific tract of land. A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question. [Emphasis deleted.]

51 The characterization of the claimed right in the present cases, as in *Adams*, *Côté* and *Mitchell*, imports a necessary geographical element, and its integrality to the Maliseet and Mi'kmaq cultures should be assessed on this basis: *Mitchell*, at para. 59. I agree with Robertson J.A. in the *Sappier and Polchies* decision that "[t]his result is hardly surprising once it is recognized that all harvesting activities are land and water based" (para. 50).

52 At the trial of Messrs. Sappier and Polchies, the Crown conceded that "the issue of territoriality does not arise in the trial of the Defendants on the charge set out herein" (Agreed Statement of Facts at para. 12, reproduced in the trial decision at p. 296). Moreover, in its reply to the defendants' Notice of Contention, the Crown addressed the question of whether the harvesting of trees occurred within Crown lands traditionally used for this practice. The Crown responded: "This question would not appear to be an issue as wood was gathered at will within the traditional Maliseet territory" (reproduced in the reasons of the Court of Appeal at para. 71). Territoriality is therefore not at issue in the *Sappier and Polchies* prosecution.

### 4.4 *Condition relative aux sites spécifiques*

Notre Cour a restreint à des sites spécifiques l'application des droits ancestraux de chasse et de pêche reconnus dans *Adams*, *Côté*, *Mitchell* et *Powley*. Le juge en chef Lamer a donné l'explication suivante, au par. 30 de l'arrêt *Adams* :

> . . . si un peuple autochtone établit que la chasse sur une parcelle de terrain spécifique faisait partie intégrante de sa culture distinctive à l'époque, le droit de chasse ancestral — même s'il existe indépendamment du titre sur cette parcelle de terrain — est néanmoins défini comme étant le droit de chasser sur cette parcelle spécifique, et il se limite à cela. Un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas, du seul fait qu'il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n'importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question. [Soulignement omis.]

Tout comme dans *Adams*, *Côté* et *Mitchell*, la caractérisation du droit revendiqué dans les présents pourvois comporte nécessairement un élément géographique, et c'est sur cette base qu'il faut déterminer si ce droit fait partie intégrante des cultures malécites et mi'kmaq : *Mitchell*, par. 59. À l'instar du juge Robertson dans *Sappier et Polchies*, j'estime que « [c]e résultat n'est plus étonnant une fois que l'on reconnaît que toutes les activités de récolte s'exercent en fonction de la terre et de l'eau » (par. 50).

Au procès de MM. Sappier et Polchies, le ministère public a concédé que la [TRADUCTION] « question de la territorialité n'est pas en cause dans le procès des défendeurs relativement à l'accusation énoncée aux présentes » (exposé conjoint des faits, par. 12, reproduit dans le jugement de première instance, p. 296). En outre, dans sa réplique à l'avis de désaccord des défendeurs, le ministère public a donné la réponse suivante à la question de savoir si les arbres avaient été récoltés sur des terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin : « Cette question ne semblerait pas constituer une question en litige puisque le bois était cueilli à volonté dans les limites du territoire malécite traditionnel » (passage reproduit dans les motifs de la Cour d'appel, par. 71). La territorialité n'est donc pas en cause dans l'affaire *Sappier et Polchies*.

In the *Gray* trial, the trial judge accepted Mr. Sewell's evidence that the Mi'kmaq had traditionally used the Crown lands in question for the purpose of tree harvesting. The Court of Appeal noted that the Crown did not dispute this finding (para. 15). I would conclude on this basis that Mr. Gray has established an aboriginal right to harvest wood for domestic uses on Crown lands traditionally used for this purpose by members of the Pabineau First Nation.

Dans l'affaire *Gray*, le juge du procès a retenu le témoignage de M. Sewell selon lequel les Mi'kmaq avaient traditionnellement utilisé, pour la récolte d'arbres, les terres de la Couronne en cause. La Cour d'appel a fait remarquer que le ministère public n'a pas contesté cette conclusion (par. 15). Pour cette raison, je conclurais que M. Gray a établi l'existence d'un droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques sur les terres de la Couronne traditionnellement utilisées à ces fins par les membres de la Première Nation de Pabineau. 53

### 4.5 *Infringement and Justification*

In the *Sappier and Polchies* litigation, the Crown accepted that the relevant provisions of the *Crown Lands and Forests Act* infringed the alleged right and that the infringement could not be justified under the test set out in *Sparrow* and in *Badger* (Court of Appeal reasons, at para. 3). The Crown did not argue otherwise before this Court. Before the Court of Appeal in the *Gray* case, the Crown did not challenge the trial judge's conclusions that the impugned legislation infringed the right and that the Crown had failed to justify the infringement (para. 26).

### 4.5 *Atteinte et justification*

Dans l'affaire *Sappier et Polchies*, le ministère public a reconnu que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne* portaient atteinte au droit revendiqué et que l'atteinte ne pouvait être justifiée suivant le critère établi dans les arrêts *Sparrow* et *Badger* (motifs de la Cour d'appel, par. 3). Le ministère public n'a pas plaidé différemment devant notre Cour. En Cour d'appel, dans l'affaire *Gray*, le ministère public n'a pas contesté les conclusions du juge du procès voulant que les dispositions législatives en cause portaient atteinte au droit concerné et que le ministère public n'était pas parvenu à justifier cette atteinte (par. 26). 54

The aboriginal right to harvest wood for domestic uses is subject to regulation pursuant to the ordinary rules applicable in that regard. However, given that the Crown did not attempt to justify the infringement in the present cases, this is a question that need not be addressed in the circumstances of these appeals.

Le droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques est assujetti à la réglementation normalement applicable en la matière. Toutefois, comme le ministère public n'a pas tenté de justifier l'atteinte dans les présentes affaires, cette question n'a pas à être abordée dans le cadre de ces pourvois. 55

### 4.6 *Extinguishment*

The Crown did not allege before the Court of Appeal in the *Sappier and Polchies* litigation that the aboriginal right was extinguished by either pre- or post-Confederation legislation (see Court of Appeal reasons, at para. 3). The argument was raised at trial, but not advanced on appeal because of that Court's decision in *Bernard*, in which the Crown had argued that any right of the Miramichi Mi'kmaq to cut logs on Crown lands as an aspect

### 4.6 *Extinction*

Devant la Cour d'appel dans l'affaire *Sappier et Polchies*, le ministère public n'a pas prétendu que le droit issu de traités s'était éteint par l'effet de lois préconfédératives ou postconfédératives (voir les motifs de la Cour d'appel, par. 3). L'argument avait été invoqué au procès, mais il ne l'a pas été devant la Cour d'appel en raison de la décision de celle-ci dans *Bernard*. Dans cette affaire, le ministère public avait fait valoir qu'une série de quatre 56

of their aboriginal title over the area in question had been extinguished by the same series of four pre-Confederation statutes enacted by the province of New Brunswick between 1837 and 1862 (*per* Robertson J.A., at para. 177). The argument was advanced on appeal in the *Gray* case, where Robertson J.A. explicitly held that:

> My concurring opinion and that of Justice Daigle in *Bernard* is a sufficient basis for purposes of disposing of any argument that an existing aboriginal right was extinguished by either pre- or post-Confederation provincial legislation: see *Bernard* at paras. 176-179 and 523-541. [para. 25]

57 The Crown bears the burden of proving extinguishment. Before this Court, it relied on four pre-Confederation statutes enacted by the New Brunswick legislature between 1840 and 1862 as evidence of the Crown's intent to extinguish any aboriginal right to harvest wood. A clear intent is necessary in order to extinguish aboriginal rights. However, that intent need not be express and therefore aboriginal rights may also be extinguished implicitly: *Sparrow*, at p. 1099; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at paras. 31 and 34.

58 First, it must be emphasized that during the colonial period, the power to extinguish aboriginal rights rested with the Imperial Crown: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 15. Given the submissions advanced on behalf of the respondents and the Assembly of First Nations, intervener, it is not at all clear that the colonial legislature of New Brunswick was ever granted the legal authority by the Imperial Crown to extinguish aboriginal rights. I do not deal with this argument in any detail as I conclude that the pre-Confederation legislation does not indicate a clear intention to extinguish aboriginal rights.

59 The legislation relied upon by the Crown as proof of extinguishment is primarily regulatory in nature, although it does introduce prohibitions and create

lois préconfédératives adoptées par la province du Nouveau-Brunswick de 1837 à 1862 avaient éteint tout droit des Mi'kmaq de la Miramichi de couper du bois sur des terres de la Couronne en tant qu'aspect de leur titre aborigène sur la région en question (le juge Robertson, par. 177). L'argument a été plaidé en appel dans l'affaire *Gray*, mais le juge Robertson a été très clair :

> Mes motifs concordants et ceux du juge Daigle dans l'arrêt *Bernard* constituent un fondement suffisant pour permettre de disposer d'un argument selon lequel un droit ancestral existant a été éteint par des lois préconfédératives ou postconfédératives : voir l'arrêt *Bernard*, aux paragraphes 176 à 179 et 523 à 541. [par. 25]

Il incombe au ministère public de faire la preuve de l'extinction. Devant notre Cour, il a présenté quatre lois préconfédératives adoptées par l'assemblée législative du Nouveau-Brunswick de 1840 à 1862 comme preuve de l'intention de la Couronne d'abolir tout droit ancestral de récolter du bois. L'intention d'éteindre des droits ancestraux doit être claire. Toutefois, cette intention n'a pas à être expresse, si bien que des droits ancestraux peuvent aussi être éteints d'une façon implicite : *Sparrow*, p. 1099; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 31 et 34.

Premièrement, il convient de souligner que, pendant la période coloniale, c'est la Couronne impériale qui détenait le pouvoir d'éteindre les droits ancestraux : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 15. Compte tenu de l'argumentation présentée au nom des intimés et de l'Assemblée des Premières Nations, partie intervenante, il n'est pas clair du tout que la Couronne impériale ait jamais conféré à la législature du Nouveau-Brunswick de l'époque coloniale le pouvoir d'abolir des droits ancestraux. Je ne m'attarde pas sur cette argumentation, parce que j'arrive à la conclusion que les lois préconfédératives ne révèlent pas une intention claire d'éteindre les droits ancestraux.

Les textes législatifs invoqués par le ministère public comme preuve de l'extinction participent principalement de la réglementation, même

misdemeanour offences. The earlier legislation aimed to penalize those who harvested timber on Crown lands without permission. Starting in 1850, the statutes sought to strengthen the rights of Crown lessees and licensees by providing the legal method by which they could regain timber which had been unlawfully taken. The Crown relies in particular on the 1862 amendment, which defined the rights of licensees as existing notwithstanding "any law, usage or custom to the contrary thereof" (S.N.B. 1862, 25 Vict., c. 24).

s'ils créent des interdictions et des délits mineurs. Le plus ancien texte visait à pénaliser les personnes qui récoltaient des arbres sur les terres de la Couronne sans autorisation. À partir de 1850, les lois avaient pour objectif de renforcer les droits des preneurs à bail et titulaires de permis de la Couronne, en établissant le moyen juridique par lequel ils pouvaient récupérer le bois enlevé sans autorisation. Le ministère public se fonde tout particulièrement sur la modification de 1862, qui précisait que le droit des titulaires de permis existait malgré [TRADUCTION] « les règles de droit, usages ou coutumes à l'effet contraire » (S.N.B. 1862, 25 Vict., ch. 24).

Following this Court's decision in *Sparrow*, the regulation of Crown timber through a licensing scheme does not meet the high standard of demonstrating a clear intent to extinguish the aboriginal right to harvest wood for domestic uses. As Lamer C.J. explained in *Delgamuukw*, at para. 180, "[i]n [*Sparrow*], the Court drew a distinction between laws which extinguished aboriginal rights, and those which merely regulated them. Although the latter types of laws may have been 'necessarily inconsistent' with the continued exercise of aboriginal rights, they could not extinguish those rights." The same distinction was made in *Gladstone*, where the Court explained that a varying regulatory scheme that at times entirely prohibited aboriginal peoples from harvesting herring spawn on kelp could not be said to express a clear and plain intention to eliminate the aboriginal rights of the appellants and of the Heiltsuk Band. Lamer C.J. concluded that, "[a]s in *Sparrow*, the Crown has only demonstrated that it controlled the fisheries, not that it has acted so as to delineate the extent of aboriginal rights" (para. 34).

60 Après la décision rendue par notre Cour dans *Sparrow*, le recours à un régime de permis pour réglementer la récolte de bois se trouvant sur les terres de la Couronne ne satisfait pas à la norme élevée exigeant la preuve d'une intention claire d'éteindre le droit ancestral de récolter le bois à des fins domestiques. Dans *Delgamuukw*, par. 180, le juge en chef Lamer a déclaré : « Dans [*Sparrow*], la Cour a établi une distinction entre les règles de droit qui éteignent des droits ancestraux et celles qui se bornent à les réglementer. Quoique des règles de droit appartenant à cette deuxième catégorie aient pu être "nécessairement incompatibles" avec l'exercice continu de droits ancestraux, elles ne pouvaient pas éteindre ces droits. » La même distinction a été faite dans *Gladstone*, où la Cour a expliqué qu'il n'était pas possible d'affirmer qu'un régime de réglementation changeant, qui à certains moments interdisait complètement aux Autochtones de récolter de la rogue de hareng sur varech, indiquait une intention claire d'abolir les droits ancestraux des appelants et de la bande des Heiltsuk. Le juge en chef Lamer a conclu que, « [c]omme dans *Sparrow*, le ministère public a tout au plus démontré que l'État avait pris des mesures visant à contrôler la pêche et non à délimiter l'étendue des droits ancestraux » (par. 34).

For this reason, I find that the Crown has not discharged its onus of proving that the aboriginal right to harvest wood for domestic uses has been extinguished.

61 Pour ce motif, je conclus que le ministère public n'a pas fait la preuve, comme il lui incombait, de l'extinction du droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques.

5. The Treaty Right Claim

62 As part of the agreed statement of facts put before the Court in the trial of Messrs. Sappier and Polchies, the Crown admitted that the Treaty of 1725 and the ratification thereof in 1726 are valid Treaties and that the defendants are beneficiaries of those Treaties. The Crown's concession about the validity of the Treaty is one of law. This Court has recognized that it is not bound by concessions of law: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 45. Nonetheless, the fact that this concession occurred in the context of a criminal prosecution raises fundamental fairness concerns.

63 The onus of proving that a treaty right has been extinguished rests with the Crown, and not with the claimant: *Badger*, at para. 41; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1061; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 406; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 404. The Crown's concession in this regard is akin to it leading no evidence with respect to extinguishment, insofar as it bears the burden of proof in this respect. The concession was made at the beginning of trial, although the Crown's own witness, Dr. Stephen Patterson, presented contradictory evidence with respect to the validity of the 1725 Treaty. The defendants, Messrs. Sappier and Polchies, have rightly relied on this concession since trial. It is fundamental to their defence that they were not in unlawful possession of Crown timber because they were exercising a valid treaty right to harvest timber for personal use.

64 Although I would not discourage concessions regarding the applicable law in a criminal prosecution, the Crown's concession in the present case has important implications outside the Province of New Brunswick. The Treaty of 1725 was negotiated in Boston by the Penobscots and ratified by Mi'kmaq representatives at Annapolis Royal, Nova Scotia, in 1726 (see W. C. Wicken, *Mi'kmaq Treaties on Trial* (2002), at pp. 28, 86 and 89; S. E. Patterson, "Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context" (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 41, at pp. 51 and 55). As New Brunswick was not

5. La revendication d'un droit issu de traités

Dans l'exposé conjoint des faits présenté au procès de MM. Sappier et Polchies, le ministère public a reconnu que le Traité de 1725 et les ratifications de 1726 sont valides et que les défendeurs en sont bénéficiaires. Cette admission du ministère public relativement à la validité du Traité porte sur une question de droit. Or, notre Cour a reconnu qu'elle n'est pas liée par les admissions sur une question de droit : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 45. Néanmoins, cette admission ayant été faite dans le contexte d'une poursuite pénale, elle soulève des questions d'équité fondamentale.

Il appartient au ministère public et non au demandeur de prouver l'extinction d'un droit issu de traités : *Badger*, par. 41; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1061; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 406; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 404. Par son admission à cet égard, le ministère public choisit en quelque sorte de ne pas présenter de preuve sur la question de l'extinction, dans la mesure où le fardeau de la preuve s'y rapportant lui incombe. L'admission a été faite au début du procès, même si le témoin du ministère public, le professeur Stephen Patterson, a tenu des propos contradictoires en ce qui concerne la validité du Traité de 1725. Les défendeurs, MM. Sappier et Polchies, invoquent à juste titre cette admission depuis le procès. Un élément fondamental de leur défense consiste à soutenir qu'ils n'étaient pas en possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne, parce qu'ils exerçaient un droit valide — issu de traités — de récolter du bois à des fins personnelles.

Sans vouloir déconseiller les admissions relatives au droit applicable dans le cadre d'une poursuite pénale, j'estime que l'admission du ministère public en l'espèce a d'importantes incidences à l'extérieur de la province du Nouveau-Brunswick. Le Traité de 1725 a été négocié à Boston par les Penobscots et a été ratifié en 1726 par les représentants mi'kmaq à Annapolis Royal en Nouvelle-Écosse (voir W. C. Wicken, *Mi'kmaq Treaties on Trial* (2002), p. 28, 86 et 89; S. E. Patterson, « Anatomy of a Treaty : Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 41, p. 51 et 55). Le

recognized as a separate colony until the partition of Nova Scotia in 1784, it was Nova Scotia which negotiated on behalf of the British Crown with the aboriginal peoples of the region: Patterson, at pp. 45-46. The precise boundaries of British Nova Scotia following the 1713 *Treaty of Utrecht*, and the intended geographic scope of the 1725 Treaty, are complex issues which have yet to be historically or judicially resolved (see Wicken, at p. 101; Patterson, at pp. 42-46). These issues, along with the validity of the 1725 Treaty, were recently the subject of judicial consideration in the Province of Newfoundland and Labrador. In *Newfoundland v. Drew* (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105, the trial judge concluded that the 1725-1726 Treaties have no legal force insofar as they were terminated by subsequent hostilities between the Mi'kmaq and the British. Alternatively, he held that the 1725 Treaty by its express terms did not apply to Newfoundland, and that, in any event, the scope of the Treaty should be interpreted as restricted to territory within the jurisdiction of the Governor of Nova Scotia. An appeal from that judgment was dismissed by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal ((2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53). I raise this case only to illustrate the contentious nature of the Crown's concession in the *Sappier and Polchies* trial and its potential implications outside the Province of New Brunswick. I do not wish to be taken as pronouncing on the validity or geographical scope of the 1725 Treaty.

Given the Court's decision on the aboriginal rights issue, there is no need to consider the treaty right claim in further detail.

## 6. Incorporation of Extrinsic Evidence by the Court of Appeal

Before concluding, I wish to address the Crown's argument that Robertson J.A. on behalf of the Court of Appeal inappropriately incorporated extrinsic evidence into his reasons for judgment. The dispute over the alleged incorporation of extrinsic evidence

Nouveau-Brunswick n'ayant pas été reconnu comme une colonie distincte avant la partition de la Nouvelle-Écosse en 1784, c'est la Nouvelle-Écosse qui a négocié avec les peuples autochtones de la région au nom de la Couronne britannique : Patterson, p. 45-46. Les limites territoriales précises de la Nouvelle-Écosse après la signature du *Traité d'Utrecht* en 1713 et la portée géographique du Traité de 1725 envisagée lors de sa conclusion sont des questions complexes qui n'ont pas encore trouvé de solution historique ou judiciaire (voir Wicken, p. 101; Patterson, p. 42-46). Ces questions, ainsi que la validité du Traité de 1725, ont été soumises récemment à l'examen des tribunaux de Terre-Neuve-et-Labrador. Dans l'arrêt *Newfoundland c. Drew* (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105, le juge de première instance a conclu que les Traités de 1725 et 1726 sont sans effet juridique dans la mesure où des hostilités ultérieures entre les Mi'kmaq et les Britanniques y ont mis fin. Subsidiairement, le juge a estimé que, du fait de son libellé explicite, le Traité de 1725 ne s'appliquait pas à Terre-Neuve et que, de toute façon, sa portée devrait être restreinte au territoire qui était sous l'autorité du gouverneur de la Nouvelle-Écosse. L'appel formé contre le jugement rendu dans cette affaire a été rejeté par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ((2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53). Je fais mention de cette cause uniquement pour illustrer la nature litigieuse de l'admission faite par le ministère public au procès de MM. Sappier et Polchies et ses répercussions possibles à l'extérieur du Nouveau-Brunswick. Je tiens à préciser que je ne me prononce pas sur la validité ni sur la portée géographique du Traité de 1725.

Étant donné la décision de la Cour sur la question des droits ancestraux, il n'est pas nécessaire d'examiner plus à fond la question du droit issu de traités. 65

## 6. Incorporation d'une preuve extrinsèque par la Cour d'appel

Avant de conclure, je voudrais examiner l'argument du ministère public suivant lequel le juge Robertson, au nom de la Cour d'appel, aurait incorporé à tort une preuve extrinsèque dans ses motifs de décision. Le différend sur l'incorporation d'une 66

arises partly out of Robertson J.A.'s reasons in the *Sappier and Polchies* case:

> The Crown admitted that the *Treaty of 1725*, which includes the promises of Major Paul Mascarene and the ratifications of 1726 (hereafter the *Mascarene Treaty*) is valid and subsisting, and that the defendants are beneficiaries of that *Treaty*. The historical events leading up to and surrounding the signing of this "Peace and Friendship" treaty are set out in *R. v. Bernard (J.)* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1 . . . (C.A.), and in Professor Patterson's article, *Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context* (1999), 48 U.N.B.L.J. 41. [Emphasis added; para. 5.]

67 The Crown also objects to para. 19 of Robertson J.A.'s reasons in the *Gray* decision:

> Applying *Sappier and Polchies*, I agree with the trial judge's finding that the harvesting of trees for personal use was integral to the Mi'kmaq's distinctive culture. Just as hunting and fishing for food are essential to survival, so too was the need for shelter to protect against the natural elements and for fuel to generate sufficient warmth. Moreover, the use of artifacts crafted from wood in pursuit of an aboriginal lifestyle is well documented. One need only turn to the use of the canoe in aboriginal societies in New Brunswick to appreciate the significance and importance of trees. From the decision of this Court in *Bernard* at para. 370, we know that at the time of contact with Europeans the Mi'kmaq were a hunting and fishing people who migrated seasonally from their inland hunting grounds to the coast for summer fishing. The reality that trees provided them with a practical means of constructing a convenient mode of transport for purposes of traversing New Brunswick's intricate network of waterways is well-documented. Had the Mi'kmaq not harvested wood from time immemorial, surely that aboriginal society would have been fundamentally altered. Finally, one cannot seriously argue that the harvesting of wood for personal use was merely incidental or marginal to the Mi'kmaq culture, in the sense that it was an activity that occurred infrequently. History tells us otherwise: see *Bernard* at paras. 490, 495 and 497, in which the same findings were made of those Mi'kmaq communities of the Miramichi. [Emphasis added.]

preuve extrinsèque découle en partie des motifs du juge Robertson dans l'affaire *Sappier et Polchies* :

> La Couronne a admis que le *Traité de 1725*, qui comprend les promesses faites par le major Paul Mascarene et les ratifications de 1726 (ci-après le *Traité de Mascarene*), est valide et en vigueur et que les défendeurs en sont bénéficiaires. Les événements historiques qui ont mené à la signature de ce traité « de paix et d'amitié » et qui l'ont entourée sont relatés dans l'arrêt *R. c. Bernard (J.)* (2003), 262 R.N.-B. (2e) 1 [. . .] (C.A.), ainsi que dans l'article du professeur Patterson intitulé *Anatomy of a Treaty : Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context* (1999), 48 R.D.U.N.-B. 41. [Je souligne; par. 5.]

Le ministère public a également soulevé une objection en ce qui concerne le par. 19 des motifs du juge Robertson dans l'affaire *Gray* :

> Appliquant l'arrêt *Sappier et Polchies*, je fais mienne la conclusion du juge du procès selon laquelle la récolte d'arbres à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des Mi'kmaq. Tout comme la chasse et la pêche pour se nourrir sont essentielles à la survie, il en était de même du besoin de disposer d'un abri pour se protéger contre les éléments naturels et de combustible pour produire une chaleur suffisante. De surcroît, l'utilisation d'artefacts fabriqués à l'aide du bois pour assurer le maintien d'un mode de vie autochtone est bien documentée. Il suffit de considérer l'utilisation du canot dans les sociétés autochtones au Nouveau-Brunswick pour se convaincre de la signification et de l'importance des arbres. La décision que notre Cour a rendue dans l'arrêt *Bernard*, au paragraphe 370, nous permet d'apprendre que, à l'époque du contact avec les Européens, les Mi'kmaq formaient un peuple de chasseurs et de pêcheurs qui émigrait saisonnièrement de ses territoires de chasse intérieurs vers la côte pour se livrer à la pêche estivale. La réalité qui veut que les arbres leur procuraient un moyen pratique de construire un mode de transport commode pour pouvoir traverser le réseau complexe de voies navigables au Nouveau-Brunswick est très bien documentée. Si les Mi'kmaq n'avaient pas récolté de bois depuis des temps immémoriaux, il ne fait aucun doute que cette société autochtone aurait été fondamentalement modifiée. Enfin, on ne peut pas prétendre sérieusement que la récolte de bois à des fins personnelles constituait uniquement un élément d'importance secondaire ou marginale de la culture mi'kmaq en ce sens que c'était une activité qui s'exerçait peu fréquemment. L'histoire nous dit le contraire : voir l'arrêt *Bernard*, aux paragraphes 490, 495 et 497, dans lesquels les mêmes conclusions ont été tirées à propos des collectivités mi'kmaq de la Miramichi. [Je souligne.]

First, the Crown objects to Robertson J.A.'s reference to the findings of fact made in the *Bernard* case, which was decided and released prior to the Court of Appeal hearings in both of the cases at bar. *Bernard* was released on August 28, 2003. The *Sappier and Polchies* hearing before the Court of Appeal took place on February 11, 2004, while the *Gray* hearing occurred on November 26, 2003. In other words, by the times the hearings occurred in the cases at bar, the *Bernard* decision, including its findings of fact, was in the public record and ought to have been known to the Crown. Moreover, in the *Sappier and Polchies* decision, the reference to *Bernard* is merely informative, given the Crown's concession about the validity of the 1725 Treaty. It is not operative in Robertson J.A.'s reasoning precisely because the historical events leading up to the signing of the treaty were not contentious.

68 En premier lieu, le ministère public s'oppose à la mention, par le juge Robertson, des conclusions de fait tirées dans l'affaire *Bernard*, décision rendue et publiée avant les audiences tenues par la Cour d'appel dans les deux présentes affaires. L'arrêt *Bernard* a été publié le 28 août 2003. L'affaire *Sappier et Polchies* a été plaidée devant la Cour d'appel le 11 février 2004 et l'affaire *Gray*, le 26 novembre 2003. En d'autres termes, lors des audiences de la Cour d'appel relatives aux présentes affaires, l'arrêt *Bernard*, y compris les conclusions de fait qui y ont été tirées, était public et aurait dû être connu du ministère public. En outre, dans *Sappier et Polchies*, la mention de l'arrêt *Bernard* n'est faite qu'à titre informatif, étant donné l'admission du ministère public quant à la validité du Traité de 1725. Elle ne joue aucun rôle dans le raisonnement du juge Robertson, justement parce que les événements historiques ayant mené à la signature du traité n'étaient pas litigieux.

Similarly, in the *Gray* decision, Robertson J.A. clearly stated that he agreed with the trial judge's finding that the harvesting of trees for personal use was integral to the Mi'kmaq's distinctive culture. The reference to the *Bernard* decision and to its findings of fact in respect of the Mi'kmaq communities of the Miramichi are merely offered in support of his conclusion. In any event, the Crown concedes at para. 44 of its factum that "wood was used in Mi'kmaq society to ensure survival", and generally does not take issue with the significance of wood and the many uses to which it was put in pre-contact Mi'kmaq society.

69 De même, dans la décision *Gray*, le juge Robertson a clairement indiqué souscrire à la conclusion tirée par le juge du procès, à savoir que la récolte d'arbres à des fins personnelles faisait partie intégrante de la culture distinctive des Mi'kmaq. La mention de l'arrêt *Bernard* et des conclusions de fait qui y sont tirées au sujet des collectivités mi'kmaq de la Miramichi sert uniquement à étayer sa conclusion. De toute façon, le ministère public admet, au par. 44 de son mémoire, que [TRADUCTION] « le bois était utilisé par les Mi'kmaq pour assurer leur survie », et d'une manière générale il ne conteste pas l'importance du bois pour la collectivité mi'kmaq avant le contact avec les Européens, ni les nombreux usages qu'elle en faisait.

Second, the Crown also takes issue with Robertson J.A.'s reference to Dr. Patterson's article in the *Sappier and Polchies* reasons for judgment. Dr. Patterson gave evidence at the *Sappier and Polchies* trial as the Crown's own witness. The article Robertson J.A. referred to was also referred to by Dr. Patterson in his oral evidence. He offered to provide a copy to the trial court. The Crown declined that invitation, noting it was unnecessary in view of Dr. Patterson's presence to provide oral testimony (A.R., vol. III, at pp. 392-

70 Deuxièmement, le ministère public conteste aussi la mention de l'article du professeur Patterson par le juge Robertson dans ses motifs de décision dans *Sappier et Polchies*. Le professeur Patterson a témoigné pour le ministère public au procès de MM. Sappier et Polchies. L'article signalé par le juge Robertson a également été mentionné dans le témoignage donné de vive voix par M. Patterson. Ce dernier a proposé d'en fournir une copie lors du procès. Le ministère public a refusé, affirmant que le témoignage de vive voix du professeur Patterson

93). In any event, the Crown conceded the validity of the treaty. Dr. Patterson's article is merely offered as a source of information about the historical events surrounding the signing of the treaty, as they are not addressed in the reasons as a result of the Crown's concession.

71 Lamer J. (as he then was) relied on additional documents in *Sioui* and took judicial notice of historical facts contained therein. Some of those documents were put forth by the intervener in that case and others were obtained by way of personal research. The Crown is correct to note, however, that the parties in *Sioui* were provided with notice of these additional documents. I would agree that it is generally wise not to incorporate evidence submitted in other cases without disclosing it to the parties and allowing them the possibility of challenging it or presenting contrary evidence. But because the *Bernard* decision and Dr. Patterson's article were in the public record and well known to the Crown, and because the Crown has failed to allege any material dispute or discrepancy as a result of this so-called incorporation of extrinsic evidence, I respectfully conclude that extrinsic evidence was not improperly incorporated into the learned judge's reasons.

7. Conclusion

72 For the above reasons, I conclude that the respondents have made out the defence of aboriginal right. The respondent Mr. Gray possesses an aboriginal right to harvest wood for domestic uses on Crown lands traditionally used for that purpose by members of the Pabineau First Nation. The respondents Messrs. Sappier and Polchies possess an aboriginal right to harvest wood for domestic uses. That right is also site-specific, such that its exercise is necessarily limited to Crown lands traditionally harvested by members of the Woodstock First Nation.

suffisait (d.a., vol. III, p. 392-393). De toute façon, le ministère public a admis la validité du traité. L'article de M. Patterson est proposé uniquement comme source d'information sur les événements historiques entourant la signature du traité, puisqu'il n'en est pas question dans les motifs étant donné l'admission du ministère public.

Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a fondé sa décision sur des documents additionnels dans l'affaire *Sioui* et a pris connaissance d'office des faits historiques qui y étaient énoncés. Certains de ces documents avaient été présentés par la partie intervenante dans cette affaire et d'autres avaient été obtenus à la suite de recherches personnelles. Le ministère public a toutefois signalé à juste titre que, dans *Sioui*, les parties avaient été avisées au préalable de la prise en compte de ces documents additionnels. Je conviens qu'il est généralement prudent de ne pas incorporer des éléments de preuve présentés dans d'autres causes sans les avoir communiqués aux parties et leur avoir permis de les contester ou de présenter des preuves contraires. Cependant, comme l'arrêt *Bernard* et l'article du professeur Patterson étaient publics et bien connus du ministère public, et comme ce dernier n'a invoqué aucune divergence ou contestation pertinente résultant de cette soi-disant incorporation d'une preuve extrinsèque, je conclus, en toute déférence, que la preuve extrinsèque n'a pas été incorporée abusivement dans les motifs du juge.

7. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les intimés ont établi le bien-fondé de leur moyen de défense fondé sur l'existence d'un droit ancestral. L'intimé Gray est titulaire d'un droit ancestral l'autorisant à récolter du bois à des fins domestiques sur les terres de la Couronne traditionnellement utilisées à cette fin par les membres de la Première Nation de Pabineau. Les intimés Sappier et Polchies sont titulaires d'un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins domestiques. Ce droit est spécifique à un site, de sorte qu'il est nécessairement limité aux terres de la Couronne où les membres de la Première Nation de Woodstock ont traditionnellement récolté du bois.

Accordingly, I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

BINNIE J. — I agree with my colleague, Bastarache J., about the disposition of this appeal for the reasons he gives except, with respect, for his ruling that

> [t]he harvested wood cannot be sold, traded or bartered to produce assets or raise money. This is so even if the object of such trade or barter is to finance the building of a dwelling. In other words, although the right would permit the harvesting of timber to be used in the construction of a dwelling, it is not the case that a right holder can sell the wood in order to raise money to finance the purchase or construction of a dwelling, or any of its components. [para. 25]

In aboriginal communities pre-contact, as in most societies, there existed a division of labour. This should be reflected in a more flexible concept of the exercise of aboriginal rights *within* modern aboriginal communities, especially considering that the aboriginal right itself is communal in nature. Barter (and, its modern equivalent, sale) within the reserve or other local aboriginal community would reflect a more efficient use of human resources than requiring all members of the reserve or other local aboriginal community to which the right pertains to do everything for themselves. They did not do so historically and they should not have to do so now. On the one hand, it seems to me a Mi'kmaq or Maliseet should be able to sell firewood to his or her aboriginal neighbour or barter it for, say, a side of venison or roofing a house. On the other hand, I agree that trade, barter or sale *outside* the reserve or other local aboriginal community would represent a commercial activity outside the scope of the aboriginal right established in this case. In other respects I agree with my colleague.

*Appeals dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Office of the Attorney General, Fredericton.*

En conséquence, je suis d'avis de rejeter les pourvois. 73

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — Je souscris au dispositif proposé par mon collègue le juge Bastarache à l'égard du présent pourvoi, et ce, pour les motifs qu'il a exposés, sauf en ce qui a trait à sa décision selon laquelle 74

> [l]e bois récolté ne peut être vendu, échangé ou troqué pour obtenir des biens ou recueillir de l'argent. Il en est ainsi même si l'objectif de l'échange ou du troc est de financer la construction d'une habitation. En d'autres termes, le droit permettrait de récolter du bois pour construire une habitation, mais il n'autoriserait cependant pas son titulaire à vendre le bois afin d'obtenir l'argent nécessaire à l'achat ou à la construction de cette habitation ou d'un de ses éléments. [par. 25]

Avant l'arrivée des Européens, les collectivités autochtones avaient elles aussi, comme la plupart des sociétés, instauré une division du travail. Cette réalité devrait se traduire par une vision plus souple de l'exercice des droits ancestraux *à l'intérieur* des collectivités autochtones modernes, d'autant que ces droits sont eux-mêmes de nature collective. Le troc (et son équivalent moderne, la vente) représenterait une utilisation plus efficace des ressources humaines au sein de la réserve ou autre collectivité autochtone locale que le fait d'obliger chaque membre de la réserve ou communauté à laquelle appartient le droit à faire tout lui-même. Historiquement, les Autochtones ne le faisaient pas et ils ne devraient pas être tenus de le faire aujourd'hui. Il me semble qu'un Mi'kmaq ou un Malécite devrait pouvoir vendre du bois de chauffage à son voisin autochtone ou lui troquer ce bois pour, par exemple, un morceau de gibier ou des travaux à la toiture de sa maison. Par contre, je suis moi aussi d'avis que le commerce, le troc ou la vente *à l'extérieur* de la réserve ou autre collectivité autochtone locale constituerait une activité commerciale outrepassant la portée du droit ancestral reconnu dans la présente cause. Pour le reste, je partage l'opinion de mon collègue.

*Pourvois rejetés.*

*Procureur de l'appelante : Bureau du Procureur général, Fredericton.*

*Solicitors for the respondents Dale Sappier and Clark Polchies: Barry Spalding, Saint John.*

*Solicitors for the respondent Darrell Joseph Gray: Gaffney & Burke, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Office of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Department of Justice, St. John's.*

*Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians: Daniel R. Theriault, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener the Forest Products Association of Nova Scotia: McInnes Cooper, Halifax.*

*Solicitors for the interveners Mi'gmawei Mawiomi and the New Brunswick Aboriginal Peoples Council: Burchell, Hayman, Parish, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.*

*Procureurs des intimés Dale Sappier et Clark Polchies : Barry Spalding, Saint John.*

*Procureurs de l'intimé Darrell Joseph Gray : Gaffney & Burke, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Bureau du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Ministère de la Justice, St. John's.*

*Procureur de l'intervenante l'Union des Indiens du Nouveau-Brunswick : Daniel R. Theriault, Fredericton.*

*Procureurs de l'intervenante Forest Products Association of Nova Scotia : McInnes Cooper, Halifax.*

*Procureurs des intervenants Mi'gmawei Mawiomi et New Brunswick Aboriginal Peoples Council : Burchell, Hayman, Parish, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the New Brunswick Forest Products Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs: Ronalda Murphy, Halifax.*

*Solicitors for the interveners the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations): Cook, Roberts, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des produits forestiers du Nouveau-Brunswick : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureure de l'intervenante Assembly of Nova Scotia Mi'kmaq Chiefs : Ronalda Murphy, Halifax.*

*Procureurs des intervenants Okanagan Nation Alliance et Shuswap Nation Tribal Council : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes la bande indienne de Songhees, la Première Nation de Malahat, la Première Nation de T'Sou-ke, la Première Nation de Snaw-naw-as (Nanoose) et la bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées les Nations Te'mexw) : Cook, Roberts, Victoria.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**Gennaro Angelillo** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. ANGELILLO**

**Neutral citation: 2006 SCC 55.**

File No.: 30681.

2005: December 8; 2006: December 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Sentencing — Consideration of other offences — Accused sentenced to term of imprisonment of two years less day to be served in community — New charges laid against him in relation to new offences committed while he was waiting to be sentenced — Whether court sentencing accused may consider evidence of facts tending to establish commission of another offence in respect of which accused has been charged but not convicted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 725, 742.1.*

*Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Due diligence — Evidence not adduced at sentencing hearing because of lack of co-operation between Crown and police — Whether it is in interests of justice to allow Crown to introduce this fresh evidence on appeal.*

After pleading guilty to a charge of theft, the accused was sentenced to a term of imprisonment of two years less a day to be served in the community and to two years' probation, and was ordered to pay an amount as restitution. The Crown introduced motions in the Court of Appeal for leave to appeal, for a stay of sentence and for leave to introduce fresh evidence. The purpose of the last of these motions was to file evidence establishing the fact that the accused had been charged with two new counts of fraud, both of which were allegedly committed while he was waiting to be sentenced. The Crown argued that this evidence was

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**Gennaro Angelillo** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. ANGELILLO**

**Référence neutre : 2006 CSC 55.**

N° du greffe : 30681.

2005 : 8 décembre; 2006 : 8 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Détermination de la peine — Prise en considération d'autres infractions — Accusé condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour à purger dans la collectivité — Autres accusations portées contre lui à la suite de nouvelles infractions commises alors qu'il attendait le prononcé de sa peine — Le tribunal qui inflige une peine à un accusé peut-il prendre en compte des éléments de preuve tendant à démontrer la commission d'une autre infraction pour laquelle celui-ci a été inculpé mais n'a pas été condamné? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 725, 742.1.*

*Droit criminel — Preuve — Éléments de preuve nouveaux — Diligence raisonnable — Éléments de preuve non présentés à l'audience de détermination de la peine en raison d'une absence de collaboration entre le ministère public et la force policière — Est-il dans l'intérêt de la justice d'autoriser le ministère public à introduire cette preuve nouvelle en appel?*

L'accusé plaide coupable à une accusation de vol et est condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour à purger dans la collectivité ainsi qu'à une période de probation de deux ans et au versement de dommages-intérêts. Le ministère public saisit la Cour d'appel de requêtes sollicitant la permission d'interjeter appel, le sursis à l'exécution de la peine et la permission de produire une preuve nouvelle. Cette dernière requête vise à déposer des éléments de preuve démontrant le fait que l'accusé a été inculpé de deux nouvelles fraudes qui auraient été commises alors qu'il attendait le prononcé de sa peine. Le ministère public

not available at trial and that it had acted diligently to produce all the relevant evidence. In support of this argument, the Crown submitted an affidavit from the prosecutor responsible for the case at trial in which it is alleged that, after the detective sergeant responsible for the case had committed an indiscretion, the prosecutor had told the detective sergeant that her presence at the sentencing hearing would no longer be required and that from then on the prosecutor would be in contact only with the detective sergeant's supervisor. Before the hearing, the prosecutor checked the *plumitif*, in which there was nothing about the accused, but did not contact either the detective sergeant or her supervisor. Shortly after the sentence was handed down, the detective sergeant told the prosecutor the facts that the Crown is now seeking to introduce as fresh evidence. The Court of Appeal dismissed the motions.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ.: Although the fresh evidence is relevant, it is not admissible because the Crown did not act with due diligence. The conflict between the prosecutor and the detective sergeant explains why the evidence referred to in the motion to introduce fresh evidence was not adduced during the sentencing hearing, but this circumstance does not constitute evidence of due diligence. The record shows unequivocally that the Crown could have submitted the evidence in question to the trial judge were it not for that breakdown in communication. It is not in the interests of the administration of justice in the case at bar to condone such a lack of co-ordination and co-operation between the Crown and the police. [5] [12] [16]

In principle, evidence of facts tending to establish the commission of another offence of which the accused has not been convicted can in certain cases be admitted to enable the court to determine a just and appropriate sentence. The objectives of sentencing cannot be fully achieved unless the information needed to assess the circumstances, character and reputation of the accused is before the court. Thus, pursuant to s. 725(1)(*b*) or (*b*.1) of the *Criminal Code*, the court must in determining the sentence consider outstanding charges against the offender, subject to certain conditions. In addition, s. 725(1)(*c*) provides that the court may consider any facts forming part of the circumstances of the offence that could constitute the basis for a separate charge. There may also be evidence relating to one of the sentencing objectives or principles set out in the *Criminal Code* that is not covered by s. 725 and that shows that the accused

prétend que ces éléments de preuve n'étaient pas disponibles en première instance et qu'il a fait preuve de diligence pour produire toute la preuve pertinente. Il présente, à l'appui de cette prétention, un affidavit de la procureure agissant en première instance dans lequel elle allègue que, par suite d'une indiscrétion de la part de la sergente détective chargée du dossier, elle lui a dit que sa présence à l'audience de détermination de la peine ne serait plus requise et qu'elle communiquerait dorénavant exclusivement avec son supérieur. Avant l'audience, la procureure a vérifié les plumitifs, qui n'ont rien révélé au sujet de l'accusé, mais elle n'a contacté ni la sergente détective ni son supérieur. Peu après le prononcé de la sentence, la sergente détective lui a fait part des faits que le ministère public cherche à introduire à titre de preuve nouvelle. La Cour d'appel rejette les requêtes.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron : Bien que pertinente, la preuve nouvelle n'est pas admissible parce que le ministère public n'a pas fait preuve de diligence raisonnable. Le conflit entre la procureure et la sergente détective explique pourquoi les éléments de preuve faisant l'objet de la requête pour nouvelle preuve n'ont pas été présentés à l'audience de détermination de la peine, mais il ne constitue pas une preuve de diligence raisonnable. La preuve démontre sans équivoque que, n'eût été cette rupture de la communication, le ministère public aurait été à même de soumettre les éléments de preuve pertinents à la juge de première instance. Il n'est pas dans l'intérêt de l'administration de la justice en l'espèce de sanctionner cette absence de coordination et de collaboration entre le ministère public et la force policière. [5] [12] [16]

En principe, il est possible dans certains cas d'admettre des éléments de preuve tendant à démontrer la commission d'une autre infraction pour laquelle l'accusé n'a pas été condamné, afin de permettre au tribunal de déterminer la peine juste et appropriée. Les objectifs de la détermination de la peine ne peuvent être pleinement réalisés que si le tribunal dispose des informations pertinentes pour l'appréciation de la situation, du caractère et de la réputation de l'accusé. Ainsi, aux termes de l'al. 725(1)*b*) ou *b*.1) du *Code criminel*, le tribunal est tenu de prendre en considération, pour la détermination de la peine, d'autres accusations portées contre l'accusé pour lesquelles il n'a pas été condamné lorsque certaines conditions sont remplies. De plus, l'al. 725(1)*c*) autorise le tribunal à prendre en considération les faits liés à la perpétration de l'infraction sur lesquels pourrait être fondée une accusation distincte. Il y a également des

has committed another offence but never been charged with or convicted of it. Such extrinsic evidence must not automatically be excluded in every case. Whether it is admissible will depend on the purpose for which its admission is sought: evidence of such acts cannot be adduced for the purpose of obtaining a disproportionate sentence against the accused for the offence in question or of punishing the accused for an offence of which he or she has not been convicted, but can be adduced to shed light on the background and character of the accused. In the case at bar, since the fresh evidence constituted the basis for outstanding charges for which the accused had not yet stood trial, it could be admitted only in the context of the procedure provided for in s. 725(1)(*b*) or (*b*.1), which required, among other things, that the offender's consent be obtained. [5] [17] [22] [25] [27]

Another issue that arose in the case at bar in addition to the general sentencing principles was whether, under s. 742.1 of the *Code*, the court was satisfied that for the accused to serve his sentence in the community would not endanger the safety of the community. The fact that the accused had been charged with two new counts of fraud was a relevant consideration in this determination. The accused had also chosen to present evidence relating to his character. Nevertheless, the Crown had not objected to the release of the accused on bail when he appeared in connection with the events the Crown wished to submit as fresh evidence. If nothing militated against his release at that time, it is hard to conclude that the court was deceived when it imposed a sentence to be served in the community. [34] [36-37]

*Per* Binnie and Fish JJ.: The requirements for considering, in the determination of a sentence, other offences for which the offender has been neither tried nor convicted are set out in s. 725 of the *Criminal Code*. Charged but untried offences cannot be considered unless they meet the requirements of s. 725(1)(*b*) or (*b*.1). Accordingly, even if the Crown had proceeded with diligence to introduce facts that were the basis of other charges against the accused, they could not be considered in determining the accused's sentence given that those conditions have not been met in this case. [42] [46-47]

éléments de preuve se rapportant à un des objectifs ou principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*, qui ne sont pas visés par l'art. 725, et qui peuvent démontrer que l'accusé a commis une autre infraction qui n'a jamais fait l'objet d'une accusation et pour laquelle il n'a pas été condamné. Cette preuve extrinsèque ne doit pas être exclue d'emblée dans tous les cas. Sa recevabilité dépendra du but dans lequel on cherche à la faire admettre : on ne saurait faire la preuve de tels actes dans le but d'obtenir une peine démesurée contre l'accusé pour l'infraction en cause ou le punir pour avoir commis une infraction pour laquelle il n'a pas été condamné, mais la preuve de tels actes peut être faite dans le but de faire la lumière sur la situation et le caractère de l'accusé. Dans la présente affaire, puisque la preuve nouvelle constituait le fondement d'autres accusations pour lesquelles l'accusé n'avait pas encore subi son procès, elle ne pouvait être admise que dans le cadre de la procédure prévue à l'al. 725(1)*b*) ou *b*.1), qui exigeait entre autres le consentement de l'accusé. [5] [17] [22] [25] [27]

Aux principes généraux de la détermination de la peine s'ajoutait en l'espèce, conformément à l'art. 742.1 du *Code*, la question de savoir si le tribunal était convaincu que le fait pour l'accusé de purger sa peine dans la collectivité ne mettait pas en danger la sécurité de celle-ci. Le fait que l'accusé avait été inculpé de deux nouvelles fraudes était pertinent à cette détermination. L'accusé avait également choisi de présenter des éléments de preuve ayant trait à sa moralité. Toutefois, le ministère public ne s'est pas opposé à la remise en liberté sous caution de l'accusé lorsqu'il a comparu relativement aux événements que le ministère public entendait soumettre à titre de nouvelle preuve. Si aucune raison ne militait alors contre sa remise en liberté, il est difficile de conclure que le tribunal a effectivement été berné en ordonnant une peine à être purgée dans la collectivité. [34] [36-37]

*Les* juges Binnie et Fish : Sont énoncées à l'art. 725 du *Code criminel* les exigences à respecter pour prendre en compte, dans la détermination de la peine, d'autres infractions à l'égard desquelles le délinquant n'a pas subi de procès ni n'a été condamné. Les infractions ayant fait l'objet d'accusations mais non de poursuites ne peuvent être prises en considération à moins de satisfaire aux exigences de l'al. 725(1)*b*) ou *b*.1). Par conséquent, même si le ministère public avait fait preuve de diligence pour présenter des faits qui constituaient le fondement d'autres accusations contre l'accusé, ils ne pouvaient entrer en ligne de compte pour la détermination de la peine de l'accusé étant donné que ces conditions n'ont pas été remplies en l'espèce. [42] [46-47]

Parliament has also addressed the issue of uncharged offences in s. 725(1)(*c*) of the *Code*. By virtue of that provision, uncharged offences may only be considered if they are based on "facts forming part of the circumstances of the offence" for which the offender is to be sentenced. To permit a sentencing court to consider uncharged offences even if they are unrelated to the offence charged would not only render s. 725(1)(*c*) entirely superfluous, but also would remove for these unrelated offences the protection that Parliament has expressly provided for related offences. Under s. 725(2), offences considered by the sentencing court pursuant to s. 725(1)(*c*) cannot form the basis of further proceedings against the offender. This protects the accused from double punishment. Moreover, evidence of uncharged offences, an acknowledged aggravating factor, cannot be admitted on the ground that it goes to "background and character" but not to punishment. Evidence of untried offences introduced by the Crown at the sentencing stage goes to punishment and is introduced for that purpose either to call for a more severe sentence or to preclude a sentence that is less restrictive. Since Parliament has chosen not to permit evidence of offences that are uncharged and unrelated, courts should not do so by judicial fiat. [40-41] [49] [51-52] [61] [64] [68]

Le législateur a également traité de la question des infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation à l'al. 725(1)*c*) du *Code*. En vertu de cette disposition, les infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation ne peuvent être prises en considération que si elles se fondent sur des « faits liés à la perpétration de l'infraction » pour laquelle le délinquant se verra infliger une peine. Permettre aux tribunaux appelés à prononcer la peine de prendre en compte des infractions, même non connexes, n'ayant fait l'objet d'aucune accusation non seulement rendrait l'al. 725(1)*c*) totalement superflu, mais aussi priverait ces infractions non connexes de la protection que le législateur a expressément prévue pour les infractions connexes. Selon le par. 725(2), les infractions que le tribunal chargé d'infliger la peine prend en considération en vertu de l'al. 725(1)*c*) ne peuvent justifier d'autres poursuites contre le délinquant. Cette mesure protège l'accusé contre la double peine. Par ailleurs, la preuve des infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation — facteur aggravant reconnu — ne peut être admise au motif qu'elle concerne « la situation et le caractère » du délinquant, mais qu'elle ne vise pas à le punir. La preuve qui se rapporte à une infraction n'ayant pas fait l'objet de poursuites et qui est introduite par le ministère public au stade de la détermination de la peine vise à punir et est présentée dans ce but, soit parce qu'elle entraînerait une peine plus sévère, soit parce qu'elle empêcherait l'imposition d'une peine moins contraignante. Étant donné que le législateur a choisi de ne pas permettre la présentation d'une preuve relative à des infractions non connexes et n'ayant fait l'objet d'aucune accusation, les tribunaux ne devraient pas le faire par ordonnance judiciaire. [40-41] [49] [51-52] [61] [64] [68]

**Cases Cited**

By Charron J.

**Applied:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Lévesque*, [2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47; **considered:** *R. v. Edwards* (2001), 155 C.C.C. (3d) 473; **referred to:** *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Pelletier* (1989), 52 C.C.C. (3d) 340; *R. v. Larche*, [2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56; *R. v. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433; *R. v. Maheu* (1997), 116 C.C.C. (3d) 361.

By Fish J.

**Distinguished:** *R. v. Edwards* (2001), 155 C.C.C. (3d) 473; *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749; **referred to:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R.

**Jurisprudence**

Citée par la juge Charron

**Arrêts appliqués :** *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, 2000 CSC 47; **arrêt examiné :** *R. c. Edwards* (2001), 155 C.C.C. (3d) 473; **arrêts mentionnés :** *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Pelletier*, [1989] A.Q. nº 1651 (QL); *R. c. Larche*, [2006] 2 R.C.S. 762, 2006 CSC 56; *R. c. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433; *R. c. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410.

Citée par le juge Fish

**Distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Edwards* (2001), 155 C.C.C. (3d) 473; *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749; **arrêts mentionnés :** *Palmer c. La Reine*, [1980]

759; *R. v. Larche*, [2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(*d*), (*h*).
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 6, 334(*a*), 687(1), Part XXIII, 718 to 718.2, 721(1), (3), 723, 724(3)(*e*), 725, 726.1, 731(1), 732(1), 738, 742.1.

**Authors Cited**

Hart, H. L. A. *Punishment and the Elimination of Responsibility*. London: Athlone Press, 1962.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Mailhot and Doyon JJ.A.), [2004] Q.J. No. 11670 (QL), affirming a decision of Corte J.C.Q. Appeal dismissed.

*Michel Pennou* and *Dominique Benoît*, for the appellant.

*Robert Delorme* and *Eliane Hogue*, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ. delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

1 During sentencing, is it appropriate for the court to consider evidence of facts tending to establish the commission of another offence in respect of which the offender has been charged but not convicted? If such evidence is admissible in principle, is it in the interests of justice in the instant case to allow the Crown to introduce this fresh evidence on appeal?

2 After pleading guilty to a charge of theft, Gennaro Angelillo was sentenced to a term of imprisonment of two years less a day to be served in the community, subject to his complying with certain conditions that are not in issue in this appeal. At the time of sentencing, Crown counsel was unaware that Mr. Angelillo was under police investigation once again for incidents that had occurred after his guilty plea and that later led to new charges. Relying on that

1 R.C.S. 759; *R. c. Larche*, [2006] 2 R.C.S. 762, 2006 CSC 56.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11*d*), *h*).
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 6, 334*a*), 687(1), partie XXIII, 718 à 718.2, 721(1), (3), 723, 724(3)*e*), 725, 726.1, 731(1), 732(1), 738, 742.1.

**Doctrine citée**

Hart, H. L. A. *Punishment and the Elimination of Responsibility*. London : Athlone Press, 1962.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Mailhot et Doyon), [2004] J.Q. nº 11670 (QL), qui a confirmé une décision de la juge Corte. Pourvoi rejeté.

*Michel Pennou* et *Dominique Benoît*, pour l'appelante.

*Robert Delorme* et *Eliane Hogue*, pour l'intimé.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron a été rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

Lors de la détermination de la peine, convient-il que le tribunal prenne en compte des éléments de preuve tendant à démontrer la commission d'une autre infraction pour laquelle le délinquant a été inculpé mais n'a pas été condamné? Si une telle preuve est admissible en principe, est-il dans l'intérêt de la justice en l'espèce d'autoriser la Couronne à introduire cette preuve nouvelle en appel?

À la suite de son plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation de vol, Gennaro Angelillo a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour à purger dans la collectivité, sous réserve de l'observation de certaines conditions qui ne sont pas en cause pour les besoins du présent pourvoi. Au moment de la détermination de la peine, la procureure de la Couronne ignorait que M. Angelillo faisait l'objet d'une nouvelle

evidence, the Crown introduced three motions in the Quebec Court of Appeal in which it sought leave to introduce fresh evidence, leave to appeal the sentence and a stay of sentence. The Court of Appeal dismissed the motion to introduce fresh evidence, because in its view [TRANSLATION] "[t]his evidence is not relevant" and because "[t]o accept what the prosecution is proposing would mean accepting that the respondent can be punished more severely for committing an offence of which he might be found not guilty" ([2004] Q.J. No. 11670 (QL), at paras. 6 and 14). The court also dismissed the other two motions. The Crown has appealed to this Court.

enquête policière concernant des incidents survenus après le plaidoyer de culpabilité et qui ont plus tard mené à de nouvelles accusations. En se fondant sur ces éléments de preuve, la Couronne présente à la Cour d'appel du Québec trois requêtes dans lesquelles elle sollicite l'introduction d'une nouvelle preuve, la permission d'appeler de la peine et le sursis à l'exécution de la peine. La Cour d'appel rejette la requête relative à la nouvelle preuve, parce que, selon elle, « [i]l ne s'agit pas [. . .] d'éléments pertinents » et « [a]ccepter la proposition du ministère c'est accepter que l'intimé puisse être puni plus sévèrement pour avoir commis un acte dont il pourrait éventuellement être déclaré non coupable » ([2004] J.Q. nº 11670 (QL), par. 6 et 14). Elle rejette également les deux autres requêtes. La Couronne se pourvoit devant la Cour.

As was the case in the Court of Appeal, the main issue in this appeal relates to the admissibility of the fresh evidence. The rules governing admissibility are the same in this Court, and they are well known. The Court of Appeal had to determine pursuant to s. 687(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Cr. C.*"), whether it was appropriate to require or receive additional evidence. According to the rules laid down in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, and applied in *R. v. Lévesque*, [2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47, an appellate court should not generally admit evidence if, by due diligence, it could have been adduced at trial — although this general principle is not to be applied as strictly in a criminal case as in civil cases — and should only admit evidence that is relevant and credible and that could reasonably be expected to have affected the result had it been adduced at trial together with the other evidence. 3

Tout comme devant la Cour d'appel, le présent pourvoi porte principalement sur l'admissibilité de la nouvelle preuve. Les critères d'admissibilité sont les mêmes devant notre Cour et ils sont bien connus. La Cour d'appel devait déterminer, en vertu du par. 687(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), s'il était utile d'exiger ou de recevoir une preuve supplémentaire. Selon les critères énoncés dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, et retenus dans *R. c. Lévesque*, [2000] 2 R.C.S. 487, 2000 CSC 47, la cour d'appel ne devrait généralement pas admettre un élément de preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produit en première instance, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles, et ne doivent être admis que des éléments de preuve qui sont pertinents, plausibles et dont on peut raisonnablement penser qu'ils auraient influé sur le résultat s'ils avaient été produits en première instance avec les autres éléments de preuve.

The Crown submits that the Court of Appeal erred in holding that evidence of facts tending to establish the commission of another offence is irrelevant to the determination of the appropriate sentence, regardless of the purpose being pursued, unless the offence in question resulted in a conviction. The Crown wishes to produce this fresh evidence not to prove that the other offence 4

La Couronne prétend que la Cour d'appel a fait erreur en concluant que la preuve de faits tendant à démontrer la commission d'une autre infraction n'est pas pertinente pour déterminer la peine appropriée, quelle que soit la fin poursuivie, à moins que l'infraction en question n'ait fait l'objet d'une déclaration de culpabilité. La Couronne veut faire cette preuve nouvelle, non pas pour prouver la

was committed, but for the sole purpose of establishing Mr. Angelillo's character — a distinction that was accepted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Edwards* (2001), 155 C.C.C. (3d) 473, but rejected by the Court of Appeal in the case at bar. In light of the sentencing submissions, and more particularly of the pre-sentence report, according to which Mr. Angelillo [TRANSLATION] "has done some soul-searching, which seems to be sincere, about his inappropriate behaviour" and his "time in court [has] had a major deterrent effect", the Crown contends that the fresh evidence easily meets the requirement of relevance.

5 Although I have concluded that the fresh evidence is relevant and I recognize that, in principle, evidence of facts tending to establish the commission of another offence of which the offender has not been convicted can in certain cases be admitted to enable the court to determine a just and appropriate sentence, I would, for the reasons that follow, dismiss the appeal. Since the fresh evidence constitutes the basis for outstanding charges against Mr. Angelillo for which he has not yet stood trial, it can be admitted only in the context of the procedure provided for in s. 725(1)(*b*) or (*b*.1) *Cr. C.* The conditions for that procedure include a requirement that the offender's consent be obtained. Furthermore, I feel that the Crown has not shown due diligence. Accordingly, the Court of Appeal's decision not to admit the fresh evidence is affirmed and the appeal is dismissed.

## 2. Facts and Judgments Below

### 2.1 *Court of Québec*

6 On January 13, 2003, Mr. Angelillo pleaded guilty in the Court of Québec to a charge of theft over $5,000, contrary to s. 334(*a*) *Cr. C.* More than 37 times over a period of about a month and a half, Mr. Angelillo, who was employed as a security guard, failed to make deposits his employer had instructed him to make and instead took the money for his own use, thus misappropriating more than $425,000. He used a large part of that amount to pay debts he had incurred to persons associated

commission de cette autre infraction, mais uniquement pour établir le caractère de M. Angelillo — distinction qui a été reconnue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Edwards* (2001), 155 C.C.C. (3d) 473, mais rejetée par la Cour d'appel en l'espèce. Compte tenu des arguments relatifs à la peine qui ont été présentés et plus particulièrement du rapport présentenciel, selon lequel M. Angelillo « a effectué une remise en question qui paraît sincère face à ses agirs inadéquats » et son « passage devant la Cour [a] eu un impact dissuasif majeur », la Couronne prétend que la preuve nouvelle satisfait aisément le critère de la pertinence.

Bien que je conclue que la preuve nouvelle est pertinente et que je reconnaisse que, en principe, il est possible dans certains cas d'admettre des éléments de preuve tendant à démontrer la commission d'une autre infraction pour laquelle le délinquant n'a pas été condamné, afin de permettre au tribunal de déterminer la peine juste et appropriée, je suis d'avis, pour les motifs qui suivent, de rejeter le présent pourvoi. Puisque la preuve nouvelle constitue le fondement d'autres accusations portées contre M. Angelillo et pour lesquelles il n'a pas encore subi son procès, elle ne peut être admise que dans le cadre de la procédure prévue aux al. 725(1)*b*) ou *b*.1) *C. cr.* Entre autres conditions, cette procédure exige le consentement du délinquant. Qui plus est, je suis d'avis que la Couronne n'a pas fait preuve de diligence raisonnable. Par conséquent, la décision de la Cour d'appel de ne pas admettre la preuve nouvelle est confirmée et le pourvoi est rejeté.

## 2. Faits et historique judiciaire

### 2.1 *Cour du Québec*

Le 13 janvier 2003, devant la Cour du Québec, M. Angelillo plaide coupable à une accusation de vol de plus de 5 000 $, en contravention de l'al. 334*a*) *C. cr.* À plus de 37 occasions au cours d'une période d'environ un mois et demi, M. Angelillo, qui travaille alors comme agent de sécurité, a omis de faire des dépôts dont il était chargé par son employeur, s'appropriant plutôt ces sommes d'argent. Il a ainsi détourné plus de 425 000 $, dont il a utilisé une part importante pour payer des dettes

with organized crime, who were threatening him and his family. The police also seized $150,000 during a search of his home.

For reasons that are not apparent from the record, the sentencing hearing was not completed until April 21, 2004, more than 15 months after the guilty plea. At that time, Judge Corte sentenced Mr. Angelillo to a term of imprisonment of two years less a day to be served in the community followed by two years' probation, and ordered him to pay $268,430 as restitution under s. 738 *Cr. C.* In imposing this sentence, the court accepted the submissions of the defence rather than those of Crown counsel, who had asked for an unconditional three-year term of imprisonment.

Judge Corte noted that the offender had no criminal record, had pleaded guilty at the start of the proceedings and had expressed remorse, and that the pre-sentence report was favourable to him. She also noted that Mr. Angelillo had three jobs at the time and was the sole source of support for his wife and for his three children, who were respectively 15 months, four years and seven years old. Referring to the pre-sentence report dated May 15, 2003, the judge added that the offender [TRANSLATION] "has done some sincere soul-searching about his inappropriate behaviour [and] has undertaken a rehabilitation process . . . and also counselling", and that "his time in court has had a major deterrent effect on him". The report also stated that Mr. Angelillo was not dangerous and that his risk of re-offending was low. Judge Corte noted that there was a special circumstance in Mr. Angelillo's case, namely that he had stolen because his life and the lives of his family were being threatened by creditors who had ties to organized crime. There was physical evidence confirming that Mr. Angelillo had been threatened, and this fact was not disputed by the Crown. Judge Corte therefore concluded that, in this instance, the penological objectives of deterrence and denunciation could be achieved by imposing a conditional sentence with certain conditions restricting Mr. Angelillo's freedom.

contractées auprès de personnes associées au crime organisé, qui les menaçaient, lui et sa famille. La police a également saisi 150 000 $ lors d'une perquisition à sa résidence.

7 Rien au dossier n'indique clairement pourquoi l'audience de détermination de la peine n'a pris fin que le 21 avril 2004, soit plus de 15 mois après le plaidoyer de culpabilité. La juge Corte condamne alors M. Angelillo à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour à purger dans la collectivité, assortie d'une période de probation de deux ans, et lui ordonne de verser 268 430 $ à titre de dommages-intérêts en application de l'art. 738 *C. cr.* Ce faisant, le tribunal se range aux arguments de la défense plutôt qu'à ceux de la Couronne, qui demandait une peine de trois ans d'incarcération ferme.

8 La juge Corte souligne que le délinquant n'a pas d'antécédents judiciaires, qu'il a plaidé coupable dès le début des procédures, qu'il a exprimé des remords et qu'il a fait l'objet d'un rapport présentenciel favorable. Elle note aussi que M. Angelillo occupe alors trois emplois et qu'il est l'unique soutien de son épouse et de ses trois enfants, âgés de 15 mois, quatre ans et sept ans respectivement. De plus, se reportant au rapport présentenciel, daté du 15 mai 2003, la juge mentionne que le délinquant « a effectué une remise en question sincère face à ses agirs inadéquats, qu'il s'est mobilisé dans un processus de réinsertion sociale [. . .] et également un suivi thérapeutique » et « son passage à la Cour a eu un impact dissuasif majeur chez le contrevenant ». Le rapport indique également que M. Angelillo ne représente pas un grand danger et que les risques de récidive sont faibles. La juge Corte précise que le cas de M. Angelillo comporte une particularité : il a volé parce que sa vie et celle de sa famille étaient menacées par des créanciers ayant un lien avec le crime organisé. Un élément de preuve matérielle confirme que M. Angelillo avait reçu des menaces, ce qui n'est pas contesté par la Couronne. La juge Corte conclut donc qu'en l'espèce les objectifs pénologiques de dissuasion et de dénonciation peuvent être respectés par l'infliction d'une peine avec sursis assortie de certaines conditions restrictives de liberté.

2.2 *Fresh Evidence*

9 Following that decision, the Crown introduced motions in the Court of Appeal for leave to appeal, for a stay of sentence and for leave to introduce fresh evidence. Through the last of these motions, the Crown intended to file evidence showing: (1) that, on August 20, 2003, Mr. Angelillo was arrested at an Insta-Chèque counter while attempting to cash a forged certified cheque from the National Bank of Canada made payable to him in the amount of $12,000; and (2) that, on January 21, 2004, during a search of Mr. Angelillo's home, police officers found a National Bank stamp with the words [TRANSLATION] "certified cheque" on it and a starter kit containing a set of non-personalized cheques, which came from a National Bank branch where Mr. Angelillo worked as a cleaner. These allegations were the basis for the new charges against Mr. Angelillo.

10 The Crown argues that this evidence was not available at trial and that it acted diligently to produce all the relevant evidence before Judge Corte. In support of this argument, the Crown has submitted an affidavit from the prosecutor responsible for the case at trial. The affidavit states that, in early June 2003, after the detective sergeant responsible for the case had committed an indiscretion by telling Mr. Angelillo the sentence the Crown intended to seek, Crown counsel told the detective sergeant that her presence at the sentencing hearing would no longer be required and that from then on counsel would be in contact only with the detective sergeant's supervisor. Before the hearing, counsel checked the *plumitif*, in which there was nothing about Mr. Angelillo, but did not contact either the detective sergeant or her supervisor. On April 21, 2004, shortly after Judge Corte handed down her sentence, the detective sergeant ran into counsel at the courthouse by chance and told her the facts that the Crown is now seeking to introduce as fresh evidence. According to the affidavit of the police officer responsible for the new investigation, the detective sergeant had been aware of this investigation since January 19, 2004.

2.2 *La preuve nouvelle*

Par suite de cette décision, la Couronne a saisi la Cour d'appel de requêtes sollicitant la permission d'interjeter appel, le sursis à l'exécution de la peine et la permission de produire une preuve nouvelle. Par cette dernière requête, elle entend déposer des éléments de preuve démontrant : (1) que le 20 août 2003, M. Angelillo a été arrêté à un comptoir Insta-Chèque alors qu'il tentait d'encaisser un faux chèque certifié de la Banque Nationale du Canada, libellé à son ordre, au montant de 12 000 $; (2) que le 21 janvier 2004, lors d'une perquisition au domicile de M. Angelillo, les policiers ont trouvé un tampon de la Banque Nationale avec l'inscription « chèque certifié », ainsi qu'une trousse de départ comportant une série de chèques non personnalisés, objets provenant d'une succursale de la Banque Nationale où M. Angelillo faisait des travaux d'entretien ménager. Ces allégations constituent le fondement des nouvelles accusations portées contre M. Angelillo.

La Couronne prétend que ces éléments de preuve n'étaient pas disponibles en première instance et qu'elle a fait preuve de diligence pour produire devant la juge Corte toute la preuve pertinente. Elle présente, à l'appui de cette prétention, un affidavit de la procureure responsable du dossier en première instance. Selon cet affidavit, au début du mois de juin 2003, par suite d'une indiscrétion de la part de la sergente détective chargée du dossier, qui a informé M. Angelillo des intentions de la Couronne quant à la peine demandée, la procureure de la Couronne a annoncé à la sergente détective que sa présence à l'audience de détermination de la peine ne serait plus requise et qu'elle communiquerait dorénavant exclusivement avec son supérieur. Avant l'audience, la procureure a vérifié les plumitifs, qui n'ont rien révélé au sujet de M. Angelillo, mais elle n'a contacté ni la sergente détective ni son supérieur. Le 21 avril 2004, peu après le prononcé de la sentence par la juge Corte, la sergente détective a rencontré par hasard la procureure au Palais de justice et lui a fait part des faits que la Couronne cherche à introduire à titre de preuve nouvelle. L'affidavit du policier chargé de la nouvelle enquête indique, quant à lui, que la sergente détective était au courant de cette enquête depuis le 19 janvier 2004.

2.3 *Court of Appeal*

The Quebec Court of Appeal (Beauregard, Mailhot and Doyon JJ.A.) dismissed the three motions filed by the Crown because, in the court's view, the evidence was not relevant. The court began by stating that, because of the presumption of innocence, the fact that Mr. Angelillo had been charged proved nothing. It added that, in the present case, what the Crown wished to prove was not that he had been charged with another crime, but that the charge was substantiated. The court rejected the Crown's submission that the fresh evidence was admissible as character evidence under the principles stated by Rosenberg J.A. in *Edwards*. In the court's view, it is contrary to the presumption of innocence to consider, in sentencing an accused, facts that could constitute the basis for a separate criminal charge that has not resulted in conviction (para. 11). The court concluded that taking into account evidence of facts tending to establish that an accused has committed another offence of which he or she has not been convicted amounts to punishing the accused more severely for having committed an act in respect of which he or she might ultimately be found not guilty (para. 14).

2.3 *Cour d'appel*

La Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Mailhot et Doyon) rejette les trois requêtes de la Couronne, puisque, selon elle, les éléments de preuve ne sont pas pertinents. La cour indique d'abord que, en raison de la présomption d'innocence, le fait que M. Angelillo ait été accusé ne prouve rien. Elle souligne ensuite qu'en l'espèce ce n'est pas le fait qu'il a été accusé d'un autre crime que la Couronne veut prouver mais le bien-fondé de l'accusation. À cet égard, la Cour d'appel rejette la prétention de la Couronne voulant que la preuve nouvelle soit admissible comme preuve de caractère en vertu des principes énoncés par le juge Rosenberg dans *Edwards*. Selon elle, il est incompatible avec la présomption d'innocence de prendre en compte, aux fins de détermination de la peine, des faits susceptibles de fonder une accusation criminelle distincte qui n'a pas fait l'objet d'une condamnation (par. 11). Elle conclut que la prise en compte d'éléments de preuve tendant à démontrer qu'un accusé a commis une autre infraction pour laquelle il n'a pas été condamné équivaut à le punir plus sévèrement pour avoir commis un acte à l'égard duquel il pourrait en fin de compte être déclaré non coupable (par. 14). 11

3. Analysis

3. Analyse

3.1 *Admissibility of Fresh Evidence*

As mentioned above, an appellate court considering a motion to admit fresh evidence must decide, under s. 687(1) *Cr. C.*, whether it thinks fit to require or receive additional evidence. What must guide the court of appeal in assessing the admissibility of fresh evidence is therefore a concern to serve the interests of justice.

3.1 *Admissibilité de la nouvelle preuve*

Comme il a été indiqué plus haut, le tribunal d'appel saisi d'une requête en admissibilité d'une preuve nouvelle doit décider, en vertu du par. 687(1) *C. cr.*, s'il est utile d'exiger ou de recevoir une preuve supplémentaire. C'est donc le souci de servir l'intérêt de la justice qui doit guider le tribunal d'appel dans son appréciation de l'admissibilité d'une preuve nouvelle. 12

In *Lévesque*, at para. 35, this Court adapted to an appeal against sentence the four criteria set out in *Palmer* for determining whether it is in the interests of justice to admit fresh evidence on an appeal from a verdict:

(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial

Dans l'arrêt *Lévesque*, par. 35, la Cour a adapté à l'appel d'une peine les quatre critères qui permettent de circonscrire l'intérêt de la justice aux fins d'admission d'une preuve nouvelle en appel d'un verdict, critères qui avaient été énoncés dans *Palmer* : 13

(1) On ne devrait généralement pas admettre un élément de preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait

provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases.

(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue relating to the sentence.

(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief.

(4) The evidence must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

14 In *Lévesque*, the Court recognized that the strict rules of a trial do not apply to a sentencing hearing, because in order to determine the appropriate sentence the judge must have as much information as possible about the accused (para. 30). The Court held that the *Palmer* criteria do not compromise this more flexible application of the rules and noted that those criteria are just as important where the appeal relates to the sentence. It will be helpful for the purposes of the case at bar to recall why this is true:

The integrity of the criminal process and the role of appeal courts could be jeopardized by the routine admission of fresh evidence on appeal, since this would create a two-tier sentencing system. That kind of system would be incompatible with the high standard of review applicable to appeals from sentences and the underlying "profound functional justifications": see *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 91. Despite the fresh evidence, the sentencing judge, unlike the appeal judge, has the benefit of being able to directly assess the other evidence, the testimony and the submissions of the parties, as well as being familiar with the needs and current conditions of and in the community where the crime was committed: see *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 91. Furthermore, appeal courts are not the appropriate forum in which to determine questions of fact, and they should do so only when the fresh evidence presents certain characteristics such as would justify expanding their traditional role. This Court has already identified those characteristics, in *Palmer*. In my view, whether the appeal relates to a verdict or a sentence, the criteria laid down by this Court in *Palmer* are the criteria that are to be applied where a court of appeal is determining whether to admit fresh evidence. [para. 20]

pu être produit en première instance, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles.

(2) La preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant à la sentence.

(3) La preuve doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi.

(4) La preuve doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits en première instance, elle aurait influé sur le résultat.

Dans *Lévesque*, la Cour a reconnu que les règles strictes du procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence, car, pour déterminer la peine appropriée, le juge doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur l'accusé (par. 30). La Cour a statué que les critères de l'arrêt *Palmer* ne compromettent pas cet assouplissement des règles et elle a souligné qu'ils étaient tout aussi importants lorsque l'appel porte sur la sentence. Il est utile en l'espèce de rappeler pourquoi :

L'intégrité du processus en matière pénale de même que le rôle des cours d'appel pourraient être menacés par l'admission d'éléments de preuve nouveaux de façon routinière en appel, car un système de détermination de la peine à deux niveaux serait ainsi créé. Un tel système à deux niveaux serait incompatible avec la norme de contrôle élevée applicable aux appels de sentence et les « profondes justifications fonctionnelles » qui la sous-tendent : voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 91. En effet, malgré la nouvelle preuve, le juge qui a infligé la peine, contrairement au juge d'appel, a l'avantage d'avoir pu apprécier directement les autres éléments de preuve, les témoignages et les observations présentées par les parties, en plus de bien connaître les besoins de la communauté où le crime a été commis et les conditions qui y règnent : voir *M. (C.A.)*, précité, au par. 91. Par ailleurs, les cours d'appel ne sont pas le forum approprié pour trancher des questions de fait et elles ne devraient le faire que lorsque la nouvelle preuve possède certaines caractéristiques justifiant l'élargissement de leur rôle traditionnel. Notre Cour a déjà identifié ces caractéristiques dans l'arrêt *Palmer*. À mon avis, peu importe que l'appel porte sur un verdict ou une sentence, les critères énumérés par notre Cour dans *Palmer* sont les critères applicables lorsqu'une cour d'appel détermine si elle doit recevoir des éléments de preuve nouveaux. [par. 20]

In accordance with the last three of the *Palmer* criteria, an appellate court can therefore admit evidence only if it is relevant and credible and if it could reasonably be expected to have affected the result had it been adduced at trial together with the other evidence. With respect to the first criterion, this Court has stated a number of times that failure to meet the due diligence criterion should not be used to refuse to admit fresh evidence on appeal if the evidence is compelling and if it is in the interests of justice to admit it (*Lévesque*, at para. 15; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at para. 51). The fact remains that this criterion is an important one whose specific purpose is to protect the interests and the administration of justice and to preserve the role of the appellate court (*Lévesque*, at para. 30, citing *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 410).

15 Conformément aux trois derniers critères de l'arrêt *Palmer*, une cour d'appel ne peut donc admettre que des éléments de preuve qui sont pertinents, plausibles et dont on peut raisonnablement penser qu'ils auraient influé sur le résultat s'ils avaient été produits en première instance avec les autres éléments de preuve. Pour ce qui est du premier critère, la Cour a affirmé à plusieurs reprises qu'on ne devrait pas invoquer le défaut de satisfaire au critère de la diligence raisonnable pour refuser d'admettre des éléments de preuve nouveaux en appel s'ils sont convaincants et s'il est dans l'intérêt de la justice de les admettre (*Lévesque*, par. 15; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 51). Il n'en demeure pas moins que c'est un critère important, qui vise plus particulièrement à protéger l'intérêt et l'administration de la justice et à sauvegarder le rôle des cours d'appel (*Lévesque*, par. 30, citant *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), p. 410).

In the present case, I am of the view that the Crown did not act with due diligence and that, in the interests of the administration of justice, the failure to do so is determinative. The conflict between Crown counsel and the detective sergeant may explain why the evidence that the Crown now seeks to introduce by motion was not adduced during the sentencing hearing, but this circumstance does not constitute evidence of due diligence. The record shows unequivocally that the Crown could have submitted the evidence in question to the trial judge were it not for that breakdown in communication. It cannot be in the interests of the administration of justice to condone such a lack of co-ordination and co-operation between the Crown and the police.

16 En l'espèce, je suis d'avis que la Couronne n'a pas fait preuve de diligence raisonnable et que, compte tenu de l'intérêt de l'administration de la justice, ce manquement est déterminant. Le conflit entre la procureure de la Couronne et la sergente détective explique peut-être pourquoi les éléments de preuve faisant aujourd'hui l'objet de la requête de la Couronne n'ont pas été présentés à l'audience de détermination de la peine, mais il ne constitue pas une preuve de diligence raisonnable. La preuve démontre sans équivoque que, n'eût été cette rupture de la communication, la Couronne aurait été à même de soumettre les éléments de preuve pertinents à la juge de première instance. Il ne saurait être dans l'intérêt de l'administration de la justice de sanctionner cette absence de coordination et de collaboration entre la Couronne et la force policière.

Since I consider the lack of due diligence to be determinative in the case at bar, it is not necessary to make a final determination as to the decisiveness of the fresh evidence or to decide whether that evidence — which Mr. Angelillo contests vigorously — is sufficiently credible. However, I feel that it may be helpful to make a few general comments regarding the relevance of evidence of acts that

17 Puisque je suis d'avis que l'absence de diligence raisonnable constitue le critère déterminant en l'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher la question du caractère décisif de la preuve nouvelle ou de décider si les éléments de preuve nouveaux — qui sont vivement contestés par M. Angelillo — sont suffisamment crédibles. Par contre, j'estime qu'il peut être utile de faire quelques

have resulted neither in charges nor in convictions, since the Court of Appeal seems to have rejected out of hand the reasoning of Rosenberg J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Edwards*. The court stated in particular that it did not see the distinction Rosenberg J.A. had drawn in saying that evidence of such acts cannot be adduced for the purpose of obtaining a disproportionate sentence against the offender for the offence in question or of punishing the offender for an offence of which he or she has not been convicted, but that such evidence can be adduced to shed light on the offender's background and character. In my view, Rosenberg J.A. was correct in drawing that distinction, and it is an important one. I will therefore begin by discussing certain general principles relating to the admissibility of extrinsic evidence for sentencing purposes before commenting on the relevance of the evidence the Crown wished to adduce in the case at bar.

observations générales sur la pertinence de la preuve d'actes qui n'ont pas fait l'objet ni d'une accusation ni d'une condamnation puisqu'il appert que la Cour d'appel a rejeté d'emblée le raisonnement du juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Edwards*. Notamment, la cour a indiqué qu'elle ne voyait pas la distinction que fait le juge Rosenberg lorsqu'il enseigne qu'on ne saurait faire la preuve de tels actes dans le but d'obtenir une peine démesurée contre le délinquant pour l'infraction en cause ou le punir pour avoir commis une infraction pour laquelle il n'a pas été condamné, mais que la preuve de tels actes peut être faite dans le but de faire la lumière sur la situation et le caractère du délinquant. Je suis d'avis que le juge Rosenberg a raison quand il fait cette distinction et que cette dernière est importante. Je traiterai donc d'abord de certains principes généraux d'admissibilité des faits extrinsèques pour déterminer la peine et je commenterai ensuite la pertinence des éléments de preuve que la Couronne voulait produire en l'espèce.

### 3.2 *Presumption of Innocence and Sentencing*

### 3.2 *La présomption d'innocence et la détermination de la peine*

18 Every accused person has the right to be presumed innocent. This fundamental right is not only set out in s. 6 *Cr. C.*, but is also guaranteed by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, the presumption of innocence is not irrebuttable. At the sentencing stage, it has obviously been rebutted with respect to the offence of which the accused has been convicted. There is therefore no question that, in determining the just and appropriate sentence, the judge can consider the underlying facts of the offence that has been proved. Moreover, sentencing is an individualized process in which the court must take into account not only the circumstances of the offence, but also the specific circumstances of the offender. I would like to note at the outset that the requirements for admissibility and the standard of proof to be applied in establishing all the relevant circumstances for sentencing purposes are issues that have already been considered by this Court, and that they are not in any way new principles.

Tout accusé jouit de la présomption d'innocence. Ce droit fondamental est non seulement énoncé à l'art. 6 *C. cr.* mais il est aussi garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La présomption d'innocence n'est cependant pas immuable. De toute évidence, au stade de l'infliction de la peine, elle a été effectivement réfutée relativement à l'infraction pour laquelle l'accusé a été condamné. Afin de déterminer la peine juste et appropriée, le juge peut donc, sans contredit, tenir compte des faits qui constituent l'infraction prouvée. De plus, la détermination de la peine est un processus individualisé pour lequel il faut prendre en considération, non seulement les circonstances de l'infraction, mais aussi la situation particulière du contrevenant. Tout d'abord, j'aimerais souligner que les conditions d'admissibilité et la norme de preuve applicables pour établir toutes les circonstances pertinentes aux fins de détermination de la peine sont des questions qui ont déjà été abordées par la Cour et qu'il ne s'agit en rien de principes nouveaux.

In a unanimous decision in *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749, McIntyre J. stated that evidence of facts tending to prove a potential but untried offence was admissible in the circumstances, because the appellant had tendered evidence of good character and because this evidence, called in reply, related to the issue of "the [accused's] character, conduct, and attitude, all proper factors to be taken into consideration on sentencing" (p. 754). The Court therefore held that the trial judge had not erred in admitting a police officer's testimony that, barely a year after the offence in that case, the accused had had a weapon and a mask in his apartment and had admitted that he was considering a further crime. Based on that evidence, the trial judge had said he was "[not] convinced that this man has learned his lesson" (p. 753). McIntyre J. laid emphasis on these reasons of the trial judge in order to distinguish that case from others in which it was clear that the courts had imposed more severe sentences on the basis of uncharged or unproved offences that predated the trial (p. 754).

Dans l'arrêt unanime *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749, le juge McIntyre a affirmé qu'un élément de preuve tendant à démontrer une possible infraction n'ayant pas fait l'objet d'un procès était admissible dans les circonstances, parce que l'appelant avait présenté une preuve de bonne réputation, et que l'élément susmentionné, produit en réplique, portait sur « la réputation, la conduite et l'attitude de l'[accusé], des éléments qui peuvent à juste titre être pris en considération pour établir la sentence » (p. 754). En conséquence, la Cour a statué que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en acceptant en preuve le témoignage d'un policier selon lequel, à peine un an après l'infraction reprochée en l'espèce, l'accusé avait une arme et un masque dans son appartement et préparait, de son propre aveu, un autre crime. En se fondant sur cette preuve, le juge du procès a dit qu'il n'était « pas convaincu que l'accusé ait reçu sa leçon » (p. 753). Le juge McIntyre insiste sur ces motifs du juge du procès pour distinguer cette affaire de celles où il était évident que le tribunal a rendu une peine plus sévère sur la base d'infractions antérieures au procès qui n'ont pas été prouvées et n'ont fait l'objet d'aucune poursuite (p. 754). 19

In *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, this Court recognized that it is important, at a sentencing hearing, both to obtain all relevant information and to respect the rights of the accused. Dickson J. stated the following:

> One of the hardest tasks confronting a trial judge is sentencing. The stakes are high for society and for the individual. Sentencing is the critical stage of the criminal justice system, and it is manifest that the judge should not be denied an opportunity to obtain relevant information by the imposition of all the restrictive evidential rules common to a trial. Yet the obtaining and weighing of such evidence should be fair. A substantial liberty interest of the offender is involved and the information obtained should be accurate and reliable.
>
> It is a commonplace that the strict rules which govern at trial do not apply at a sentencing hearing and it would be undesirable to have the formalities and technicalities characteristic of the normal adversary proceeding prevail. The hearsay rule does not govern the

Dans *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, la Cour a reconnu l'importance, d'une part, d'obtenir toute l'information pertinente et, d'autre part, de respecter les droits de l'accusé, lors de l'audience de détermination de la peine. Le juge Dickson s'est exprimé en ces termes : 20

> Une des tâches les plus difficiles que le juge du procès doit remplir est la détermination de la sentence. Les enjeux sont importants pour l'individu et la société. La détermination de la sentence constitue une étape décisive du système de justice pénale et il est manifeste qu'on ne doit pas enlever au juge la possibilité d'obtenir des renseignements pertinents en imposant toutes les restrictions des règles de preuve applicables à un procès. D'autre part, il faut que le rassemblement et l'évaluation de ces éléments de preuve soient justes. La liberté de l'accusé en dépend largement et il faut que les renseignements fournis soient exacts et sûrs.
>
> Tout le monde sait que les règles strictes qui régissent le procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence et il n'est pas souhaitable d'imposer la rigueur et le formalisme qui caractérisent normalement notre système de procédures contradictoires. La règle

sentencing hearing. Hearsay evidence may be accepted where found to be credible and trustworthy. The judge traditionally has had wide latitude as to the sources and types of evidence upon which to base his sentence. He must have the fullest possible information concerning the background of the accused if he is to fit the sentence to the offender rather than to the crime. [p. 414]

The Court held that, in order to protect the accused, the standard of proof to be applied in establishing aggravating circumstances is proof beyond a reasonable doubt.

21 Sentencing has changed a great deal since *Lees* and *Gardiner*, especially since Part XXIII of the *Criminal Code* came into force in 1996. Part XXIII is a true penological code within the *Criminal Code*, and because of it, sentencing issues can now be dealt with far more systematically: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 93; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 14. Thus, it is the *Criminal Code* that establishes the conditions for the admission of facts extrinsic to the offence for which the offender is being sentenced, and all the prior case law must be read in the light of these new provisions. However, as we shall see, the principles established in *Lees* and *Gardiner* have been retained in the new provisions of Part XXIII.

### 3.3 *Sentencing Principles*

22 The principles of sentencing are now codified in ss. 718 to 718.2 *Cr. C.* These provisions confirm that sentencing is an individualized process in which the court must take into account not only the circumstances of the offence, but also the specific circumstances of the offender (see *Gladue*; *Proulx*, at para. 82). Thus, the objectives of sentencing cannot be fully achieved unless the information needed to assess the circumstances, character and reputation of the accused is before the court. The court must therefore consider facts extrinsic to the offence, and the proof of those facts often requires the admission of additional evidence.

interdisant le ouï-dire ne s'applique pas aux audiences relatives aux sentences. On peut recevoir des éléments de preuve par ouï-dire s'ils sont crédibles et fiables. Jusqu'ici, le juge a joui d'une grande latitude pour choisir les sources et le genre de preuves sur lesquelles il peut fonder sa sentence. Il doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur les antécédents de l'accusé pour déterminer la sentence en fonction de l'accusé plutôt qu'en fonction de l'infraction. [p. 414]

La Cour a estimé que, afin de protéger l'accusé, la norme de preuve applicable pour établir les circonstances aggravantes était celle de la preuve hors de tout doute raisonnable.

Depuis les arrêts *Lees* et *Gardiner*, la détermination de la peine a beaucoup évolué, notamment à la suite de l'entrée en vigueur en 1996 de la partie XXIII du *Code criminel*. En effet, la partie XXIII forme un véritable code pénologique à l'intérieur du *Code criminel*, ce qui permet maintenant d'aborder les questions de détermination de la peine de façon beaucoup plus systématique : voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 93; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 14. Ainsi, c'est le *Code criminel* qui établit les conditions d'admissibilité de faits extrinsèques à l'infraction visée par la peine, et toute la jurisprudence antérieure doit être revue à la lumière de ces nouvelles dispositions. Cependant, comme nous le verrons, les principes établis dans *Lees* et *Gardiner* ont été retenus dans les nouvelles dispositions de la partie XXIII.

### 3.3 *Principes de détermination de la peine*

Les principes de détermination de la peine sont maintenant codifiés et sont énoncés aux art. 718 à 718.2 *C. cr.* Ces dispositions confirment que l'infliction de la peine est un processus individualisé, qui doit prendre en compte non seulement les circonstances de l'infraction mais aussi la situation particulière du délinquant (voir *Gladue*; *Proulx*, par. 82). Par conséquent, les objectifs de la détermination de la peine ne peuvent être pleinement réalisés que si le tribunal dispose des informations pertinentes pour l'appréciation de la situation, du caractère et de la réputation de l'accusé. Le tribunal devra donc prendre en considération des faits extrinsèques à l'infraction, faits dont la preuve devra souvent être établie par l'admission d'éléments de preuve additionnels.

Since the offender must be punished only for the offence in issue, the court will generally not admit evidence of other offences that have not been proved. In the present case, the Court of Appeal rightly referred to the following comment by LeBel J.A. in *R. v. Pelletier* (1989), 52 C.C.C. (3d) 340, at p. 346:

[TRANSLATION] While the accused's character may be shown, and his previous criminal record established, the sentencing process must not become the occasion for indirectly punishing the accused for offences which have not been established by the normal means of proof and procedure, or that one did not wish to bring.

There are many provisions of the *Criminal Code* under which evidence that is, by nature, capable of showing that the offender has committed another offence can be admitted at the sentencing hearing. First, evidence of any prior convictions may be adduced. The admissibility of such extrinsic evidence does not generally pose any problems. For example, s. 721(3)(*b*) provides that, unless otherwise specified by the court, any pre-sentence report must contain the history of prior convictions. There is no doubt that the court may take prior convictions into account in determining the appropriate sentence. In taking them into account, however, the court must not punish the offender again. The fundamental principle of proportionality requires that the sentence be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender; a prior conviction cannot, therefore, justify a disproportionate sentence. This principle, which is set out in s. 718.1 *Cr. C.*, assures repeat offenders the right not to be "punished . . . again", as guaranteed in s. 11(*h*) of the *Charter*. The sentence imposed on a repeat offender may well be more severe, but this is not contrary to the offender's right not to be punished again. From the standpoint of proportionality, the sentence imposed in such a case is merely a reflection of the individualized sentencing process.

Second, pursuant to s. 725(1)(*b*) or (*b*.1), the court must in determining the sentence consider outstanding charges against the offender, subject to

Puisque le délinquant ne doit être puni que pour l'infraction en cause, en règle générale le tribunal n'admettra pas d'éléments de preuve concernant d'autres infractions non prouvées. En l'espèce, la Cour d'appel a à juste titre rappelé les propos suivants du juge LeBel dans l'affaire *R. c. Pelletier*, [1989] A.Q. nº 1651 (QL) (C.A.) : 23

Si l'on peut démontrer la nature de la personnalité de l'accusé et ainsi, établir son dossier criminel antérieur, l'étape de la sentence ne doit pas devenir une occasion de punir indirectement l'accusé pour des infractions que l'on n'a pu établir par le mode normal de preuve et de procédure ou que l'on n'a pas voulu porter.

Le *Code criminel* contient maintes dispositions qui prévoient l'admissibilité, à l'audience de détermination de la peine, d'éléments de preuve qui, de par leur nature, peuvent démontrer que le délinquant a commis une autre infraction. Premièrement, preuve peut être faite de toutes condamnations antérieures. L'admissibilité de cette preuve extrinsèque ne pose généralement aucun problème. Entre autres, l'al. 721(3)*b*) précise que, sauf détermination contraire du tribunal, ce renseignement figure dans le contenu de tout rapport présentenciel. Il ne fait aucun doute que le tribunal peut prendre en compte l'existence de condamnations antérieures pour déterminer la peine appropriée. Ce faisant toutefois, le tribunal ne doit pas punir le délinquant de nouveau. Le principe fondamental de la proportionnalité exige que la peine soit proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant; par conséquent, une condamnation antérieure ne saurait justifier une peine démesurée. Ce principe, énoncé à l'art. 718.1 *C. cr.*, assure au délinquant récidiviste le droit de ne pas être « puni de nouveau », qui lui est garanti par l'al. 11*h*) de la *Charte*. La peine infligée risque d'être plus sévère dans le cas d'un délinquant récidiviste, mais cette conséquence ne porte pas atteinte au droit de ce délinquant de ne pas être puni de nouveau. Dans les limites de la proportionnalité, la peine infligée dans un tel cas n'est que le reflet du processus individualisé de la détermination de la peine. 24

Deuxièmement, aux termes des al. 725(1)*b*) ou *b*.1), le tribunal est tenu de prendre en considération, pour la détermination de la peine, d'autres 25

certain conditions. In doing this, the court will, of course, consider the facts on which the outstanding charges are based. In addition, s. 725(1)(*c*) provides that the court may consider any facts forming part of the circumstances of the offence that could constitute the basis for a separate charge. Since s. 725 is of particular relevance in the case at bar, I will reproduce it here in its entirety:

**725.** (1) In determining the sentence, a court

(*a*) shall consider, if it is possible and appropriate to do so, any other offences of which the offender was found guilty by the same court, and shall determine the sentence to be imposed for each of those offences;

(*b*) shall consider, if the Attorney General and the offender consent, any outstanding charges against the offender to which the offender consents to plead guilty and pleads guilty, if the court has jurisdiction to try those charges, and shall determine the sentence to be imposed for each charge unless the court is of the opinion that a separate prosecution for the other offence is necessary in the public interest;

(*b*.1) shall consider any outstanding charges against the offender, unless the court is of the opinion that a separate prosecution for one or more of the other offences is necessary in the public interest, subject to the following conditions:

(i) the Attorney General and the offender consent,

(ii) the court has jurisdiction to try each charge,

(iii) each charge has been described in open court,

(iv) the offender has agreed with the facts asserted in the description of each charge, and

(v) the offender has acknowledged having committed the offence described in each charge; and

(*c*) may consider any facts forming part of the circumstances of the offence that could constitute the basis for a separate charge.

accusations portées contre le délinquant pour lesquelles il n'a pas été condamné lorsque certaines conditions sont remplies. Lorsque cette procédure est invoquée, il va de soi que le tribunal considérera les faits constituant le fondement de ces autres accusations. De plus, l'al. 725(1)*c*) autorise le tribunal à prendre en considération les faits liés à la perpétration de l'infraction sur lesquels pourrait être fondée une accusation distincte. Comme cet article est tout particulièrement pertinent en l'espèce, je reproduis son texte en entier ci-après :

**725.** (1) Pour la détermination de la peine, le tribunal :

*a*) est tenu, s'il est possible et opportun de le faire, de prendre en considération toutes les infractions dont le délinquant a été déclaré coupable par le même tribunal et de déterminer la peine à infliger pour chacune;

*b*) est tenu, si le procureur général et le délinquant y consentent, de prendre en considération toutes autres accusations, relevant de sa compétence, portées contre le délinquant à l'égard desquelles celui-ci consent à plaider coupable et plaide coupable et de déterminer la peine à infliger pour chacune, à l'exception de celle qui, à son avis, devrait, pour l'intérêt public, faire l'objet d'une nouvelle poursuite;

*b*.1) est tenu de prendre en considération chacune des autres accusations portées contre le délinquant — à l'exception de celle qui, à son avis, devrait, pour l'intérêt public, faire l'objet d'une nouvelle poursuite — si les conditions suivantes sont remplies :

(i) le procureur général et le délinquant y consentent,

(ii) l'accusation relève de sa compétence,

(iii) la procédure s'est déroulée dans le cadre d'une audience publique,

(iv) le délinquant reconnaît la véracité des faits en cause,

(v) le délinquant reconnaît avoir commis l'infraction en cause;

*c*) peut prendre en considération les faits liés à la perpétration de l'infraction sur lesquels pourrait être fondée une accusation distincte.

(1.1) For the purpose of paragraphs (1)(*b*) and (*b*.1), the Attorney General shall take the public interest into account before consenting.

(2) The court shall, on the information or indictment, note

(*a*) any outstanding charges considered in determining the sentence under paragraph (1)(*b*.1), and

(*b*) any facts considered in determining the sentence under paragraph (1)(*c*),

and no further proceedings may be taken with respect to any offence described in those charges or disclosed by those facts unless the conviction for the offence of which the offender has been found guilty is set aside or quashed on appeal.

Since the fresh evidence in the present case has resulted in new charges against Mr. Angelillo, s. 725(1)(*b*) or (*b*.1) could have been invoked in respect of those charges, but neither of these provisions could be applied without Mr. Angelillo's consent. On the other hand, s. 725(1)(*c*) — under which a court may consider facts forming part of the circumstances of the offence that have not resulted in charges — does not require the offender's consent. The scope of that provision is discussed in *R. v. Larche*, [2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56. I will simply note, for the purposes of my analysis, that s. 725(1)(*c*) would have been inapplicable even if new charges had not been laid against Mr. Angelillo, because the facts alleged in the fresh evidence did not "[form] part of the circumstances of the offence" within the meaning of that provision. When the conditions set out in s. 725 are met, the consideration of other offences does not violate the offender's rights. In such cases, as specified by Parliament, the court must note on the information or indictment any charges or facts considered in determining the sentence, and s. 725(2) provides that "no further proceedings may be taken with respect to any offence described in those charges or disclosed by those facts".

Third, if none of the paragraphs of s. 725(1) are applicable, the evidence in the instant case may be the type of extrinsic evidence that was in issue in *Edwards*. As Rosenberg J.A. recognized, there may

(1.1) Pour l'application des alinéas (1)*b*) et *b*.1), le procureur général ne peut donner son consentement qu'après avoir tenu compte de l'intérêt public.

(2) Sont notés sur la dénonciation ou l'acte d'accusation :

*a*) les accusations prises en considération au titre de l'alinéa (1)*b*.1);

*b*) les faits pris en considération au titre de l'alinéa (1)*c*).

Aucune autre poursuite ne peut être prise relativement à une infraction mentionnée dans ces accusations ou fondée sur ces faits, sauf si la déclaration de culpabilité pour laquelle la peine est infligée est écartée ou annulée en appel.

26 Puisqu'en l'espèce la preuve nouvelle a donné lieu à d'autres accusations contre M. Angelillo, ces accusations auraient pu faire l'objet de l'application de l'al. 725(1)*b*) ou *b*.1), mais aucun de ces alinéas ne pouvait être invoqué sans le consentement de M. Angelillo. Par ailleurs, l'al. 725(1)*c*) — qui permet la prise en considération de faits liés à la perpétration de l'infraction qui n'ont pas fait l'objet d'une accusation — ne requiert pas le consentement du délinquant. La portée de cette disposition est discutée dans l'arrêt *R. c. Larche*, [2006] 2 R.C.S. 762, 2006 CSC 56. Je souligne tout simplement pour les besoins de mon analyse que, même si de nouvelles accusations n'avaient pas été portées contre M. Angelillo, cette disposition n'aurait pu être invoquée, puisque les faits allégués dans la preuve nouvelle n'étaient pas « liés à la perpétration de l'infraction » au sens de cet alinéa. Lorsque les conditions prévues à l'art. 725 sont remplies, la prise en considération d'autres infractions ne porte pas atteinte aux droits du délinquant. Comme le précise le législateur, sont alors notés dans ces cas, sur la dénonciation ou l'acte d'accusation, les accusations ou faits pris en considération et, aux termes du par. 725(2), « [a]ucune autre poursuite ne peut être prise relativement à une infraction mentionnée dans ces accusations ou fondée sur ces faits ».

27 Troisièmement, si aucun alinéa du par. 725(1) ne trouve application, on pourrait être en présence du genre de preuve extrinsèque qui était en cause dans *Edwards*. Ainsi que l'a reconnu le juge Rosenberg, les

be situations in which evidence that relates to one of the sentencing objectives or principles set out in the *Criminal Code* shows that the offender has committed another offence but *never been charged with or convicted of it*. Such facts may nevertheless be relevant and must not automatically be excluded in every case. As is often the case, the admissibility of the evidence will depend on the purpose for which its admission is sought. For example, let us assume that — as happens too often, unfortunately — a man is convicted of assaulting his spouse. The fact that he abused his spouse in committing the offence is an aggravating circumstance under s. 718.2(*a*)(ii). Section 718 requires the court to determine the appropriate sentence that will, among other things, denounce unlawful conduct, deter the offender from re-offending, separate the offender from society where necessary, and promote a sense of responsibility in the offender and acknowledgment of the harm he or she has done. It is therefore important for the court to obtain all relevant information. This is why several provisions of the *Criminal Code* authorize the admission of evidence at the sentencing hearing.

éléments de preuve qui se rapportent à un des objectifs ou principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel* peuvent parfois démontrer que le délinquant a commis une autre infraction *qui n'a jamais fait l'objet d'une accusation et pour laquelle il n'a pas été condamné*. Ces faits peuvent quand même être pertinents et ils ne doivent pas être exclus d'emblée dans tous les cas. Comme c'est souvent le cas, la recevabilité de la preuve dépend du but dans lequel on cherche à la faire admettre. Par exemple, supposons le cas — malheureusement trop fréquent — d'un époux condamné pour voies de faits sur sa conjointe. Comme l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de sa conjointe, il s'agit d'une circonstance aggravante visée à l'al. 718.2*a*)(ii). Selon l'art. 718, le tribunal est tenu de déterminer la peine appropriée qui saura, entre autres, dénoncer le comportement du délinquant, dissuader celui-ci de toute récidive, l'isoler au besoin et susciter la conscience chez lui de ses responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'il a causé. Il importe donc que le tribunal obtienne toute l'information pertinente. C'est à cette fin que plusieurs dispositions du *Code criminel* permettent l'admission d'éléments de preuve à l'audience de détermination de la peine.

28 First of all, the court may order the filing of "a report in writing relating to the accused for the purpose of assisting the court in imposing a sentence": s. 721(1). Unless otherwise specified by the court, the report must contain information about the accused: his or her age, *maturity, character, behaviour, attitude* and willingness to make amends: s. 721(3)(*a*). Section 723 requires the court to give the prosecutor and the defence an opportunity to make submissions with respect to any facts relevant to the sentence to be imposed and to hear any evidence they see fit to submit. Section 726.1 clearly states that all this information must be considered in determining the sentence:

D'entrée de jeu, le tribunal peut ordonner le dépôt d'« un rapport écrit concernant l'accusé afin d'aider le tribunal à infliger une peine » : par. 721(1). Sauf détermination contraire du tribunal, ce rapport doit contenir des renseignements sur l'accusé : son âge, *son degré de maturité, son caractère, son comportement* et son désir de réparer le tort qu'il a causé : al. 721(3)*a*). L'article 723 dispose que le tribunal est tenu de donner tant à la poursuite qu'à la défense la possibilité de présenter des observations sur les faits pertinents liés à la détermination de la peine et de prendre connaissance des éléments de preuve que les parties jugent utile de déposer. L'article 726.1 énonce clairement que tous ces éléments doivent entrer en ligne de compte dans la détermination de la peine :

**726.1** In determining the sentence, a court shall consider any relevant information placed before it, including any representations or submissions made by or on behalf of the prosecutor or the offender.

**726.1** Pour déterminer la peine, le tribunal prend en considération les éléments d'information pertinents dont il dispose, notamment les observations et les arguments du poursuivant et du délinquant ou de leur représentant.

Next, the *Criminal Code* explicitly requires that information or evidence relating to the specific circumstances of the accused be taken into account in determining the terms of the sentence. Thus, the "character of the offender" is one factor to consider before ordering a period of probation (s. 731(1)) or ordering that a sentence be served intermittently (s. 732(1)). As well, where, as in the case at bar, the court must decide under s. 742.1 whether a conditional sentence of imprisonment is appropriate, it must also, in its analysis, decide whether it is satisfied that for the offender to serve the sentence in the community would not endanger the safety of the community.

Ensuite, le *Code criminel* exige explicitement la prise en compte de renseignements ou d'éléments de preuve touchant à la situation particulière de l'accusé à l'étape de la détermination des modalités de la peine. Ainsi, la « réputation du délinquant » est un élément à considérer avant d'ordonner une période de probation (par. 731(1)) ou une peine à exécution discontinue (par. 732(1)). De même, lorsque le tribunal est appelé à décider, en vertu de l'art. 742.1, si une peine d'emprisonnement avec sursis est appropriée comme ce fut le cas en l'espèce, il doit également, dans le cadre de son analyse, se demander s'il est convaincu que le fait pour le délinquant de purger sa peine dans la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci. 29

I now return to my example of the man who has assaulted his spouse. The extrinsic evidence could establish that this was an isolated incident for which the offender has expressed remorse and that the offender has demonstrated an ability to change his behaviour to prevent any risk of reoffending. However, the evidence could also show, on the contrary, that it was a common occurrence in the couple's relationship and one that could well occur each time the offender is intoxicated or frustrated. In the latter case, the offender would not be able to argue that facts extrinsic to the offence that demonstrate his violent character are irrelevant, on the basis that this evidence may show that he has committed other assaults in respect of which he has been neither charged nor convicted. These facts are relevant and, in my opinion, are admissible in principle because they relate to the sentencing objectives and principles that are expressly set out in the *Criminal Code*. The offender cannot invoke the presumption of innocence to *exclude* character evidence, since that presumption has in fact been rebutted with respect to the offence of which he has been convicted.

Je reviens à mon exemple du conjoint qui a commis des voies de faits sur sa conjointe. La preuve extrinsèque pourrait établir qu'il s'agit d'un cas isolé où le délinquant a exprimé des remords et démontré qu'il est capable de modifier son comportement afin d'éviter tout risque de récidive. Au contraire, la preuve pourrait démontrer qu'il s'agit plutôt d'un incident fréquent dans la vie commune du couple, qui risque de se répéter chaque fois que le délinquant est intoxiqué ou irrité. Dans la deuxième hypothèse, le délinquant ne saurait prétendre que les faits extrinsèques à l'infraction qui révèlent son caractère violent ne sont pas pertinents parce que cette preuve est susceptible de démontrer la commission d'autres voies de faits pour lesquelles il n'a pas été accusé ni condamné. Ces faits sont pertinents et, à mon avis, ils sont en principe admissibles, car ils se rapportent aux objectifs et principes de détermination de la peine qui sont expressément prévus par le *Code criminel*. Le délinquant ne peut pas invoquer la présomption d'innocence pour faire *exclure* la preuve de caractère, puisque la présomption a été effectivement réfutée relativement à l'infraction pour laquelle il a été condamné. 30

I cannot agree with Fish J., who would admit no evidence of acts tending to establish the commission of another offence in respect of which the offender has not been charged, except in the context of s. 725(1)(*c*). Under that provision, as is explained in *Larche*, the court may consider any facts *forming part of the circumstances of the*

Je ne peux me ranger à l'opinion du juge Fish qui n'admet aucune preuve d'actes tendant à démontrer la commission d'une autre infraction pour laquelle le délinquant n'a pas été inculpé, sauf dans le cadre de l'al. 725(1)*c*). Comme il est expliqué dans *Larche*, cette disposition permet au tribunal de prendre en considération les faits *liés à la perpétration de* 31

*offence* that could constitute the basis for a separate charge. I concede that there may be cases in which such facts are also relevant to the offender's character or reputation. But it is not always easy to tie evidence of reputation or character to a separate offence. Nor does such evidence always form part of the circumstances of the offence — sometimes it only forms part of the circumstances of the offender. With respect, if Fish J. were right, a pre-sentence report setting out facts demonstrating that the offender has a violent character, is a drug addict, has no respect for the court's authority or has not learned his or her lesson could violate the presumption of innocence, since such facts could very well tend to establish the commission of various offences, including assault, possession of narcotics and breach of recognizance. I do not believe this to be the effect of the presumption of innocence. The presumption does not constitute a general exclusionary rule of evidence that precludes the admission of all extrinsic evidence relevant to sentencing for the offence in issue on the basis that it might establish the commission of another offence. This does not mean that the offender has no procedural protection where extrinsic evidence is concerned. There are a number of other principles that assure the offender's right to a fair trial. I will explain this.

32 If the extrinsic evidence is contested, the prosecution must prove it. Since the facts in question will doubtless be aggravating facts, they must be proved beyond a reasonable doubt (s. 724(3)(*e*)). The court can sentence the offender only for the offence of which he or she has been convicted, and the sentence must be proportionate to the gravity of that offence. In addition, the judge can and must exclude otherwise relevant evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value such that the offender's right to a fair trial is jeopardized. Finally, the court must draw a distinction between considering facts establishing the commission of an uncharged offence for the purpose of punishing the accused *for that other offence*, and considering them to establish the offender's character and reputation or

*l'infraction* sur lesquels pourrait être fondée une accusation distincte. Je reconnais que, dans certains cas, de tels faits peuvent également être révélateurs en ce qui a trait au caractère ou à la réputation du délinquant. Cependant, une preuve de réputation ou de caractère ne se rattache pas toujours aisément à une infraction distincte. Elle n'est pas non plus toujours liée à la perpétration de l'infraction — parfois elle ne se rapporte qu'à la situation du délinquant. En toute déférence, si le juge Fish avait raison, un rapport présentenciel qui mentionne des faits démontrant que le délinquant a un caractère violent, qu'il est toxicomane, qu'il manque de respect envers l'autorité du tribunal ou qu'il n'a tiré aucune leçon risquerait de violer la présomption d'innocence, puisque ces faits pourraient très bien tendre à établir la commission de voies de fait, de possession de stupéfiants, de manquement à un engagement ou de quelque autre infraction. Je ne crois pas que la présomption d'innocence ait cet effet. Elle ne constitue pas une règle de preuve générale rendant inadmissible tout élément de preuve extrinsèque pertinent pour déterminer la peine applicable à l'infraction en cause chaque fois que cet élément est susceptible de démontrer la commission d'une autre infraction. Cela ne veut pas dire que le délinquant ne jouit d'aucune protection procédurale à l'égard de ces éléments de preuve extrinsèque. Plusieurs principes viennent s'ajouter afin d'assurer au délinquant son droit à un procès équitable. Je m'explique.

Si la preuve extrinsèque est contestée, le poursuivant doit en faire la preuve formelle. Puisque ces faits seront sans doute aggravants, ils doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable (al. 724(3)*e*)). Le tribunal ne peut infliger une peine au délinquant qu'à l'égard de l'infraction pour laquelle celui-ci a été condamné et cette peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction. De plus, le juge peut et doit exclure des éléments de preuve qui sont par ailleurs pertinents si leur effet préjudiciable l'emporte sur leur valeur probante, compromettant ainsi le droit du délinquant à un procès équitable. Enfin, le tribunal doit faire la distinction entre la prise en compte de faits démontrant la commission d'une infraction n'ayant fait l'objet d'aucune accusation dans le but de punir l'accusé *pour cette autre infraction*,

risk of re-offending for the purpose of determining the appropriate sentence for *the offence of which he or she has been convicted.* In my example, the sentence imposed on a violent offender may well be more restrictive than the sentence imposed on an offender who has committed an isolated act, but this is in no way contrary to the presumption of innocence. The sentence may also be more restrictive in the case of a repeat offender if the Crown presents evidence of the offender's criminal record, but this does not violate the offender's right, guaranteed by s. 11(*h*) of the *Charter*, not to be "punished ... again". In both cases, again from the standpoint of proportionality, the more severe sentence is merely a reflection of the individualized sentencing process.

et leur prise en compte pour établir la réputation et le caractère du délinquant ou le risque de récidive, dans le but de déterminer la peine appropriée pour *l'infraction en cause.* Dans mon exemple, la peine infligée risque d'être plus contraignante dans le cas d'un délinquant violent que dans le cas d'un délinquant ayant commis un acte isolé, mais cette conséquence ne porte nullement atteinte à la présomption d'innocence. La peine risque également d'être plus contraignante dans le cas d'un délinquant récidiviste lorsque la Couronne fait la preuve d'antécédents judiciaires, mais cette conséquence ne porte pas atteinte au droit de ce délinquant de ne pas être « puni de nouveau », droit garanti par l'al. 11*h*) de la *Charte.* Dans chacun des cas, et ce, toujours dans les limites de la proportionnalité, la peine plus sévère n'est que le reflet du processus individualisé de la détermination de la peine.

Finally, Fish J. fears that the Crown could easily, and even in good faith, avoid the application of s. 725 by withdrawing or postponing a new charge for the sole purpose of introducing evidence of subsequent acts as aggravating facts in order to obtain a more severe sentence (para. 59). In my view, there is no real danger that this would happen. It must be recalled, as Fish J. himself mentions in *Larche*, at para. 39, that "proceedings cannot be delayed abusively to increase punishment: *R. v. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433 (B.C.C.A.)". In *Parisien*, the Court of Appeal reduced the sentence because of the Crown's actions.

33 Finalement, le juge Fish craint que la Couronne puisse aisément, et même de bonne foi, éviter l'application de l'art. 725 en retirant ou reportant une nouvelle inculpation dans le seul but d'introduire la preuve d'actes subséquents comme faits aggravants et d'obtenir une peine plus sévère (par. 59). Je ne crois pas que ce danger soit réel. Il faut se rappeler, comme l'indique lui-même le juge Fish dans l'arrêt *Larche*, par. 39, qu'« on ne doit pas retarder abusivement les procédures pour aggraver la peine : *R. c. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433 (C.A.C.-B.) ». Dans cet arrêt, la Cour d'appel a réduit la peine en raison des agissements de la Couronne.

### 3.4 *Relevance of the Fresh Evidence in the Case at Bar*

Another issue that arose in the case at bar in addition to the general sentencing principles was whether, under s. 742.1 *Cr. C.*, the court was satisfied that for the offender to serve his sentence in the community would not endanger the safety of the community. It will be helpful to reproduce this provision, which establishes the conditions that must be met before a conditional sentence is granted:

**742.1** Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

### 3.4 *Pertinence de la preuve nouvelle en l'espèce*

34 En l'espèce, aux principes généraux de la détermination de la peine s'ajoutait, conformément à l'art. 742.1 *C. cr.*, la question de savoir si le tribunal était convaincu que le fait pour le délinquant de purger sa peine dans la collectivité ne mettait pas en danger la sécurité de celle-ci. Il est utile de reproduire ici cet article, qui établit les conditions devant être remplies pour l'octroi d'un sursis à l'emprisonnement :

**742.1** Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et

(*a*) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(*b*) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

35 In *Proulx*, this Court concluded that the factors to be considered under s. 742.1 include the risk of re-offending and the gravity of the damage that could ensue should the offender re-offend, including the risk of economic harm (para. 75). Since the risk to the community must be assessed on a case-by-case basis, it is not desirable or even possible to establish an exhaustive list of factors to consider in reaching a conclusion on this issue. However, I note that the Court quoted with approval (at para. 70) the list of factors identified by Rousseau-Houle J.A. of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Maheu* (1997), 116 C.C.C. (3d) 361, at p. 374:

[TRANSLATION] . . . 1) the nature of the offence, 2) the relevant circumstances of the offence, which can put in issue prior and subsequent incidents, 3) the degree of participation of the accused, 4) the relationship of the accused with the victim, 5) the profile of the accused, that is, his occupation, his lifestyle, his criminal record, his family situation, his mental state, 6) his conduct following the commission of the offence, 7) the danger which the interim release of the accused represents for the community, notably that part of the community affected by the matter.

36 The fact that Mr. Angelillo had been charged with two new counts of fraud, both of which were allegedly committed while he was waiting to be sentenced, was obviously relevant to the assessment of the danger his release would represent for the community. Had Judge Corte considered it necessary to do so, she could have postponed the sentencing hearing to a date after the interim release hearing regarding the new charges in order to be better

condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

Dans *Proulx*, la Cour a conclu que les facteurs à considérer selon l'art. 742.1 comprennent le risque de récidive et la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive, y compris les risques de préjudice pécuniaire (par. 75). Le risque pour la collectivité devant être apprécié au cas par cas, il n'est ni souhaitable, ni même possible, d'élaborer une liste exhaustive des éléments dont il faut tenir compte pour arriver à une conclusion sur cette question. Je souligne toutefois que la Cour a cité avec approbation (au par. 70), la liste de facteurs établie par la juge Rousseau-Houle, de la Cour d'appel du Québec, dans *R. c. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410, p. 418 :

. . . 1) la nature de l'infraction, 2) les circonstances pertinentes de celle-ci, ce qui peut mettre en cause les événements antérieurs et postérieurs, 3) le degré de participation de l'inculpé, 4) la relation de l'inculpé avec la victime, 5) le profil de l'inculpé, c'est-à-dire son occupation, son mode de vie, ses antécédents judiciaires, son milieu familial, son état mental, 6) sa conduite postérieurement à la commission de l'infraction, 7) le danger que représente pour la communauté particulièrement visée par l'affaire, la mise en liberté de l'inculpé.

Le fait que M. Angelillo avait été inculpé de deux nouvelles fraudes, toutes deux supposément commises alors qu'il attendait le prononcé de sa peine, était sûrement pertinent pour apprécier le danger que représente pour la communauté sa mise en liberté. La juge Corte aurait pu, si elle avait estimé la chose nécessaire, remettre l'audience de détermination de la peine à une date postérieure à l'enquête pour mise en liberté provisoire à l'égard

informed of the risk resulting from the subsequent acts.

Furthermore, as mentioned above, Mr. Angelillo chose to present evidence relating to his character. In her sentencing submissions, counsel for Mr. Angelillo objected to the position of Crown counsel, who was asking the court to impose an unconditional three-year term of imprisonment. She raised mitigating factors such as [TRANSLATION] "the existence of remorse and regrets", relying more specifically on the pre-sentence report, which states that Mr. Angelillo [TRANSLATION] "has done some soul-searching, which seems to be sincere, about his inappropriate behaviour" and that his "time in court [has] had a major deterrent effect", and concludes that Mr. "Angelillo is not dangerous and that his risk of re-offending is low". Had Crown counsel been aware of the new facts, she could have asked the court to order that the pre-sentence report be updated, as it was already almost a year old. It is reasonable to believe that the author of the updated report might have given a less optimistic opinion as to Mr. Angelillo's risk of re-offending. Without this update, there was a risk that the court might be deceived — which did in fact happen, according to the Crown. I agree that it is in the interests of justice to avoid such a result. It is important to note in this respect that at the hearing of this appeal, counsel informed the Court that when, on August 20, 2004, four months after the sentence was pronounced, Mr. Angelillo appeared in connection with the events the Crown wants to prove, the Crown did not object to his release on bail. If nothing militated against his release at that time, it is hard to conclude that the court had in fact been deceived.

4. Disposition

For these reasons, the Court of Appeal's decision not to admit the fresh evidence is affirmed and the appeal is dismissed.

de ces nouvelles accusations, afin d'être mieux informée du risque découlant des actes subséquents.

37 De plus, comme il a été mentionné précédemment, M. Angelillo a choisi de présenter des éléments de preuve ayant trait à sa moralité. Dans sa plaidoirie concernant la détermination de la peine, la procureure de M. Angelillo s'est opposée à la position de la Couronne, qui demandait au tribunal d'infliger une peine de trois ans d'emprisonnement ferme. Elle a invoqué des facteurs atténuants tels que « la présence de remords et de regrets » s'appuyant plus particulièrement sur le rapport présentenciel, qui précise que M. Angelillo « a effectué une remise en question qui paraît sincère face à ses agirs inadéquats » et que son « passage devant la Cour [a] eu un impact dissuasif majeur », et conclut que M. « Angelillo présente peu de dangerosité et que les risques d'une récidive sont faibles ». Si la procureure de la Couronne avait été au courant des nouveaux faits, elle aurait pu demander au tribunal d'ordonner la mise à jour du rapport présentenciel, puisque ce dernier datait déjà de presqu'un an. Il est raisonnable de croire que l'auteur du nouveau rapport présentenciel aurait peut-être exprimé une opinion plus réservée quant au risque de récidive de M. Angelillo. Sans cette démarche, le tribunal risquait d'être berné — ce qui s'est effectivement produit prétend la Couronne. Je conviens qu'il est dans l'intérêt de la justice d'éviter un tel résultat. À cet égard, il importe de noter que, lors de l'audition du présent pourvoi, les procureurs ont informé la Cour que le 20 août 2004, soit quatre mois après le prononcé de la peine, alors que M. Angelillo a comparu relativement aux événements que la Couronne entend prouver, celle-ci ne s'est pas opposée à sa remise en liberté sous caution. Si aucune raison ne militait alors contre sa remise en liberté, il est difficile de conclure que le tribunal a effectivement été berné.

4. Dispositif

38 Pour ces motifs, la décision de la Cour d'appel de ne pas admettre la preuve nouvelle est confirmée et le pourvoi est rejeté.

The reasons of Binnie and Fish JJ. were delivered by

FISH J. —

I

39 I agree with Justice Charron that the appeal should be dismissed. I agree as well with the reasons on which her conclusion rests.

40 With respect, however, I do not share my colleague's view that sentencing courts may consider uncharged *and unrelated* offences. Parliament has addressed the issue in s. 725(1)(*c*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In virtue of that provision, sentencing courts may consider uncharged offences only if they are related to the offence charged — that is to say, only if they consist in "facts forming part of the circumstances [of the crime for which the accused is to be sentenced]". And Parliament has taken care to protect offenders from being twice punished in this regard: Offences considered by the sentencing court pursuant to s. 725(1)(*c*) cannot form the basis of further proceedings against the offender.

41 Justice Charron would permit sentencing courts to consider uncharged offences even if they are unrelated, and she would remove for these unrelated offences the protection that Parliament has expressly provided for related offences. Moreover, as we shall see, this proposal rests on the doubtful proposition that evidence of an aggravating factor — other offences — is not introduced for purposes of punishment although it will almost invariably have that effect.

II

42 This is an appeal from a decision of the Quebec Court of Appeal dismissing the Crown's appeal to

Version française des motifs des juges Binnie et Fish rendus par

LE JUGE FISH —

I

Je conviens avec la juge Charron que le pourvoi doit être rejeté. Je souscris également aux motifs qui sous-tendent sa conclusion.

Avec égards, toutefois, je ne puis partager l'opinion de ma collègue que les tribunaux chargés de déterminer la peine peuvent prendre en compte des infractions *non connexes et* n'ayant fait l'objet d'aucune accusation. Le législateur a traité de la question à l'al. 725(1)*c*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. En vertu de cette disposition, ces tribunaux peuvent prendre en considération les infractions n'ayant pas fait l'objet d'accusations, seulement si elles sont liées à l'infraction reprochée, c'est-à-dire seulement si leurs faits constitutifs sont « liés à la perpétration [du crime pour lequel l'accusé doit être condamné] ». Le législateur a en outre pris soin de veiller à ce que les délinquants ne puissent être punis plus d'une fois à cet égard : les infractions que le tribunal chargé d'infliger la peine prend en considération en vertu de l'al. 725(1)*c*) ne peuvent justifier d'autres poursuites contre le délinquant.

La juge Charron permettrait aux tribunaux appelés à prononcer la peine de prendre en compte des infractions, même non connexes, n'ayant fait l'objet d'aucune accusation, et elle les priverait de la protection que le législateur a expressément prévue pour les infractions connexes. Par ailleurs, comme nous le verrons plus loin, cette assertion s'appuie sur la thèse discutable que la preuve visant à établir des circonstances aggravantes — la perpétration d'autres infractions — n'est pas soumise dans le but de punir, quoique la présentation de tels éléments aura presque invariablement cet effet.

II

Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre la décision de la Cour d'appel du Québec de rejeter l'appel

that court against a conditional sentence imposed at trial. In the Court of Appeal, and again in this Court, the Crown sought to introduce as fresh evidence facts that were the basis of other charges against Mr. Angelillo. I emphasize for the sake of clarity that the Crown's application relates to *charged offences only.*

The Court of Appeal declined to admit this evidence, and Justice Charron would affirm that decision for two reasons: First, because charged but untried offences can only be admitted if the requirements of s. 725 of the *Criminal Code* have been met — they were not met in this case; and second, because the Crown did not act with diligence, as required by *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. Without the fresh evidence, as Justice Charron makes plain, the Crown's appeal could not succeed before the Court of Appeal and cannot succeed here.

It is for these reasons that Justice Charron would dismiss the Crown's appeal to this Court. As I mentioned at the outset, I agree with my colleague's conclusion and with the reasons upon which it rests.

I turn now to the issue that divides us.

III

Parliament put in place barely a decade ago a comprehensive set of statutory provisions on sentencing. As Justice Charron mentions, these provisions together form "a true penological code" (para. 21). And as part of that "code", Parliament has set out in s. 725 the requirements for considering, in the determination of a sentence, other offences for which the offender has been neither tried nor convicted.

*Charged* but untried offences, as in this case, cannot be considered unless they meet the

du ministère public contre une peine d'emprisonnement avec sursis infligée au stade du procès. Devant la Cour d'appel et, encore une fois, devant la Cour, le ministère public a cherché à présenter, à titre de preuve nouvelle, des faits qui constituaient le fondement d'autres accusations contre M. Angelillo. Je souligne, par souci de clarté, que la demande du ministère public concerne *uniquement des infractions ayant fait l'objet d'accusations.*

43 La Cour d'appel a refusé d'admettre la preuve du ministère public et la juge Charron confirmerait cette décision pour deux motifs : premièrement, parce que la preuve d'infractions ayant fait l'objet d'accusations mais non de poursuites ne peut être admise que si les exigences de l'art. 725 du *Code criminel* ont été remplies — ce qui n'est pas le cas en l'espèce; deuxièmement, parce que le ministère public n'a pas fait preuve de diligence, ce qui est contraire à *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Comme la juge Charron l'indique clairement, sans les nouveaux éléments de preuve, l'appel du ministère public devant la Cour d'appel ne pouvait être accueilli et il en est de même du présent pourvoi.

44 C'est pour ces motifs que la juge Charron rejetterait le pourvoi. Comme je l'ai mentionné au début, je souscris à la conclusion de ma collègue et aux motifs énoncés à son appui.

45 J'aborde maintenant la question sur laquelle nous sommes en désaccord.

III

46 Il y a à peine une décennie, le législateur a instauré un ensemble complet de dispositions sur la détermination de la peine. Comme le dit la juge Charron, ensemble, ces dispositions forment « un véritable code pénologique » (par. 21). Et, dans ce « code », le législateur a énoncé à l'art. 725 les exigences à respecter pour prendre en compte, dans la détermination de la peine, d'autres infractions à l'égard desquelles le délinquant n'a pas subi de procès ni n'a été condamné.

47 Les infractions *ayant fait l'objet d'accusations* mais non de poursuites, comme c'est le cas en

requirements of s. 725(1)(*b*) or (*b*.1). As my colleague explains, those conditions have not been met and it is *for that reason* that they could not be considered in determining Mr. Angelillo's sentence — even if the Crown had proceeded with diligence.

48 The facts underlying these charged offences are no less relevant to Mr. Angelillo's "background and character" than they would be if charges had not been laid. My colleague nonetheless finds, and I agree of course, that evidence of those facts could not be admitted because it failed to satisfy the requirements for its admission established by Parliament in s. 725(1)(*b*) and (*b*.1) of the *Criminal Code*. Yet she would admit that evidence if the charges had not — or *not yet* — been laid. As mentioned at the outset I do not share that view.

49 In any event, Parliament has provided in s. 725(1)(*c*) that *uncharged* offences may only be considered if they are based on "facts forming part of the circumstances of the offence" for which the offender is to be sentenced. For the sake of brevity, I refer to these offences as "connected" or "related" offences.

50 In *R. v. Larche*, [2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56, released concurrently, I have dealt in some detail with this requirement of connexity. The criteria set out there should in large measure allay the understandable concerns mentioned by Justice Charron with respect to cases of domestic abuse, where a history of similar incidents that have never given rise to charges would nonetheless form "part of the circumstances of the offence" within the meaning of s. 725(1)(*c*): *Larche*, at paras. 54-55.

51 Parliament has decided that not all evidence relevant to the background and character of the offender may be considered by the sentencing judge. The rule proposed by Justice Charron would give a court the discretionary power to consider

l'espèce, ne peuvent être prises en considération à moins de satisfaire aux exigences des al. 725(1)*b*) ou *b*.1). Comme l'explique ma collègue, ces conditions n'ont pas été remplies, et c'est *pour cette raison* que ces infractions ne pouvaient entrer en ligne de compte pour la détermination de la peine de M. Angelillo — même si le ministère public avait fait preuve de diligence.

Les faits constitutifs de ces infractions demeurent tout aussi pertinents pour établir « la situation et le caractère » de M. Angelillo que si aucune accusation n'avait été portée. Ma collègue conclut néanmoins, et bien sûr je souscris à sa conclusion, que ces faits ne peuvent être admis en preuve parce qu'ils ne répondent pas aux conditions d'admissibilité établies par le législateur aux al. 725(1)*b*) et *b*.1) du *Code criminel*. Pourtant, elle admettrait ces éléments de preuve si les accusations n'avaient pas — ou *pas encore* — été portées. Comme je l'ai dit au début, je ne partage pas ce point de vue.

Quoi qu'il en soit, le législateur a prévu à l'al. 725(1)*c*) que les infractions *n'ayant fait l'objet d'aucune accusation* ne peuvent être prises en considération que si elles se fondent sur des « faits liés à la perpétration de l'infraction » pour laquelle le délinquant se verra infliger une peine. Par souci de brièveté, j'appellerai ces infractions des « infractions connexes ».

Dans *R. c. Larche*, [2006] 2 R.C.S. 762, 2006 CSC 56, rendu en même temps que le présent arrêt, j'ai traité de façon assez détaillée de cette exigence de connexité. Le critère qui y est énoncé devrait dans une large mesure dissiper les préoccupations légitimes de la juge Charron au sujet des cas de violence conjugale où des actes similaires commis antérieurement, mais n'ayant pas fait l'objet d'accusations, constitueraient néanmoins des « faits liés à la perpétration de l'infraction » au sens de l'al. 725(1)*c*) : *Larche*, par. 54-55.

Le législateur a choisi de ne pas permettre au juge qui détermine la peine de prendre en considération tous les éléments de preuve concernant la situation et le caractère du délinquant. La règle que propose la juge Charron conférerait aux tribunaux

uncharged offences that do *not* form part of the circumstances of the offence. This would in practice override the inherent restriction of s. 725(1)(*c*) and render it entirely superfluous.

le pouvoir discrétionnaire de tenir compte des infractions pour lesquelles aucune accusation n'a été portée et qui *ne* sont *pas* liées à la perpétration de l'infraction. En pratique, cette approche aurait pour effet de passer outre à la restriction inhérente à l'al. 725(1)*c*) et de la rendre totalement superflue.

The rule proposed by Justice Charron would also lack the statutory procedural safeguards that Parliament has provided with regard to s. 725 of the *Criminal Code*. Section 725(2) prohibits the subsequent prosecution of uncharged offences considered by a court in determining the sentence under s. 725(1)(*c*). These uncharged offences, once considered, must be noted on the information or indictment. This protects the accused from double punishment, unless the conviction for the offence of which the offender has been found guilty is set aside or quashed on appeal.

52 Par ailleurs, la règle proposée par la juge Charron ne comporterait pas les garanties procédurales que le législateur a prévues dans le cadre de l'art. 725 du *Code criminel*. Le paragraphe 725(2) interdit d'entamer par la suite des poursuites relativement aux infractions qui n'ont pas fait l'objet d'accusations, mais que le tribunal a prises en considération en vertu de l'al. 725(1)*c*). Ces infractions doivent être mentionnées dans la dénonciation ou l'acte d'accusation. Cette mesure protège l'accusé contre la double peine, sauf si la condamnation relative à l'infraction pour laquelle il a été reconnu coupable est annulée ou infirmée en appel.

It is true, as my colleague mentions, that previous convictions may properly be taken into account in determining the sentence for a subsequent offence. Here, however, the question was whether the sentencing court could consider *subsequent offences* for which the respondent *had not been convicted*. My colleague would answer that question in the affirmative, but for the fact that charges had already been laid. In her view, a sentencing court may consider unrelated and uncharged offences, previous or subsequent, under the rubric "background and character" — or, more accurately perhaps in this case, "*future* background and character". With respect, I do not agree.

53 Il est vrai, comme le mentionne ma collègue, que des condamnations antérieures peuvent à juste titre être prises en compte dans la détermination de la peine pour une infraction subséquente. En l'instance, toutefois, il s'agissait de savoir si le tribunal chargé de déterminer la peine pouvait prendre en considération des *infractions subséquentes* pour lesquelles l'intimé *n'avait pas été condamné*. Ma collègue répondrait à cette question par l'affirmative, si des accusations n'avaient pas été portées. Selon elle, le tribunal peut, en ce qui concerne « la situation et le caractère » du délinquant — ou, plus exactement peut-être en l'espèce, « la situation et le caractère *futurs* » du délinquant, tenir compte d'infractions, antérieures ou subséquentes, non connexes et n'ayant fait l'objet d'aucune accusation. Avec égards, je ne puis partager son opinion.

In the case of previous convictions, the book has been closed — no further proceedings may be instituted. In the present case, proceedings not only can be, but in fact *were*, instituted.

54 Pour ce qui est des condamnations antérieures, le dossier est clos — aucune autre poursuite ne peut être intentée. En l'espèce, non seulement des poursuites peuvent être mais elles *ont* effectivement *été* intentées.

My colleague's proposal would permit subsequent prosecution of uncharged offences that have already led to a stiffer penalty for a charged

55 Selon la proposition de ma collègue, des poursuites pourraient être ultérieurement engagées pour des infractions qui n'ont fait l'objet d'aucune

offence. And, where the uncharged offence relates to facts that occurred after those for which the offender has been charged and convicted, a "feedback loop" would almost invariably operate. The offender would then be more severely punished on the first offence because he or she later committed a second offence. Once that second offence has been made the subject of a charge, the offender would likely be punished more severely on this new charge *because of the earlier offence for which the offender has already received a stiffer sentence on account of the second offence which was not yet then charged.*

56 In this context, I note in passing that *R. v. Edwards* (2001), 155 C.C.C. (3d) 473 (Ont. C.A.), and *Lees v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 749, upon which my colleague relies, are both readily distinguishable from the present matter. In *Edwards*, the contentious facts related in part to an offence that was said to have been committed 18 years earlier in Jamaica and no charge could therefore be laid in Canada. The other contentious facts related to evidence of a "pattern of violence", a matter I have already considered above (para. 50). In *Lees*, no charge had been laid either, and it was "even doubtful whether there was a possible offence" (McIntyre J., at p. 754).

57 Nothing I say here is meant to call into question the admissibility in Canada of proof of previous convictions where this has been permitted by Parliament or is admissible under a recognized rule of the common law. Nor do I suggest for a moment that pre-sentence reports cannot refer to the matters mentioned by Charron J. in para. 31 of her reasons (evidence of addiction, a predisposition to violence, and so forth). Where the facts in question relate to other offences, charged or uncharged, they must however be admissible either in virtue of s. 725 or under another provision of law.

58 Justice Charron disagrees only with respect to *uncharged* offences, which are in her view

accusation et qui ont déjà entraîné l'imposition d'une peine plus sévère à l'égard d'une infraction pour laquelle le délinquant a été inculpé. Et, lorsque l'infraction n'ayant fait l'objet d'aucune accusation concerne des faits survenus après ceux pour lesquels le délinquant a été accusé et condamné, elle donnerait presque invariablement lieu à une *boucle de rétroaction.* Le délinquant serait alors plus sévèrement puni pour la première infraction parce qu'il en a par la suite commis une deuxième. Une fois que cette deuxième infraction aura fait l'objet d'une accusation, il sera vraisemblablement puni plus sévèrement pour cette nouvelle infraction *à cause de l'infraction antérieure déjà sanctionnée par une peine plus sévère compte tenu de la deuxième infraction pour laquelle il n'a pas encore été inculpé.*

Dans ce contexte, je note en passant que les arrêts *R. c. Edwards* (2001), 155 C.C.C. (3d) 473 (C.A. Ont.), et *Lees c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 749, sur lesquels ma collègue s'appuie, peuvent aisément se distinguer de la présente affaire. Dans *Edwards*, les faits en litige concernaient en partie une infraction qui aurait été commise en Jamaïque 18 ans auparavant et à l'égard de laquelle il n'était donc pas possible de porter des accusations au Canada. Les autres faits allégués portaient sur la preuve d'[TRADUCTION] « antécédents de violence », question que j'ai déjà examinée plus haut (par. 50). Dans *Lees* non plus aucune accusation n'avait été portée et « la possibilité d'une autre infraction [était] même douteuse » (le juge McIntyre, p. 754).

Rien dans les présents motifs ne vise à remettre en question l'admissibilité au Canada de la preuve de condamnations antérieures si le législateur ou une règle reconnue de common law l'autorisent. Je n'affirme pas non plus que les rapports présentenciels ne peuvent faire mention des éléments dont il est question au par. 31 des motifs de la juge Charron (preuve de toxicomanie, d'une prédisposition à la violence, etc.). Les faits en question qui concernent d'autres infractions, faisant ou non l'objet d'accusations, doivent toutefois être admissibles en preuve en vertu de l'art. 725 ou d'une autre disposition législative.

Le désaccord de la juge Charron ne porte que sur les infractions *ne faisant l'objet d'aucune*

admissible if they go to "background and character", whether or not they comply with s. 725(1)(*c*) of the *Criminal Code*. In her opinion, as I understand it, if the uncharged offences go to background and character *and comply* with s. 725(1)(*c*), they cannot form the basis of further proceedings; but if they go to background and character *and do not comply* with s. 725(1)(*c*), the offender may subsequently be charged and punished for those previously considered offences. In short, as mentioned earlier, Justice Charron would permit sentencing courts to consider uncharged offences even if they are unrelated, and she would remove for these unrelated offences the protection that Parliament has expressly provided for related offences.

*accusation*, celles-ci étant à son avis admissibles en preuve si elles concernent « la situation et le caractère » du délinquant, et ce, que les exigences de l'al. 725(1)*c*) du *Code criminel* soient ou non remplies. Selon elle, si j'ai bien compris, dans les cas où les infractions ne faisant l'objet d'aucune accusation concernent la situation et le caractère du délinquant et que les exigences de l'al. 725(1)*c*) *sont remplies*, elles ne peuvent faire l'objet d'autres poursuites; toutefois, si elles concernent la situation et le caractère du délinquant et que les exigences de l'al. 725(1)*c*) *ne sont pas remplies*, le délinquant peut par la suite être inculpé et puni pour les infractions déjà prises en considération. Bref, comme nous l'avons déjà vu, la juge Charron permettrait que les tribunaux chargés de déterminer la peine tiennent compte des infractions, même non connexes, n'ayant fait l'objet d'aucune accusation, et elle les priverait de la protection que le législateur a expressément prévue pour les infractions connexes.

Under Justice Charron's proposal, moreover, the Crown could circumvent the restrictions imposed by Parliament in s. 725 by withdrawing a charge that has been laid or postpone the charging of an offence until after the trial judge has decided whether to consider it as an aggravating circumstance in determining the sentence for a distinct and unrelated offence. In neither instance would the Crown necessarily be acting in bad faith. It would be playing by the rule proposed by my colleague.

59 De plus, selon l'approche préconisée par la juge Charron, le ministère public pourrait contourner les restrictions imposées par le législateur à l'art. 725 en retirant une accusation ou en attendant, pour accuser un délinquant d'une infraction, que le juge du procès ait décidé s'il y a lieu de la considérer comme une circonstance aggravante pour fixer la peine visant à punir une infraction distincte et non connexe. Dans les deux cas, le ministère public n'agirait pas forcément de mauvaise foi. Il ne ferait qu'appliquer les règles proposées par ma collègue.

Nor, with respect, do I find persuasive Justice Charron's distinction between leading evidence of untried offences for the purpose of punishment and the introduction of that evidence "to establish the offender's character and reputation or risk of re-offending for the purpose of determining the appropriate sentence for *the offence of which he or she has been convicted*" (para. 32 (emphasis in original)).

60 Par surcroît, et avec égards, je n'estime pas convaincante la distinction que fait la juge Charron entre faire la preuve d'une infraction n'ayant pas fait l'objet de poursuites, dans le but de punir l'accusé, et en faire la preuve « pour établir la réputation et le caractère du délinquant ou le risque de récidive, dans le but de déterminer la peine appropriée pour *l'infraction en cause* » (par. 32 (en italique dans l'original)).

It seems to me that any evidence of untried offences introduced by the Crown at the sentencing stage goes to punishment and is introduced for that purpose — either because it is said to call for a

61 Il me semble que toute preuve qui se rapporte à une infraction n'ayant pas fait l'objet de poursuites et qui est introduite par le ministère public au stade de la détermination de la peine vise à punir et est

more severe sentence or to preclude a sentence that is less restrictive.

62 Justice Charron recognizes this reality (para. 32). She acknowledges that evidence of uncharged offences would "doubtless be aggravating". And, in her own example of the violent spouse, my colleague mentions that evidence of the uncharged offence might well lead to a more restrictive sanction.

63 Anything that is said to be "aggravating", it seems to me, is introduced for the purpose of punishment. Indeed, s. 718.2(*a*) refers specifically to the principle that sentences *should be increased* "to account for any relevant aggravating . . . circumstances relating to the offence or the offender". And s. 718.2(*d*) provides that custodial sentences should not be imposed if "less restrictive sanctions" — the phrase used by my colleague — "may be appropriate in the circumstances".

64 In this light, I am unable to agree that evidence of uncharged offences, an acknowledged aggravating factor, can be admitted on the ground that it goes to "background and character" *but not to punishment.* Offenders whose sentences are increased on account of this aggravating factor — uncharged offences — will be forgiven for thinking that it has caused them to be more severely punished.

65 H. L. A. Hart put this aspect of the matter admirably almost a half-century ago. Dealing then with the putative distinction between considerations of "background and character" and "punishment" in the determination of sentences — in the context of what had since at least 1908 been characterized in central Europe as "double-track" penology — Professor Hart stated:

[T]he "double-track" system has been elaborated in ways which may seem to us somewhat metaphysical:

présentée dans ce but — soit parce qu'elle entraînerait une peine plus sévère, soit parce qu'elle empêcherait l'imposition d'une peine moins contraignante.

La juge Charron reconnaît cette réalité (par. 32). Elle concède que les faits admis en preuve à l'égard des infractions n'ayant pas fait l'objet d'accusations « seront sans doute aggravants ». Et, dans l'exemple qu'elle cite à propos d'un conjoint violent, ma collègue mentionne que la preuve de l'infraction qui n'a fait l'objet d'aucune accusation pourrait très bien entraîner une peine plus contraignante.

À mon sens, tout fait considéré comme étant « aggravant » est mis en preuve en vue de punir. D'ailleurs, l'al. 718.2*a*) mentionne expressément le principe que les peines *devraient être adaptées* « aux circonstances aggravantes [. . .] liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant ». De plus, l'al. 718.2*d*) prévoit que les peines d'emprisonnement ne devraient pas être infligées « lorsque les circonstances [. . .] justifient » l'imposition, — et il s'agit là de l'expression qu'utilise ma collègue — « de sanctions moins contraignantes ».

Vu ce qui précède, je ne peux conclure que la preuve des infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation — facteur aggravant reconnu — peut être admise au motif qu'elle concerne « la situation et le caractère » du délinquant, *mais qu'elle ne vise pas à le punir.* Les délinquants dont la peine a été adaptée à ces circonstances aggravantes — infractions n'ayant pas fait l'objet d'accusations — seront en droit de penser qu'ils ont été plus sévèrement punis à cause de celles-ci.

Il y a près d'un demi-siècle, H. L. A. Hart parlait de cet aspect de la question en termes on ne peut plus clairs. Traitant de l'éventuelle distinction à faire entre prendre en compte « la situation et le caractère » du délinquant et prendre en compte « la sanction » pour déterminer la peine à infliger — dans le contexte de ce qui était considéré en Europe centrale depuis au moins 1908 comme de la pénologie [TRADUCTION] « à deux volets » — le professeur Hart a affirmé :

[TRADUCTION] [L]a manière dont le système « à deux volets » a été élaboré peut nous sembler relever pour

punishment which is to be "guilt-adequate", i.e. orientated towards the criminal act, is carefully distinguished from mere "measures" orientated to the criminal's character and the needs of society. The recent German Penal Code preserves this distinction though it is regretted as artificial by many. Certainly the prisoner who after serving a three-year sentence is told that his punishment is over but that a seven-year period of preventive detention awaits him and that this is a "measure" of social protection, not a punishment, might think he was being tormented by a barren piece of conceptualism — though he might not express himself in that way.

(*Punishment and the Elimination of Responsibility* (1962), at p. 12)

ainsi dire de la métaphysique : on prend soin de distinguer les sanctions qui sont censées être fonction du « degré de culpabilité », c'est-à-dire être axées sur l'acte criminel, et les simples « mesures » qui tiennent compte du caractère du délinquant et des besoins de la société. Le récent code pénal allemand fait cette distinction, même si certains déplorent son caractère artificiel. Assurément, le prisonnier qui, après avoir purgé une peine de trois ans, se fait dire qu'il en a terminé avec sa sanction, mais qu'une période de détention préventive de sept ans l'attend et que cette « mesure » est prise non pas pour le punir, mais pour protéger la société, pourrait penser — mais ne le dirait pas nécessairement en ces termes — qu'on le tourmente en appliquant une mesure relevant d'un conceptualisme stérile.

(*Punishment and the Elimination of Responsibility* (1962), p. 12)

Nor would the prisoner be much moved by my colleague's explanation that a more severe sentence for a charged offence is not punishment for the uncharged offence that is the reason for its increased severity.

Le prisonnier ne se laisserait pas émouvoir non plus par l'explication de ma collègue qu'une peine plus sévère pour une infraction faisant l'objet d'une accusation ne sanctionne pas l'infraction qui, n'ayant fait l'objet d'aucune accusation, justifie une plus grande sévérité.

And I reiterate here two important considerations. 66

Je reviens maintenant sur deux considérations importantes.

First, my colleague agrees that evidence of other offences is not admissible merely because it sheds light on the offender's background and character. That is why the tendered evidence is not admissible in this case: Though plainly relevant to Mr. Angelillo's background and character, it does not comply with the requirements set out by Parliament in s. 725 of the *Criminal Code*. Even if the Crown had acted with diligence, that evidence would remain inadmissible. Charged offences, as in this case, can hardly be less important in evaluating the offender's background and character than evidence of the uncharged offences that my colleague would permit on that ground. 67

D'abord, ma collègue convient que la preuve d'autres infractions n'est pas admissible du simple fait qu'elle permet de faire la lumière sur la situation et le caractère du délinquant. C'est pourquoi la preuve produite n'est pas admissible en l'espèce : bien qu'elle concerne manifestement la situation et le caractère de M. Angelillo, elle ne satisfait pas aux exigences prescrites par le législateur à l'art. 725 du *Code criminel*. Même si le ministère public avait fait preuve de diligence, cette preuve ne serait pas admissible. Les infractions faisant l'objet d'accusations, comme c'est le cas en l'espèce, peuvent difficilement jouer un rôle moins important dans l'évaluation de la situation et du caractère du délinquant que les infractions qui n'ont fait l'objet d'aucune accusation et que ma collègue admettrait en preuve précisément parce qu'aucune accusation n'a été portée.

Perhaps more important still, Parliament has provided for the admission of uncharged offences 68

Plus important encore peut-être, le législateur a prévu l'admission en preuve des infractions ne

only if they are relevant to the offence for which the offender is to be sentenced. This is not a matter of legislative oversight. Parliament has chosen not to permit evidence of offences that are uncharged *and unrelated.* We should not do so by judicial fiat. Still less should we remove for uncharged and unrelated offences the protection Parliament has expressly provided for offences that are uncharged *and related.*

faisant pas l'objet d'accusations, seulement si elles ont un lien avec l'infraction à l'égard de laquelle la peine sera infligée. Il ne s'agit pas d'un oubli de la part du législateur. Celui-ci a choisi de ne pas permettre la présentation d'une preuve relative à des infractions *non connexes et* n'ayant fait l'objet d'aucune accusation. On ne devrait donc pas le faire par ordonnance judiciaire. Encore moins faudrait-il écarter, dans le cas de ces infractions, la protection que le législateur a expressément accordée aux infractions *connexes* et ne faisant pas l'objet d'accusations.

## IV

## IV

69 It is not my position, as my colleague suggests (at para. 31), that offenders can invoke the presumption of innocence to exclude evidence of unrelated and uncharged offences. Nor is there any need for them to do so: In my respectful view, that evidence is inadmissible for the reasons set out above. I think it nonetheless useful to add a brief word on Justice Charron's suggestion that the offender cannot invoke the presumption of innocence to exclude the evidence of untried offences because "that presumption has in fact been rebutted with respect to the offence of which he has been convicted" (para. 30 (emphasis added)).

Je ne crois pas, contrairement à ce que laisse entendre ma collègue (par. 31), que les délinquants puissent invoquer la présomption d'innocence pour exclure la preuve d'infractions non connexes et n'ayant fait l'objet d'aucune accusation. Ils n'ont d'ailleurs pas besoin de le faire : à mon avis, une telle preuve est inadmissible pour les raisons susmentionnées. Je crois néanmoins utile d'ajouter quelques mots à la proposition de la juge Charron que le délinquant ne peut invoquer la présomption d'innocence pour exclure la preuve d'infractions n'ayant pas fait l'objet de poursuites parce que « la présomption a été effectivement réfutée relativement à l'infraction pour laquelle il a été condamné » (par. 30 (je souligne)).

70 It is true of course, as Justice Charron mentions, that the presumption of innocence is overcome by a conviction — but only by a conviction *for the offence charged.* A finding of guilt on charges that have been tried has no bearing on the offender's presumed innocence regarding offences that were never charged or admitted.

Bien sûr, il est vrai, comme le mentionne la juge Charron, que la présomption d'innocence est écartée advenant une condamnation — mais uniquement une condamnation *relative à l'infraction reprochée.* Une déclaration de culpabilité pour des accusations ayant fait l'objet de poursuites n'a aucune incidence sur l'innocence présumée du délinquant en ce qui concerne des infractions à l'égard desquelles il n'a jamais été inculpé ou reconnu sa culpabilité.

71 Nothing prevents the Attorney General from charging the offender with those crimes. The offender must then, of course, be presumed innocent until proven guilty. It is unclear to me why offenders who are presumed innocent of the offences with which they are charged cannot invoke that presumption when, at the sentencing stage on another

Rien n'empêche le procureur général de porter des accusations contre le délinquant à l'égard de tels crimes. Bien sûr, celui-ci doit alors être présumé innocent jusqu'à preuve du contraire. Je ne vois pas très bien pourquoi les délinquants qui bénéficient de la présomption d'innocence quant aux infractions pour lesquelles ils sont inculpés

charge, they face increased punishment on account of the offences not charged.

Indeed, it is *because* the presumption of innocence clearly applies at the sentencing stage to uncharged offences that s. 724(3)(*e*) of the *Criminal Code* requires the prosecutor to prove them beyond a reasonable doubt — even where Parliament *has permitted their admission* under s. 725. Absent an admission of guilt, they cannot otherwise be considered in determining the sentence for any other offence.

V

Subject to these reasons, I agree with Justice Charron and, more particularly, I agree that the appeal should be dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Quebec, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Dufresne Hébert Comeau, Montréal.*

ne peuvent invoquer cette présomption lorsque, au stade de la détermination de la peine relative à une autre infraction, ils sont susceptibles de se voir infliger une sanction plus sévère à cause d'infractions qui n'ont pas fait l'objet d'accusations.

72 En fait, c'est *parce que*, au stade de la détermination de la peine, la présomption d'innocence s'applique de toute évidence aux infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation que, selon l'al. 724(3)*e*) du *Code criminel*, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable leur perpétration — même si le législateur *a permis qu'elles soient admises en preuve* en vertu de l'art. 725. Sinon, en l'absence d'un aveu de culpabilité, elles ne peuvent être prises en compte dans la détermination de la peine pour toute autre infraction.

V

73 Sous réserve de ce qui précède, je suis d'accord avec la juge Charron et je conviens plus particulièrement que le pourvoi doit être rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Dufresne Hébert Comeau, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant/Respondent on cross-appeal*

*v.*

**Jean-Paul Larche** *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

**Her Majesty The Queen** *Appellant/Respondent on cross-appeal*

*v.*

**Honourable Robert Sansfaçon, in his capacity as judge of the Court of Québec** *Respondent*

and

**Jean-Paul Larche** *Respondent/Appellant on cross-appeal*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

*c.*

**Jean-Paul Larche** *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

**Sa Majesté la Reine** *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

*c.*

**Honorable Robert Sansfaçon, en sa qualité de juge de la Cour du Québec** *Intimé*

et

**Jean-Paul Larche** *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

INDEXED AS: R. *v.* LARCHE

**Neutral citation: 2006 SCC 56.**

File No.: 30384.

2005: November 8; 2006: December 8.

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

RÉPERTORIÉ : R. *c.* LARCHE

**Référence neutre : 2006 CSC 56.**

N° du greffe : 30384.

2005 : 8 novembre; 2006 : 8 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Sentencing — Uncharged offences — Accused participating in criminal operation that exported cannabis in U.S. and repatriated proceeds to Canada — Accused pleading guilty on two counts — Sentencing judge applying s. 725(1)(c) of Criminal Code dealing with uncharged offences in determining sentence — Whether sentencing judge entitled to apply s. 725(1)(c) without Crown's consent — Whether uncharged offences considered by sentencing judge met connexity and jurisdictional requirements of s. 725(1)(c) — Relevance of international comity in exercising discretion conferred*

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Détermination de la peine — Infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation — Participation de l'accusé à une opération criminelle consistant à exporter de la marijuana aux États-Unis et à en rapatrier au Canada le produit de la vente — Accusé plaidant coupable à deux chefs d'accusation — Pour la détermination de la peine, application par le juge de l'art. 725(1)c) du Code criminel relatif aux infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation — Le juge chargé de la détermination de la peine a-t-il le droit d'appliquer l'art. 725(1)c) sans le consentement du*

*by s. 725(1)(c) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 725(1)(c).*

The accused participated in a criminal operation that exported cannabis from Canada across the American border and repatriated the proceeds to Canada. He was arrested and charged in Canada and he was also indicted in the U.S. To accommodate an expected extradition request by the American authorities, both counts of the Canadian indictment were drafted as if the underlying criminal enterprise, which was transnational in scope, ended at the U.S.-Canadian border. The accused pleaded guilty to both counts but took issue with the manner in which the indictment was framed, arguing that the Crown had artificially fractioned what in truth was a single conspiracy. Over the Crown's objections, the sentencing judge agreed to apply s. 725(1)(*c*) of the *Criminal Code* in determining the sentence and noted three uncharged offences on the indictment as required by s. 725(2). The first two notes relate to the accused's participation in operations both in Canada and in the U.S.; the third note concerns an event that occurred entirely in Vermont. The Court of Appeal found that the sentencing judge lacked jurisdiction to inscribe the third note.

*Held*: The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

Under s. 725(1)(*c*), a sentencing judge "may consider any facts forming part of the circumstances of the offence that could constitute the basis for a separate charge". While sentencing judges cannot apply s. 725(1)(*b*) and (*b*.1) without the consent of both the Crown and the offender, no such requirement appears in para. (*c*). This could not have been a legislative oversight. Therefore, if the requirements of s. 725(1)(*c*) are met, sentencing judges are entitled to exercise their discretion and to apply s. 725(1)(*c*) over the Crown's objections. [3] [23]

The finality of s. 725(1)(*c*) is to increase punishment on the basis of an uncharged offence. When

*ministère public? — Les infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation qui sont prises en compte par le juge chargé de la détermination de la peine satisfont-elles aux exigences de l'art. 725(1)c) sur le plan de la connexité et de la compétence? — Pertinence du principe de la courtoisie internationale quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 725(1)c) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 725(1)c).*

L'accusé a participé à une opération criminelle consistant à exporter de la marijuana du Canada aux États-Unis et à en rapatrier au Canada le produit de la vente. Il a été arrêté et inculpé au Canada, et il a aussi été mis en accusation aux États-Unis. En prévision d'une éventuelle demande d'extradition des autorités américaines, les deux chefs de l'acte d'accusation canadien ont été rédigés comme si l'entreprise criminelle sous-jacente, qui était de nature transnationale, s'arrêtait à la frontière canado-américaine. L'accusé a plaidé coupable aux deux chefs d'accusation, mais a contesté la formulation de l'acte d'accusation, soutenant que le ministère public avait artificiellement fractionné ce qui constituait en réalité un seul complot. Malgré les objections du ministère public, le juge chargé de la détermination de la peine a accepté d'appliquer l'al. 725(1)*c*) du *Code criminel* pour déterminer la peine et, conformément au par. 725(2), a noté sur l'acte d'accusation trois infractions pour lesquelles aucune accusation n'a été portée. Les deux premières notes portent sur la participation de l'accusé à des opérations tant au Canada qu'aux États-Unis; la troisième note concerne un événement entièrement survenu au Vermont. La Cour d'appel a conclu que le juge chargé de la détermination de la peine n'avait pas compétence pour inscrire la troisième note.

*Arrêt* : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Selon l'alinéa 725(1)*c*), le juge chargé de la détermination de la peine « peut prendre en considération les faits liés à la perpétration de l'infraction sur lesquels pourrait être fondée une accusation distincte ». Les juges chargés de la détermination de la peine ne peuvent appliquer les al. 725(1)*b*) et *b*.1) sans le consentement du ministère public et du délinquant, mais l'al. *c*) ne comporte pas une telle exigence. Il est impossible qu'il s'agisse d'un oubli de la part du législateur. Par conséquent, si les exigences de l'al. 725(1)*c*) sont respectées, les juges chargés de la détermination de la peine sont en droit d'exercer leur pouvoir discrétionnaire et d'appliquer l'al. 725(1)*c*) malgré les objections de l'avocat du ministère public. [3] [23]

L'objectif de l'al. 725(1)*c*) est d'infliger une peine plus sévère en se fondant sur une infraction pour

the accused does not consent to the application of that provision, the Crown must, pursuant to s. 724(3)(*e*) of the *Criminal Code*, establish, by proof beyond a reasonable doubt, the existence of any aggravating fact. This requirement of proof beyond a reasonable doubt is imperative in light of the presumption of innocence, which applies to all alleged offences. [43-44]

In addition to that requirement, the legislator has provided two other safeguards in s. 725(1)(*c*). First, unrelated offences are excluded. Second, judges can be relied on, in the exercise of their discretion, to decline to consider uncharged offences if this would result in unfairness to the accused or to the Crown. Under s. 725(1)(*c*), there are two necessary preconditions for the exercise of the sentencing judge's discretion. In requiring in para. (*c*) that the "facts for[m] part of the circumstances of the offence", Parliament has made plain the need to establish a nexus or "connexity" between the uncharged criminal conduct and the offence for which the offender has been convicted. The provision must be construed as encompassing not only the facts of a single transaction, but also the broader category of related facts that inform the court about the "circumstances" of the offence more generally. Moreover, s. 725(1)(*c*) requires that the facts "could constitute the basis for a separate charge". Since Canadian courts cannot punish for crimes entirely committed abroad, the facts that form "part of the circumstances of the offence" must also have a real and substantial connection to Canada. [45-48] [54] [57] [59]

In this case, the sentencing judge made plain in his reasons that it was of the very essence of the enterprise that cannabis would be exported and sold in the U.S. and that the proceeds would be repatriated to Canada. From the perspective of both object and *modus operandi*, this enterprise did not stop at the border. Its constituent elements were seamlessly connected and, considered globally, the offences charged were in fact committed partly north and partly south of the border. Therefore, the facts set out in all three notes formed part of the circumstances of the offence and met the requirement of connexity. While the third note did not satisfy the jurisdictional requirement because it concerns an event that occurred entirely in Vermont, the sentencing judge was entitled to consider the facts contained in the first two notes in determining the sentence. Considering the criminal enterprise as a whole, a real

laquelle aucune accusation n'a été portée. Si l'accusé ne consent pas à l'application de cette disposition, le ministère public doit, conformément à l'al. 724(3)*e*) du *Code criminel*, prouver hors de tout doute raisonnable l'existence de tout fait aggravant. Cette exigence de la preuve hors de tout doute raisonnable est impérative compte tenu de la présomption d'innocence, qui s'applique à toutes les infractions présumées. [43-44]

Outre cette exigence, le législateur a prévu deux autres garanties à l'al. 725(1)*c*). Premièrement, les infractions non connexes sont exclues. Deuxièmement, on peut faire confiance aux juges pour refuser, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, de prendre en considération des infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation, s'il en résultait une injustice pour l'accusé ou pour le ministère public. Selon l'alinéa 725(1)*c*), il existe une double condition préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine. En exigeant à l'al. *c*) que les faits soient « liés à la perpétration de l'infraction », le législateur a clairement indiqué la nécessité d'établir un lien ou une « connexité » entre la conduite criminelle pour laquelle aucune accusation n'a été portée et l'infraction dont le délinquant a été déclaré coupable. Il faut interpréter la disposition comme si elle visait non seulement les faits d'une seule opération, mais aussi la catégorie plus large des faits connexes qui renseignent le tribunal de façon plus générale sur les circonstances de l'infraction. De plus, l'al. 725(1)*c*) exige qu'il s'agisse de faits « sur lesquels pourrait être fondée une accusation distincte ». Étant donné que les tribunaux canadiens ne peuvent pas infliger de peine pour des crimes entièrement commis à l'étranger, les faits qui sont « liés à la perpétration de l'infraction » doivent aussi avoir un lien réel et important avec le Canada. [45-48] [54] [57] [59]

En l'espèce, le juge chargé de la détermination de la peine a clairement indiqué dans ses motifs que l'exportation et la vente de marijuana aux États-Unis ainsi que le rapatriement au Canada du produit de la vente constituaient l'essence même de l'entreprise. De par son objet et son *modus operandi*, cette entreprise ne s'arrêtait pas à la frontière. Ses éléments constitutifs sont inextricablement interreliés et, dans l'ensemble, les infractions reprochées avaient en fait été perpétrées en partie au nord et en partie au sud de la frontière. Par conséquent, les faits mentionnés dans les trois notes étaient liés à la perpétration de l'infraction et ils satisfont à l'exigence de connexité. La troisième note ne satisfait pas à l'exigence de compétence parce qu'elle concerne un événement entièrement survenu au Vermont, mais le juge chargé de la détermination de la peine pouvait prendre en considération les faits contenus dans les deux

and substantial connection to Canada existed for these facts. Furthermore, assuming that international comity can, as a theoretical matter, militate against the application of s. 725(1)(*c*) in appropriate cases, there was no reason for the sentencing judge to consider it decisive in this case. [14-15] [56] [62] [64]

An appeal, not *certiorari*, was the appropriate remedy for contesting a decision under s. 725. [72]

### Cases Cited

**Applied:** *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; **referred to:** *R. v. Garcia*, [1970] 3 C.C.C. 124; *R. v. Robinson* (1979), 49 C.C.C. (2d) 464; *R. v. Howlett* (2002), 163 O.A.C. 48; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *R. v. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433; *R. v. Pearson*, [2001] R.J.Q. 69; *R. v. G.R.*, [2005] 2 S.C.R. 371, 2005 SCC 45; *R. v. Edwards* (2001), 54 O.R. (3d) 737; *R. v. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286; *R. v. B. (O.)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 189; *United States of America v. Fordham* (2005), 196 C.C.C. (3d) 39, 2005 BCCA 197; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53; *Sanders v. The Queen*, [1970] S.C.R. 109; *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366; *R. v. Mallet*, [2000] N.B.J. No. 197 (QL).

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22.
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 467.14, 676(1)(*c*), (*d*), 718 to 718.2, 724, 725.

### Treaties and Other International Instruments

*Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3, art. 17 *bis* [ad. Can. T.S. 1991 No. 37, Art. VII].

### Authors Cited

*Black's Law Dictionary*, 8th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 2004, "*res gestae*".

APPEAL and CROSS-APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal, [2004] R.J.Q. 1107,

premières notes. Si l'on considère l'entreprise criminelle dans son ensemble, on s'aperçoit qu'il existait bel et bien un lien réel et important avec le Canada quant à ces faits. De plus, à supposer que le principe de la courtoisie internationale puisse, en théorie, militer contre l'application de l'al. 725(1)*c*) dans certains cas, le juge chargé de la détermination de la peine n'avait aucune raison de croire qu'il était déterminant en l'espèce. [14-15] [56] [62] [64]

L'appel, et non le *certiorari*, constitue le recours approprié pour contester une décision rendue en application de l'art. 725. [72]

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; **arrêts mentionnés :** *R. c. Garcia*, [1970] 3 C.C.C. 124; *R. c. Robinson* (1979), 49 C.C.C. (2d) 464; *R. c. Howlett* (2002), 163 O.A.C. 48; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *R. c. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433; *R. c. Pearson*, [2001] R.J.Q. 69; *R. c. G.R.*, [2005] 2 R.C.S. 371, 2005 CSC 45; *R. c. Edwards* (2001), 54 O.R. (3d) 737; *R. c. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286; *R. c. B. (O.)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 189; *United States of America c. Fordham* (2005), 196 C.C.C. (3d) 39, 2005 BCCA 197; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53; *Sanders c. La Reine*, [1970] R.C.S. 109; *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366; *R. c. Mallet*, [2000] A.N.-B. nº 197 (QL).

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 467.14, 676(1)*c*), *d*), 718 à 718.2, 724, 725.
*Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22.

### Traités et autres instruments internationaux

*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 nº 3, art. 17 *bis* [aj. R.T. Can. 1991 nº 37, art. VII].

### Doctrine citée

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004, « *res gestae* ».

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [2004] R.J.Q.

21 C.R. (6th) 250, [2004] Q.J. No. 2984 (QL) and [2004] Q.J. No. 2988 (QL), varying a judgment of Bellavance J. (2003), 15 C.R. (6th) 222, [2003] Q.J. No. 8699 (QL), and a judgment of Sansfaçon J.C.Q. Appeal and cross-appeal dismissed.

*Yvan Poulin* and *Michel F. Denis*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Thomas P. Walsh*, for the respondent Jean-Paul Larche/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

1 Offenders are punished in Canada only in respect of crimes for which they have been specifically charged and of which they have been validly convicted.

2 To this general rule, there is only one true exception: In sentencing an offender, the judge may consider any uncharged offences *that form part of the circumstances of the offence.*

3 The trial judge in this case applied s. 725(1)(*c*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, over the objections of Crown counsel, and the decisive question is whether he was entitled to do so. I agree with the courts below that he was.

4 The Court of Appeal found, however, that the trial judge had erred in two respects: First, he considered an uncharged offence over which he lacked territorial jurisdiction, since it had been committed entirely in the United States; second, he imposed concurrent sentences, overlooking the statutory requirement of a consecutive sentence on the second count ([2004] R.J.Q. 1107). I agree with the Court of Appeal on both issues.

1107, 21 C.R. (6th) 250, [2004] J.Q. nº 2984 (QL) et [2004] J.Q. nº 2988 (QL), qui ont modifié une décision du juge Bellavance (2003), 15 C.R. (6th) 222, [2003] J.Q. nº 8699 (QL), et une décision du juge Sansfaçon. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

*Yvan Poulin* et *Michel F. Denis*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

*Thomas P. Walsh*, pour l'intimé Jean-Paul Larche/appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

Au Canada, les délinquants sont punis seulement à l'égard des crimes pour lesquels ils ont été spécifiquement inculpés et pour lesquels ils ont été valablement déclarés coupables.

À cette règle générale, il existe une seule véritable exception : pour déterminer la peine, le juge peut prendre en considération toute infraction pour laquelle aucune accusation n'a été portée et *qui est liée à la perpétration de l'infraction.*

En l'espèce, le juge du procès a appliqué l'al. 725(1)*c*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, malgré les objections de l'avocat du ministère public, et la question déterminante est de savoir s'il était en droit de le faire. Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure qu'il l'était.

La Cour d'appel a toutefois conclu que le juge du procès avait commis deux erreurs : premièrement, il a pris en considération une infraction pour laquelle aucune accusation n'a été portée et qui échappait à sa compétence territoriale puisqu'elle avait été commise entièrement aux États-Unis; deuxièmement, il a infligé des peines concurrentes, ne tenant pas compte de l'exigence de la loi selon laquelle la peine pour le second chef d'accusation doit être consécutive ([2004] R.J.Q. 1107). Je souscris aux conclusions de la Cour d'appel sur ces deux points.

Accordingly, I would dismiss the Crown's appeal against the decision of the Court of Appeal affirming the trial judge's authority to apply s. 725(1)(*c*). And I would dismiss as well Mr. Larche's cross-appeal against the finding of the Court of Appeal that the trial judge lacked jurisdiction to inscribe the third note.

II

The respondent Jean-Paul Larche participated in a criminal operation that exported cannabis from the Eastern Townships of Quebec across the American border and repatriated the proceeds to Canada. For that, Mr. Larche and others were arrested and charged in Canada in June 2002. Less than one month later, they were indicted in the United States in connection with the same operation.

Mr. Larche was indicted in Canada on two counts, the first for having conspired to produce, possess, and traffic in cannabis, and to possess the proceeds; the second for having committed drug-related offences under the direction of a criminal organization or for its profit.

Both counts were drafted as if the underlying criminal enterprise, which was plainly transnational in scope, ended right at the U.S.-Canadian border. The offences were alleged to have been committed:

[TRANSLATION] . . . at Sutton, Sutton Junction, township of Sutton, West Brome, Lac-Brome, Bromont, Cowansville and Saint-Alphonse-de-Granby, in the district of Bedford; at Ange-Gardien, in the district of Saint-Hyacinthe; at Lacolle and Saint-Bernard-de-Lacolle, in the district of Iberville; at Rock Island, in the district of Saint-François; at Longueuil, in the district of Longueuil; and elsewhere in the province of Quebec . . . . [Emphasis added.]

The two counts were framed this way to accommodate an expected extradition request by the American authorities on an indictment charging Mr. Larche for having conspired to distribute marijuana, during essentially the same period, in Vermont "and elsewhere". It appears from the record that the extradition request, more than three years

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public contre l'arrêt de la Cour d'appel, qui a confirmé le pouvoir du juge du procès d'appliquer l'al. 725(1)*c*). Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident de M. Larche contre la conclusion de la Cour d'appel que le juge du procès n'avait pas compétence pour inscrire la troisième note. 5

II

L'intimé Jean-Paul Larche a participé à une opération criminelle qui consistait à exporter de la marijuana des Cantons de l'Est, au Québec, vers les États-Unis et à en rapatrier au Canada le produit de la vente. De ce fait, M. Larche et d'autres personnes ont été arrêtés et inculpés au Canada en juin 2002. Moins d'un mois plus tard, ils ont été mis en accusation aux États-Unis pour la même opération. 6

M. Larche a été accusé au Canada sous deux chefs, le premier pour complot en vue de produire de la marijuana, d'en posséder et d'en faire le trafic, et d'avoir en sa possession les produits de ces actes; le second, pour avoir commis des infractions liées à la drogue au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle. 7

Les deux chefs d'accusation ont été rédigés comme si l'entreprise criminelle sous-jacente, de nature clairement transnationale, s'arrêtait à la frontière canado-américaine. Les infractions auraient été commises : 8

. . . à Sutton, Sutton Junction, Canton de Sutton, West-Brome, Lac Brome, Bromont, Cowansville et St-Alphonse de Granby, dans le district de Bedford, à Ange-Gardien, dans le district de Saint-Hyacinthe, à Lacolle et Saint-Bernard-de-Lacolle, dans le district d'Iberville, à Rock Island, dans le district de Saint-François, à Longueuil, dans le district de Longueuil, et ailleurs dans la province de Québec . . . [Je souligne.]

Les deux chefs d'accusation étaient ainsi formulés en prévision d'une éventuelle demande d'extradition des autorités américaines concernant un acte d'accusation reprochant à M. Larche d'avoir comploté, essentiellement au cours de la même période, en vue de faire le trafic de la marijuana au Vermont « et ailleurs ». Il ressort du dossier que, 9

later, was still bogged down in the United States by translation problems. At the hearing of the appeal, however, we were advised by Crown counsel that an extradition request had been received and that a summons or warrant was imminent.

10 Mr. Larche pleaded guilty to both counts before Sansfaçon J.C.Q. Defence counsel took issue, however, with the manner in which the indictment was framed. In defence counsel's submission, the Crown had artificially fractioned what in truth was a single conspiracy.

11 Crown counsel responded as follows:

[TRANSLATION] One of the criticisms or the view my colleague has of the Crown's position is that a wall was set up and that an attempt was made to dissociate offences committed on one side of the border from those committed on the other. That is not the Crown's position. The Crown's position is as follows: Mr. Larche's role in respect of the set of facts before you today is a dual one. [1st role] Mr. Larche played an important role in laundering proceeds of crime by transporting money belonging to the organization of Marc-André Cusson. . . . Mr. Larche was Mr. Cusson's lieutenant for the collection of money in the United States.

[2nd role] The other role the Crown ascribes to Mr. Larche is that of being present during and co-ordinating the exportation of narcotics. This is the role that will be described in greater detail by Mr. Brousseau, but that is already before you in light of the evidence that Mr. Larche gave routes and directions, was present for unloading operations, and directed the operations. [Emphasis added.]

12 Defence counsel did not dispute these allegations. Seizing upon them instead, he urged the trial judge — over the Crown's objections — to apply s. 725(1)(*c*) of the *Criminal Code* in determining the sentence. The Crown's own submissions on sentence, he argued, established that the prerequisites of that provision were satisfied. Mr. Larche had participated in the Cusson gang's operations both in Canada and in the United States. His

plus de trois ans plus tard, la demande d'extradition était toujours enlisée aux États-Unis en raison de problèmes de traduction. Toutefois, à l'audition du pourvoi, l'avocat du ministère public nous a avisés qu'une demande d'extradition avait été reçue et que la délivrance d'une sommation ou d'un mandat était imminente.

M. Larche a plaidé coupable aux deux chefs d'accusation devant le juge Sansfaçon, de la Cour du Québec. L'avocat de la défense a cependant contesté la formulation de l'acte d'accusation. Il a soutenu que le ministère public avait artificiellement fractionné ce qui constituait en réalité un seul complot.

L'avocat du ministère public a répondu ce qui suit :

Mon collègue, un des reproches ou la façon dont il voit la position de la Couronne c'est qu'on aurait mis un mur et que les infractions commises de part et d'autre de la frontière, on tenterait de les dissocier. Telle n'est pas la position de la Couronne. La position de la Couronne est celle-ci : le rôle de Monsieur Larche relativement à l'ensemble des faits qui sont devant vous aujourd'hui est hybride. [1er rôle] Monsieur Larche a un rôle important en matière de recyclage de produits de la criminalité en faisant le transport des sommes d'argent appartenant à l'organisation de Marc-André Cusson. [. . .] Monsieur Larche se trouve être le lieutenant de Monsieur Cusson en matière de récupération d'argent aux États-Unis.

[2e rôle] L'autre rôle que la Couronne prête à Monsieur Larche, c'est le fait d'être présent et de coordonner les exportations de stupéfiants. C'est le rôle qui va être plus amplement décrit par Monsieur Brousseau, mais qui l'est déjà devant vous selon la preuve faite, que Monsieur donne les routes, les directions, est là au moment du déchargement et dirige les opérations. [Je souligne.]

L'avocat de la défense n'a pas contesté ces allégations. S'y fondant au contraire, il a instamment demandé au juge du procès — malgré les objections du ministère public — d'appliquer l'al. 725(1)*c*) du *Code criminel* pour déterminer la peine. Selon lui, les propres observations du ministère public sur la peine indiquaient que les conditions préalables à l'application de cette disposition étaient remplies. M. Larche avait pris part aux opérations de

participation in these crimes constituted "facts forming part of the circumstances of the offence[s]" for which he was to be sentenced, within the meaning of s. 725(1)(*c*). And, again in the words of s. 725(1)(*c*), these facts "could constitute the basis for a separate charge".

Sansfaçon J.C.Q. agreed and, applying s. 725(2) of the *Criminal Code*, he noted three "facts" — or uncharged offences — on the indictment:

[TRANSLATION]

1. Between December 2001 and July 2002, Jean-Paul Larche participated on 3 (three) occasions in the exportation of marihuana from Quebec to Massachussetts on behalf of the criminal organization headed by Marc-André Cusson.

2. Between December 2001 and July 2002, Jean-Paul Larche on several occasions brought back from the United States money derived from the sale of marihuana, in total between $500,000 and $600,000 in U.S. currency, on behalf of the criminal organization headed by Marc-André Cusson.

3. On May 31, 2002, in the state of Vermont, Jean-Paul Larche had in his possession $110,000 in U.S. currency (Yankee Barn Home incident in New Hampshire) derived from the sale of marihuana on behalf of the criminal organization headed by Marc-André Cusson.

The first two notes describe what might reasonably be characterized as the missing half of the single criminal enterprise that was the true substratum of the indictment. As earlier explained, it had been "carved out" of the offences charged to accommodate an anticipated request for Mr. Larche's extradition to the United States. Both notes relate to facts over which Canadian courts have jurisdiction and I agree with the Court of Appeal that Sansfaçon J.C.Q. was entitled to consider those facts in determining the sentence. He was then required by s. 725(2) to enter them on the indictment, as he in fact did.

l'organisation de M. Cusson tant au Canada qu'aux États-Unis. Sa participation à ces crimes constituait, aux termes de l'al. 725(1)*c*), des « faits liés à la perpétration de[s] infraction[s] » pour lesquelles une peine devait lui être infligée. Toujours selon cette disposition, ce sont des faits « sur lesquels pourrait être fondée une accusation distincte ».

Le juge Sansfaçon était du même avis et, appliquant le par. 725(2) du *Code criminel*, il a noté sur l'acte d'accusation trois « faits » — ou infractions pour lesquelles aucune accusation n'a été portée : 13

1. Entre décembre 2001 et juillet 2002, Jean-Paul Larche a participé à l'exportation de marihuana, du Québec vers le Massachussetts, pour le compte de l'organisation criminelle dirigée par Marc-André Cusson et ce, à 3 (trois) occasions.

2. Entre décembre 2001 et juillet 2002, Jean-Paul Larche a rapporté des États-Unis à plusieurs occasions, des sommes totalisant entre 500 000 $ et 600 000 $ en devises américaines provenant de la vente de marihuana et ce, pour le compte de l'organisation criminelle dirigée par Marc-André Cusson.

3. Le 31 mai 2002, dans l'État du Vermont, Jean-Paul Larche a été en possession d'une somme de 110 000 $ en devises américaines (événement du Yankee Barn Home, au New Hampshire) provenant de la vente de marihuana et ce, pour le compte de l'organisation criminelle dirigée par Marc-André Cusson.

Les deux premières notes décrivent ce qui peut raisonnablement être considéré comme la moitié manquante d'une seule entreprise criminelle constituant le véritable fondement de l'acte d'accusation. Comme je l'ai expliqué précédemment, cette partie a été « isolée » des infractions reprochées, en prévision d'une éventuelle demande d'extradition de M. Larche de la part des États-Unis. Les deux notes concernent des faits relevant de la compétence des tribunaux canadiens et je conviens avec la Cour d'appel que le juge Sansfaçon pouvait prendre ces faits en considération pour déterminer la peine. Conformément au par. 725(2), il devait ensuite les noter sur l'acte d'accusation, ce qu'il a fait. 14

15 Like the Court of Appeal, however, I believe s. 725(1)(*c*) only applies to uncharged offences over which Canadian courts have territorial jurisdiction. The third note, by its plain terms, does not satisfy this requirement. It concerns an event that occurred entirely in Vermont. This alone is sufficient to dismiss Mr. Larche's cross-appeal, which seeks to revive that note.

III

16 Section 725 of the *Criminal Code* reads:

**725.** (1) In determining the sentence, a court

(*a*) shall consider, if it is possible and appropriate to do so, any other offences of which the offender was found guilty by the same court, and shall determine the sentence to be imposed for each of those offences;

(*b*) shall consider, if the Attorney General and the offender consent, any outstanding charges against the offender to which the offender consents to plead guilty and pleads guilty, if the court has jurisdiction to try those charges, and shall determine the sentence to be imposed for each charge unless the court is of the opinion that a separate prosecution for the other offence is necessary in the public interest;

(*b.1*) shall consider any outstanding charges against the offender, unless the court is of the opinion that a separate prosecution for one or more of the other offences is necessary in the public interest, subject to the following conditions:

(i) the Attorney General and the offender consent,

(ii) the court has jurisdiction to try each charge,

(iii) each charge has been described in open court,

(iv) the offender has agreed with the facts asserted in the description of each charge, and

(v) the offender has acknowledged having committed the offence described in each charge; and

(*c*) may consider any facts forming part of the circumstances of the offence that could constitute the basis for a separate charge.

Comme la Cour d'appel, toutefois, j'estime que l'al. 725(1)*c*) s'applique seulement aux infractions pour lesquelles aucune accusation n'a été portée et qui relèvent de la compétence des tribunaux canadiens. La troisième note ne satisfait manifestement pas à cette condition. Elle concerne un événement entièrement survenu au Vermont. Ce seul fait suffit pour rejeter le pourvoi incident de M. Larche, qui cherche à réactiver cette note.

III

L'article 725 du *Code criminel* est ainsi libellé :

**725.** (1) Pour la détermination de la peine, le tribunal :

*a*) est tenu, s'il est possible et opportun de le faire, de prendre en considération toutes les infractions dont le délinquant a été déclaré coupable par le même tribunal et de déterminer la peine à infliger pour chacune;

*b*) est tenu, si le procureur général et le délinquant y consentent, de prendre en considération toutes autres accusations, relevant de sa compétence, portées contre le délinquant à l'égard desquelles celui-ci consent à plaider coupable et plaide coupable et de déterminer la peine à infliger pour chacune, à l'exception de celle qui, à son avis, devrait, pour l'intérêt public, faire l'objet d'une nouvelle poursuite;

*b.1*) est tenu de prendre en considération chacune des autres accusations portées contre le délinquant — à l'exception de celle qui, à son avis, devrait, pour l'intérêt public, faire l'objet d'une nouvelle poursuite — si les conditions suivantes sont remplies :

(i) le procureur général et le délinquant y consentent,

(ii) l'accusation relève de sa compétence,

(iii) la procédure s'est déroulée dans le cadre d'une audience publique,

(iv) le délinquant reconnaît la véracité des faits en cause,

(v) le délinquant reconnaît avoir commis l'infraction en cause;

*c*) peut prendre en considération les faits liés à la perpétration de l'infraction sur lesquels pourrait être fondée une accusation distincte.

(1.1) For the purpose of paragraphs (1)(*b*) and (*b*.1), the Attorney General shall take the public interest into account before consenting.

(2) The court shall, on the information or indictment, note

(*a*) any outstanding charges considered in determining the sentence under paragraph (1)(*b*.1), and

(*b*) any facts considered in determining the sentence under paragraph (1)(*c*),

and no further proceedings may be taken with respect to any offence described in those charges or disclosed by those facts unless the conviction for the offence of which the offender has been found guilty is set aside or quashed on appeal.

(1.1) Pour l'application des alinéas (1)*b*) et *b*.1), le procureur général ne peut donner son consentement qu'après avoir tenu compte de l'intérêt public.

(2) Sont notés sur la dénonciation ou l'acte d'accusation :

*a*) les accusations prises en considération au titre de l'alinéa (1)*b*.1);

*b*) les faits pris en considération au titre de l'alinéa (1)*c*).

Aucune autre poursuite ne peut être prise relativement à une infraction mentionnée dans ces accusations ou fondée sur ces faits, sauf si la déclaration de culpabilité pour laquelle la peine est infligée est écartée ou annulée en appel.

Section 725 was adopted as part of *An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 (Bill C-41), which replaced the whole of Part XXIII (Sentencing) of the *Criminal Code*. It came into force in 1996. 17

L'article 725 a été adopté dans le cadre de la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 (projet de loi C-41), qui a remplacé entièrement la partie XXIII (Détermination de la peine) du *Code criminel*. Il est entré en vigueur en 1996.

The Crown contends that s. 725 is a codification of pre-existing common law principles, particularly those set out in *R. v. Garcia*, [1970] 3 C.C.C. 124 (Ont. C.A.). This is true of s. 725(1)(*a*) and (*b*), and to some extent of para. (*b*.1). But the rest of s. 725 — including s. 725(1)(*c*) and s. 725(2), which concern us here — is new law. 18

Le ministère public allègue que l'art. 725 est la codification de principes de common law existants, plus particulièrement de principes énoncés dans *R. c. Garcia*, [1970] 3 C.C.C. 124 (C.A. Ont.). S'il en est ainsi des al. 725(1)*a*) et *b*) et, dans une certaine mesure, de l'al. *b*.1), le reste de l'art. 725 — y compris l'al. 725(1)*c*) et le par. 725(2), qui nous intéressent en l'espèce — est de droit nouveau.

Under *Garcia*, facts capable of supporting separate charges could be considered in determining the sentence *only if they were covered by other pending charges*. *R. v. Robinson* (1979), 49 C.C.C. (2d) 464 (Ont. C.A.), also cited by the Crown, is to the same effect. Section 725(1)(*b*) and, albeit in a more structured way, para. (*b*.1) thus express in statutory form the practice recognized by *Garcia* and *Robinson*. See *R. v. Howlett* (2002), 163 O.A.C. 48 (C.A.), at para. 13. 19

Selon *Garcia*, les faits pouvant fonder des accusations distinctes pouvaient être pris en considération pour la détermination de la peine *seulement s'ils faisaient l'objet d'autres accusations*. L'arrêt *R. c. Robinson* (1979), 49 C.C.C. (2d) 464 (C.A. Ont.), également cité par le ministère public, va dans le même sens. L'alinéa 725(1)*b*) et, quoique de façon plus structurée, l'al. *b*.1) expriment donc, sous forme de disposition législative, la pratique reconnue par les arrêts *Garcia* et *Robinson*. Voir *R. c. Howlett* (2002), 163 O.A.C. 48 (C.A.), par. 13.

Section 725(1)(*c*), on the other hand, allows the court to take into consideration facts that *could* constitute the basis for a separate charge that *has not* — or at least not yet — been laid. 20

Par contre, l'al. 725(1)*c*) autorise le tribunal à prendre en considération les faits qui *pourraient* constituer le fondement d'une accusation distincte qui *n'a pas* — du moins pas encore — été portée.

21 As Cory and Iacobucci JJ. emphasized in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 39:

> One cannot interpret the words of s. 718.2(*e*) simply by looking to past cases to see if they contain similar statements of principle. The enactment of the new Part XXIII was a watershed, marking the first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law. Each of the provisions of Part XXIII, including s. 718.2(*e*), must be interpreted in its total context, taking into account its surrounding provisions.

22 This cautionary injunction applies here. Section 725(1)(*c*) and s. 725(2) are best understood not by looking to past cases but by considering their plain terms, their evident purpose, and their relationship not only to the rest of s. 725 but also to other provisions of Part XXIII of the *Criminal Code* and to the scheme of the *Criminal Code* as a whole.

23 I mentioned earlier that the decisive question on this appeal is whether s. 725(1)(*c*) can be applied without the Crown's consent, as in this case. To that question, the plain words of s. 725 command an affirmative answer. Parliament has provided that trial judges cannot apply paras. (*b*) and (*b*.1) without the consent of both the Crown and the offender. No such requirement appears in para. (*c*). This could not have been a legislative oversight. Had Parliament intended to require the consent of either the Crown or the accused in order for trial judges to apply s. 725(1)(*c*), it would have said so, as it did in the two immediately preceding paragraphs of the same subsection of the *Code*.

24 This view of the matter is entirely consistent with the purpose of the provision. Read together, s. 725(1)(*c*) and s. 725(2) serve two main purposes.

25 First, s. 725(1)(*c*) dispels any uncertainty whether a sentencing judge can take into account as

Comme l'ont souligné les juges Cory et Iacobucci dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 39 :

> On ne peut interpréter les termes de l'al. 718.2*e*) en consultant simplement les décisions antérieures pour voir si l'on y retrouve des énoncés de principe similaires. L'adoption de la nouvelle partie XXIII a marqué une étape majeure, soit la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l'histoire du droit criminel canadien. Chacune des dispositions de la partie XXIII, y compris l'al. 718.2*e*), doit être interprétée dans son contexte global, compte tenu des dispositions qui l'entourent.

Cette mise en garde s'applique en l'espèce. La meilleure façon de saisir le sens de l'al. 725(1)*c*) et du par. 725(2) est non pas d'examiner la jurisprudence, mais de se rapporter à leur libellé clair et de tenir compte de leur objet évident et de leur relation non seulement avec le reste de l'art. 725, mais également avec les autres dispositions de la partie XXIII du *Code criminel* et avec l'esprit du *Code criminel* dans son ensemble.

J'ai déjà mentionné que la question déterminante dans le présent pourvoi est de savoir si l'al. 725(1)*c*) peut s'appliquer sans le consentement du ministère public, comme c'est le cas en l'espèce. À cette question, le texte même de l'art. 725 appelle une réponse affirmative. Le législateur a prévu que le juge du procès ne peut appliquer les al. *b*) et *b*.1) sans le consentement du ministère public et du délinquant. Une telle exigence n'est pas indiquée à l'al. *c*). Il est impossible qu'il s'agisse d'un oubli de la part du législateur. S'il avait eu l'intention d'exiger l'obtention du consentement du ministère public ou de l'accusé comme condition préalable à l'application de l'al. 725(1)*c*) par le juge du procès, il l'aurait indiqué, comme il l'a fait dans les deux alinéas précédents du même paragraphe du *Code*.

Cette façon d'envisager la question est tout à fait conforme à l'objet de la disposition. Interprétés conjointement, l'al. 725(1)*c*) et le par. 725(2) visent deux objectifs principaux.

Premièrement, l'alinéa 725(1)*c*) dissipe tout doute quant à savoir si le juge chargé de la

aggravating factors other uncharged offences that satisfy its requirements.

Second, s. 725(2) then protects the accused from being punished twice for the same offence: incrementally, as an aggravating circumstance in relation to the offence charged, and then for a second time should a separate charge subsequently be laid in respect of the same facts. This protection is essential, since the usual safeguards would not apply: The accused, if later charged with offences considered by the trial judge under s. 725(1)(*c*), could neither plead *autrefois convict* nor, unless charged with what is found to be "the same delict", invoke the rule against multiple convictions set out in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

I stated at the outset that s. 725(1)(*c*) was the only true exception to the rule that offenders are punished in Canada only in respect of crimes for which they have been specifically charged and of which they have been validly convicted. I do not consider subs. (1)(*b*) and (*b*.1) to be true exceptions to that rule because they both relate to *separately charged offences* for which offenders may be punished only (1) *with their consent* and (2) if they *agree to plead guilty* (para. (*b*)) or, "*agre[e] with the facts asserted*" and "*acknowledg[e] having committed the offence*" (para. (*b*.1)).

As we have seen, s. 725(1)(*c*) permits a court, in determining the sentence, to consider any fact that forms part of the circumstances of the offence even if it could form the basis for a separate charge. These uncharged but proven offences, if they are considered at all, will invariably be treated as "aggravating circumstances" within the meaning of s. 718.2(*a*) and related provisions of the *Criminal Code*. It is true, of course, that not all aggravating circumstances, or factors, are crimes in themselves. The offender's previous convictions, for example, and the vulnerability of the victim due to infirmity or age, are not offences in themselves. But, like

détermination de la peine peut prendre en compte, à titre de facteurs aggravants, d'autres infractions pour lesquelles aucune accusation n'a été portée et qui satisfont aux exigences de l'al. 725(1)*c*).

Deuxièmement, le par. 725(2) empêche l'accusé d'être puni deux fois pour la même infraction : cumulativement, comme circonstance aggravante liée à l'infraction reprochée, puis comme accusation distincte pouvant être subséquemment portée pour les mêmes faits. Cette protection est essentielle puisque les garanties habituelles ne seraient pas applicables : si l'accusé était plus tard inculpé relativement à des infractions prises en considération par le juge du procès en vertu de l'al. 725(1)*c*), il ne pourrait invoquer la défense *autrefois convict* ni la règle interdisant les condamnations multiples dégagée dans *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, à moins d'être accusé du « même délit ». 26

J'ai indiqué dès le départ que l'al. 725(1)*c*) est la seule véritable exception à la règle selon laquelle, au Canada, les délinquants sont punis seulement à l'égard des crimes pour lesquels ils ont été spécifiquement inculpés et pour lesquels ils ont été valablement déclarés coupables. Je ne considère pas les al. 725(1)*b*) et *b*.1) comme de véritables exceptions à la règle parce qu'ils concernent tous deux des *infractions faisant l'objet d'accusations distinctes* pour lesquelles le délinquant peut être puni seulement (1) *avec son consentement* et (2) s'il *consent à plaider coupable* (al. *b*)) ou « *reconnaît la véracité des faits en cause* » et « *reconnaît avoir commis l'infraction en cause* » (al. *b*.1)). 27

Comme nous l'avons vu, l'al. 725(1)*c*) autorise le tribunal, pour la détermination de la peine, à prendre en considération tout fait lié à la perpétration de l'infraction même s'il pourrait constituer le fondement d'une accusation distincte. Ces infractions pour lesquelles aucune accusation n'a été portée mais dont la preuve est établie seront, si elles sont prises en considération, invariablement considérées comme des « circonstances aggravantes » au sens de l'al. 718.2*a*) et des dispositions connexes du *Code criminel*. Certes, les circonstances ou facteurs aggravants ne constituent pas tous en soi des crimes. Par exemple, les condamnations antérieures du 28

uncharged offences that may be considered under s. 725(1)(*c*), they are aggravating as opposed to mitigating circumstances because they warrant *more severe* — not *more lenient* — sentences.

29 This typical effect of s. 725(1)(*c*) is well illustrated by the Crown's position in this case: The Crown urged the trial judge to sentence Mr. Larche to six years' imprisonment, less time served, *if he applied s. 725(1)(c)*, or three to four years' imprisonment *if he did not.*

30 On appeal, the three-year sentence imposed by the trial judge was increased to six years due to the requirement in s. 467.14 of the *Criminal Code* that sentences for crimes committed under the direction or for the benefit of criminal organizations be served consecutively. Consistent with its position that s. 725 should not apply and with its submissions at trial, the Crown recommended in the Court of Appeal a total sentence of three years in all — two years on the first count, and one year, consecutive, on the second. That recommendation was reiterated in this Court.

31 The Crown's position in this regard should not be mistaken for compassion or leniency. It was driven by the Crown's attempt to ensure that Mr. Larche could later be extradited to the United States to face trial there for the corresponding half of his crimes committed in that country. That would expose Mr. Larche, upon conviction, to a mandatory minimum sentence of five years' and a maximum of forty years' imprisonment. The Crown's suggestion that a total sentence of three years be imposed on the Canadian charges, if s. 725(1)(*c*) were not applied, must be understood in that light.

## IV

32 As appears from the plain wording of both provisions, s. 725(1)(*c*) and s. 725(2), read together, are at once discretionary and mandatory. Discretionary,

délinquant et la vulnérabilité de la victime en raison de son infirmité ou de son âge ne sont pas en soi des infractions. Toutefois, tout comme les infractions pour lesquelles aucune accusation n'a été portée mais qui peuvent être prises en compte en vertu de l'al. 725(1)*c*), il s'agit de circonstances aggravantes et non atténuantes parce qu'elles entraînent l'infliction de peines *plus sévères*, et non *plus légères.*

La position du ministère public en l'espèce illustre bien l'effet typique de l'al. 725(1)*c*) : le ministère a demandé au juge du procès de condamner M. Larche à six ans d'emprisonnement, moins le temps déjà purgé, *s'il appliquait l'al. 725(1)c)* ou entre trois et quatre ans d'emprisonnement *s'il ne l'appliquait pas.*

En appel, la peine de trois ans prononcée par le juge du procès a été portée à six ans en raison de l'exigence de l'art. 467.14 du *Code criminel*, selon lequel les peines infligées pour des crimes commis au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle doivent être purgées consécutivement. Conformément à sa thèse sur l'inopportunité d'appliquer l'art. 725 et ses observations présentées au procès, le ministère public a recommandé à la Cour d'appel d'infliger une peine totale de trois ans — deux ans pour le premier chef et un an, consécutif, pour le deuxième. Cette recommandation a été reprise devant la Cour.

En présentant cette thèse, le ministère public ne faisait pas preuve de compassion ou de clémence. Il voulait simplement veiller à ce que M. Larche puisse ensuite être extradé aux États-Unis pour y subir son procès relativement à l'autre moitié des crimes commis dans ce pays. Si M. Larche y est déclaré coupable, il est passible d'une peine de prison minimale de cinq ans et maximale de quarante ans. C'est sous cet angle qu'il faut considérer la recommandation du ministère public qu'une peine totale de trois ans soit imposée pour les accusations canadiennes dans la mesure où l'al. 725(1)*c*) ne serait pas appliqué.

## IV

Il ressort de leur libellé clair que l'al. 725(1)*c*) et le par. 725(2), interprétés conjointement, sont à la fois discrétionnaires et impératifs. Discrétionnaire,

because courts *may* — not *must* — consider the facts that could support other charges; mandatory, because if they do, they *must* — not *may* — note on the record that they have done so.

In my view, the discretion afforded judges by s. 725(1)(*c*) is not trumped by s. 718.2, which enumerates principles of sentencing that courts "shall . . . take into consideration". One of these principles, set out in s. 718.2(*a*), is that "a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances". Though framed in mandatory terms — "shall" and "should" — s. 718.2 must be read in its entire context and in its grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50.

I turn first to the context of s. 718.2. It is part of a detailed, intricate and comprehensive sentencing scheme introduced by Parliament, as I have already mentioned, in 1995. The "Fundamental purpose of sentencing" and its objectives are set out in s. 718. Under the heading "Fundamental principle", s. 718.1 then provides that "[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender." In this context and under the heading "Other sentencing principles", s. 718.2 then states:

> **718.2** A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:
>
> (*a*) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing, . . .

Taking this principle into consideration does not require the court to apply it without regard to the other principles of sentencing set out in the *Code* or in binding decisions of the courts. Nor does it override s. 725.

parce que le tribunal *peut* — et non *doit* — prendre en considération les faits qui pourraient fonder d'autres accusations; impératif, parce que si le tribunal choisit d'en tenir compte, il *doit* — et non *peut* — noter qu'il l'a fait.

33 À mon avis, le pouvoir discrétionnaire que confère aux juges l'al. 725(1)*c*) n'est pas limité par l'art. 718.2, qui énumère les principes de détermination de la peine que les tribunaux doivent prendre en compte. Selon l'un de ces principes, énoncé à l'al. 718.2*a*), « la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes ». Bien que libellé en termes impératifs — « Le tribunal détermine » et « devrait » —, l'art. 718.2 doit être lu dans son 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 : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50.

34 Voyons d'abord le contexte de l'art. 718.2. Cette disposition fait partie d'un régime de détermination des peines détaillé, complexe et exhaustif adopté, comme je l'ai déjà mentionné, par le législateur en 1995. L'« objectif essentiel » et les principes du prononcé des peines sont établis à l'art. 718. Sous la rubrique « Principe fondamental », l'art. 718.1 prévoit que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. » Dans ce contexte, sous la rubrique « Principes de détermination de la peine », l'art. 718.2 dispose :

> **718.2** Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :
>
> *a*) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant . . .

35 Pour prendre en considération ce principe, le tribunal n'a pas à l'appliquer sans égard pour les autres principes de détermination de la peine prévus par le *Code* ou établis par des décisions judiciaires contraignantes. Ce principe ne prévaut pas non plus sur l'art. 725.

V

36 It was argued before us that there is an implicit requirement of consent of either the accused, or the Crown — or both — before s. 725(1)(*c*) can apply.

37 The Crown submits that it would be [TRANSLATION] "absurd" and would violate prosecutorial discretion to hold that s. 725(1)(*c*) allows the accused to [TRANSLATION] "unilaterally" avoid extradition or escape a more severe sentence resulting from the Crown's decision to segment charges. It follows, says the Crown, that s. 725(1)(*c*) cannot be applied without the Crown's consent.

38 This submission fails because s. 725(1)(*c*) is not subject to "unilateral" application by *either* of the parties. Its application remains at all times subject to the sentencing judge's discretion.

39 It is true that prosecutorial discretion in the laying of charges will not lightly be interfered with by the courts. But proceedings cannot be delayed abusively to increase punishment: *R. v. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433 (B.C.C.A.), particularly at p. 437. Nor can offences be artificially fractioned in the pursuit of a like objective.

40 In the present case, the Court of Appeal held that s. 725(1)(*c*) can only be applied with the consent of the accused. Applying its previous decision in *R. v. Pearson*, [2001] R.J.Q. 69, the court stated:

> [TRANSLATION] If s. 725(1)(*c*) can be applied only with the consent of the accused, it must therefore be because this provision permits the court to consider facts *extrinsic* to the offence to which *the accused has pleaded guilty*. Given the right of every accused person to be presumed innocent, it cannot be that the provision permits the court to consider facts not strictly within the framework of the offence for which the accused is to be punished unless the accused has been tried for [the other] offence. [Emphasis in original; para. 25.]

V

On a soutenu devant la Cour que l'application de l'al. 725(1)*c*) requiert, comme condition préalable implicite, le consentement de l'accusé ou du ministère public — ou des deux.

Le ministère public fait valoir qu'il serait « absurde » et contraire au pouvoir discrétionnaire de la poursuite de conclure que l'al. 725(1)*c*) permet à l'accusé d'éviter « unilatéralement » l'extradition ou d'échapper à une peine plus sévère par suite de la décision du ministère public de fractionner les accusations. Il s'ensuit, allègue le ministère public, que l'al. 725(1)*c*) ne peut s'appliquer sans son consentement.

Cet argument ne peut être retenu parce que l'application de l'al. 725(1)*c*) n'est subordonnée au consentement « unilatéral » d'*aucune* des parties. Son application demeure en tout temps soumise au pouvoir discrétionnaire du juge qui détermine la peine.

Il est vrai que les tribunaux ne doivent pas intervenir à la légère dans le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Mais on ne doit pas retarder abusivement les procédures pour aggraver la peine : *R. c. Parisien* (1971), 3 C.C.C. (2d) 433 (C.A.C.-B.), particulièrement à la p. 437. Il ne faut pas non plus fractionner artificiellement les infractions pour atteindre un objectif similaire.

En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que l'al. 725(1)*c*) ne peut être appliqué qu'avec le consentement de l'accusé. Se fondant sur sa décision antérieure dans *R. c. Pearson*, [2001] R.J.Q. 69, elle a affirmé :

> Si l'application de l'article 725(1)*c*) nécessite le consentement de l'accusé, c'est donc nécessairement parce qu'il permet de prendre en considération des faits *extrinsèques* à la perpétration de l'infraction pour laquelle *il a plaidé coupable*. Effectivement, il ne saurait être question, considérant le droit de tout accusé à la présomption d'innocence, de prendre en compte des faits dépassant le strict cadre de l'infraction pour laquelle l'accusé doit être puni sans que ce dernier ait été jugé pour cette infraction. [En italique dans l'original; par. 25.]

This position flows from a legitimate concern that an accused's conviction or plea of guilt on one charge could be hijacked for the purpose of punishing that accused for unanticipated accusations of wrongdoing. An indictment must be sufficiently precise factually for the accused to grasp the reproached circumstances or "transaction", and sufficiently precise legally to permit the accused to know which charge he or she must answer among the various charges that might characterize the act: *R. v. G.R.*, [2005] 2 S.C.R. 371, 2005 SCC 45.

However, with respect for the contrary view, this concern does not justify reading in the requirement of the accused's consent where the legislator has declined to provide for it. On the contrary, in s. 724(3)(*e*), the legislator has specifically provided a procedure for considering aggravating facts over the accused's objection.

Section 724(3)(*e*) provides that "[w]here there is a dispute with respect to any fact that is relevant to the determination of a sentence, . . . the prosecutor must establish, by proof beyond a reasonable doubt, the existence of any aggravating fact". As I have already said, the facts relevant to the determination of a sentence in accordance with s. 725(1)(*c*) would normally be aggravating facts. A dispute arises when the accused refuses to recognize the veracity of such facts, or, to put it another way, does not consent to the application of s. 725(1)(*c*). This procedure appears to me to contemplate the application of s. 725(1)(*c*) without the accused's consent.

The requirement in s. 724 of proof beyond a reasonable doubt is imperative in light of the presumption of innocence, which applies to *all* alleged offences. The finality of s. 725(1)(*c*) is to increase punishment on the basis of an uncharged offence. Where the offender disputes his guilt of that offence, the presumption of innocence applies.

In addition to the requirement of proof beyond a reasonable doubt, the legislator has provided

41 Cette position découle de la crainte légitime qu'on se serve de la condamnation ou du plaidoyer de culpabilité de l'accusé pour le punir pour des actes répréhensibles non envisagés. L'acte d'accusation doit être suffisamment précis quant aux faits pour que l'accusé comprenne les circonstances ou l'« affaire » reprochées, et suffisamment précis quant au droit pour le renseigner sur l'accusation qu'il doit repousser parmi toutes celles susceptibles de caractériser l'acte : *R. c. G.R.*, [2005] 2 R.C.S. 371, 2005 CSC 45.

42 Toutefois, en toute déférence pour l'opinion contraire, cette crainte ne permet pas de donner à la disposition une interprétation large en considérant qu'elle comporte l'exigence du consentement de l'accusé là où le législateur a choisi de ne pas énoncer une telle exigence. Au contraire, le législateur a spécifiquement prévu, à l'al. 724(3)*e*), une procédure permettant de prendre en considération des faits aggravants malgré l'opposition de l'accusé.

43 L'alinéa 724(3)*e*) prévoit que « lorsqu'un fait pertinent est contesté [. . .] le poursuivant est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable tout fait aggravant ou toute condamnation antérieure du délinquant ». Comme je l'ai mentionné, les faits pertinents pour la détermination de la peine selon l'al. 725(1)*c*) sont habituellement des faits aggravants. Il y a litige lorsque l'accusé refuse de reconnaître la véracité de ces faits ou, en d'autres termes, lorsqu'il ne consent pas à l'application de l'al. 725(1)*c*). Cette procédure permet, à mon avis, d'envisager l'application de l'al. 725(1)*c*) sans le consentement de l'accusé.

44 L'exigence de la preuve hors de tout doute raisonnable à l'art. 724 est impérative compte tenu de la présomption d'innocence, qui s'applique à *toutes* les infractions présumées. L'objectif de l'al. 725(1)*c*) est d'infliger une peine plus sévère en se fondant sur une infraction pour laquelle aucune accusation n'a été portée. Lorsque le délinquant nie sa culpabilité à l'égard de cette infraction, la présomption d'innocence s'applique.

45 Outre l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable, le législateur a prévu deux autres

two other safeguards in s. 725(1)(*c*). Applied with vigour, these three safeguards are together adequate to address the important concerns expressed by the Quebec Court of Appeal in *Pearson* and again in the present case.

46 First, as Rosenberg J.A. observed in *R. v. Edwards* (2001), 54 O.R. (3d) 737 (C.A.), "the occasions on which [s. 725(1)(*c*)] may be invoked are carefully circumscribed by the requirement that the facts form part of the circumstances of the predicate offence" (para. 35). Unrelated offences, which the offender would not expect to be confronted with, are excluded. Second, judges can be relied on, in the exercise of their discretion under s. 725(1)(*c*), to decline to consider uncharged offences if this would result in unfairness to the accused — or for that matter, to the Crown, for example in taking the Crown by surprise so as to foreclose prematurely the laying of additional charges.

47 Section 725(1)(*c*) has three components, which may be broken down this way: "In determining the sentence, a court . . . [1] may consider any facts [2] forming part of the circumstances of the offence [3] that could constitute the basis for a separate charge." The use of the word "may" signifies that the provision is discretionary, as I have already mentioned. The requirements of "forming part of the circumstances of the offence" and the necessity that these facts be capable of constituting "the basis for a separate charge" are two necessary preconditions for the exercise of that discretion.

48 I begin by considering the requirement that the facts form part of the circumstances of the offence. Parliament has made plain the need to establish a nexus or "connexity" between the uncharged criminal conduct and the offence for which the offender has been convicted.

49 Care must also be taken, in applying s. 725 over the accused's objection, to ensure that the sentencing hearing is not transformed into a "trial within a

garanties à l'al. 725(1)*c*). La conjugaison de ces trois garanties, appliquées avec vigueur, est suffisante pour dissiper les préoccupations importantes exprimées par la Cour d'appel du Québec dans *Pearson* et, de nouveau, dans le présent pourvoi.

Premièrement, comme l'a indiqué le juge Rosenberg dans *R. c. Edwards* (2001), 54 O.R. (3d) 737 (C.A.), [TRADUCTION] « les occasions où [l'al. 725(1)*c*)] peut être invoqué sont soigneusement circonscrites par l'exigence que les faits soient liés à la perpétration de l'infraction sous-jacente » (par. 35). Les infractions non connexes, auxquelles le délinquant ne s'attendrait pas à être confronté, sont exclues. Deuxièmement, on peut faire confiance aux juges pour refuser, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que leur confère l'al. 725(1)*c*), de prendre en considération des infractions n'ayant pas fait l'objet d'une inculpation, s'il en résultait une injustice pour l'accusé — ou d'ailleurs pour le ministère public, par exemple en le prenant par surprise, l'empêchant ainsi prématurément de porter des accusations additionnelles.

L'alinéa 725(1)*c*) comporte trois éléments qu'on peut ainsi décomposer : « Pour la détermination de la peine, le tribunal : [. . .] [1] peut prendre en considération les faits [2] liés à la perpétration de l'infraction [3] sur lesquels pourrait être fondée une accusation distincte. » Je le répète : l'emploi du verbe « peut » signifie que l'application de la disposition est discrétionnaire. L'exigence que les faits soient « liés à la perpétration de l'infraction » et qu'ils puissent « fond[er] une accusation distincte » constitue une double condition préalable à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Je vais d'abord analyser l'exigence que les faits soient liés à la perpétration de l'infraction. Le législateur a clairement indiqué la nécessité d'établir un lien ou une connexité entre la conduite criminelle pour laquelle aucune accusation n'a été portée et l'infraction dont le délinquant a été déclaré coupable.

Il faut également, en appliquant l'art. 725 malgré l'opposition de l'accusé, veiller à ce que l'audience de détermination de la peine ne devienne pas un

trial". This is relevant to a court's exercise of discretion, once the threshold requirements of s. 725(1)(*c*) have been met, especially given the need for the accused to anticipate the extent of their jeopardy and the right to jury trial for certain offences. But the need to avoid a series of "spin-off" trials at the sentencing stage is, at best, of marginal value in determining whether an uncharged offence forms part of the circumstances of the offence for which the accused must be sentenced.

« procès à l'intérieur d'un procès ». Cette observation est pertinente dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal, lorsque les conditions préalables à l'application de l'al. 725(1)*c*) ont été remplies, surtout à cause de la nécessité pour l'accusé de connaître l'étendue du risque auquel il est exposé et de son droit à un procès avec jury pour certaines infractions. Toutefois, la nécessité d'éviter une série de procès dérivés à l'étape de la détermination de la peine revêt tout au plus une importance secondaire quand il s'agit de déterminer si une infraction pour laquelle aucune accusation n'a été portée est liée à la perpétration de l'infraction à l'égard de laquelle il faut infliger une peine.

In my view, whether facts form part of the circumstances of the offence must ultimately be resolved on a case-by-case basis. Broadly speaking, however, there do appear to me to be two general categories of cases where a sufficient connection may be said to exist. These two categories, as we shall see, are not hermetic or mutually exclusive, and will often overlap. 50

À mon avis, la question de savoir si des faits sont liés à la perpétration de l'infraction doit ultimement être déterminée au cas par cas. Toutefois, de façon générale, les cas où il est possible d'établir un lien suffisant me paraissent constituer deux grandes catégories. Comme je l'expliquerai, ces deux catégories ne sont pas étanches, ni mutuellement exclusives, et elles se chevauchent souvent.

The first would be connexity either in time or place, or both. This flows from the ideal animating s. 725(1)(*c*): In principle, a single transaction should be subject to a single determination of guilt and a single sentence that takes into account all of the circumstances. In its application, this principle is subject, of course, to the constraints fixed by Parliament in the governing provisions of the *Criminal Code*, including, notably, s. 725. 51

La première catégorie concerne la connexité dans le temps, le lieu ou les deux. Elle découle de l'idéal visé par l'al. 725(1)*c*) : en principe, une seule opération fait l'objet d'une seule déclaration de culpabilité et d'une seule peine qui tient compte de toutes les circonstances. Dans son application, ce principe est naturellement subordonné aux contraintes établies par le législateur dans les dispositions habilitantes du *Code criminel*, notamment l'art. 725.

In *Edwards*, Rosenberg J.A. refers to the concept of *res gestae* as applied in *R. v. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193 (B.C.C.A.). The notion of *res gestae* — or "things done" (*Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), at p. 1335) — relates to a close spatial and temporal connection, and may therefore be helpful in this context. 52

Dans *Edwards*, le juge Rosenberg fait référence au concept de *res gestae* appliqué dans *R. c. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193 (C.A.C.-B.). La notion de *res gestae* — ou « les choses faites » (H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3e éd. 2004), p. 503-504) — renvoie à un lien spatial et temporel étroit et peut donc être utile dans le présent contexte.

In *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, this Court considered whether culpable homicide perpetrated "while committing" an indecent assault had to be "exactly coincidental" with the underlying assault, or merely form part of the same sequence of events 53

Dans *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, la Cour a examiné la question de savoir si l'homicide coupable « concomitant » d'un attentat à la pudeur devait « coïncide[r] exactement » avec l'attentat sous-jacent ou simplement faire partie de la même

or transaction. Wilson J., for a unanimous court, adopted the transactional definition (see pp. 632 and 634).

54 Both *res gestae* and the phrase "while committing" are narrower than the expression "facts forming part of the circumstances of the offence" employed in s. 725(1)(*c*). The "circumstances" of an offence are more than the immediate transaction in the course of which it transpires. Thus, in addition to encompassing the facts of a single transaction, s. 725(1)(*c*) also applies, in my view, to the broader category of related facts that inform the court about the "circumstances" of the offence more generally.

55 "Facts" (or uncharged offences) of this sort that have occurred in various locations or at different times cannot properly be said to form part of the transaction covered by the charge for which the offender is to be sentenced. Recourse to s. 725(1)(*c*) may nevertheless be had where the facts in question bear so close a connection to the offence charged that they form part of the circumstances surrounding its commission. In determining whether they satisfy this requirement of connexity, the court should give appropriate weight to their proximity in time and to their probative worth as evidence of system or of an unbroken pattern of criminal conduct.

56 In this case, Sansfaçon J.C.Q. made plain in his reasons that it was of the very essence of the enterprise that cannabis would be exported and sold in the United States and that the proceeds would be repatriated to Canada. From the perspective of both object and *modus operandi*, this enterprise did not stop at the border. Its constituent elements were seamlessly connected and, considered globally, the offences charged were in fact committed partly north and partly south of the border. Accordingly, I am satisfied that the facts set out in all three notes "form[ed] part of the circumstances of the offence" and therefore met the requirement of connexity.

57 The second requirement of s. 725(1)(*c*) is that the facts "could constitute the basis for a separate

chaîne d'événements ou de la même affaire. La juge Wilson a adopté, au nom de la cour à l'unanimité, la notion de « seule et même affaire » (voir p. 632 et 634).

La notion de *res gestae* et le terme « concomitant » renvoient tous deux à une interprétation plus étroite que l'expression « faits liés à la perpétration de l'infraction » employée à l'al. 725(1)*c*). Les faits « liés » à la perpétration d'une infraction représentent plus que l'opération directe qui y a donné lieu. Ainsi, en plus de viser les faits d'une seule opération, l'al. 725(1)*c*) s'applique également, à mon avis, à la catégorie plus large des faits connexes qui renseignent le tribunal de façon plus générale sur les circonstances de l'infraction.

On ne peut à bon droit déclarer que les « faits » (ou infractions pour lesquelles aucune accusation n'a été portée) de ce genre survenus à des endroits ou des moments différents font partie de l'opération visée par l'accusation pour laquelle le contrevenant doit être condamné. Le tribunal pourrait cependant avoir recours à l'al. 725(1)*c*) si les faits en question ont un lien tellement étroit avec l'infraction reprochée qu'ils font partie des circonstances de sa perpétration. Pour déterminer s'ils satisfont à l'exigence de connexité, le tribunal doit accorder l'importance qu'il faut à leur proximité dans le temps et à leur valeur probante en tant que preuve du système ou d'un constant comportement criminel.

En l'espèce, le juge Sansfaçon a clairement indiqué dans ses motifs que l'exportation et la vente de marijuana aux États-Unis ainsi que le rapatriement au Canada du produit de la vente constituaient l'essence même de l'entreprise. De par son objet et son *modus operandi*, cette entreprise ne s'arrêtait pas à la frontière. Ses éléments constitutifs sont inextricablement interreliés et, dans l'ensemble, les infractions reprochées avaient en fait été perpétrées en partie au nord et en partie au sud de la frontière. Je suis donc convaincu que les faits mentionnés dans les trois notes étaient « liés à la perpétration de l'infraction » et qu'ils satisfont par conséquent à l'exigence de connexité.

La seconde condition de l'al. 725(1)*c*) est qu'il doit s'agir de faits sur lesquels « pourrait être fondée

charge". The question is whether that means a separate charge *in Canada*. I believe that it does. To hold otherwise would permit Canadian courts, through the indirect mechanism of s. 725, to punish for crimes *entirely* committed abroad and thus to arrogate unto themselves an extraterritorial jurisdiction not vested in them by Parliament.

une accusation distincte ». La question est de savoir si cela signifie une accusation distincte *au Canada*. Je réponds par l'affirmative. Conclure autrement équivaudrait à autoriser les tribunaux canadiens à infliger, par le mécanisme indirect de l'art. 725, des peines pour des crimes *entièrement* commis à l'étranger et à s'arroger une compétence extraterritoriale que le législateur ne leur a pas conférée.

This jurisdictional requirement is particularly relevant to the third note entered by the trial judge. It relates to an uncharged offence that was committed entirely in the United States and, in particular, to an incident that occurred in Vermont on May 31, 2002. Acting on information provided by the RCMP, the American Drug Enforcement Administration ("DEA") began on that day to follow Mr. Larche as he headed towards the Canadian border with US$110,000 in cash. Mr. Larche sensed that he was under police surveillance. In the apparent hope of later recuperating the money, he deposited it precipitously as a down payment on a "Yankee Barn" home. The DEA, however, was by then not far behind — and "beat him to the draw".

58 Cette condition sur le plan de la compétence est particulièrement pertinente quant à la troisième note inscrite par le juge du procès. Celle-ci concerne une infraction pour laquelle aucune accusation n'a été portée et qui a été entièrement commise aux États-Unis, en particulier, un incident survenu le 31 mai 2002 dans le Vermont. Agissant sur la foi de renseignements fournis par la GRC, la Drug Enforcement Administration (« DEA ») a commencé ce jour-là à suivre M. Larche alors qu'il se dirigeait vers la frontière canadienne avec sur lui 110 000 $US en espèces. Il se sentait surveillé par la police. Espérant apparemment récupérer plus tard l'argent, il l'a déposé précipitamment à titre de versement initial pour l'achat d'une maison « Yankee Barn ». Les agents de la DEA n'étaient alors pas loin derrière — et l'ont battu de vitesse.

The test for territorial jurisdiction according to *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, is a "real and substantial connection" to Canada (*United States of America v. Lépine*, [1994] 1 S.C.R. 286). Facts that form "part of the circumstances of the offence" may *often* — but will not *always* — have a real and substantial connection to Canada. The two phrases are neither synonymous nor coextensive, though the inquiries they mandate may sometimes overlap. Thus, my earlier conclusion that the third note forms part of the circumstances of the offence does not necessarily mean that it also has the required "real and substantial connection" to Canada.

59 Selon l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, le critère de la compétence territoriale est fondé sur le « lien réel et important » avec le Canada (*États-Unis d'Amérique c. Lépine*, [1994] 1 R.C.S. 286). Les faits « liés à la perpétration de l'infraction » ont *souvent* — mais pas *toujours* — un lien réel et important avec le Canada. Les membres de phrase ne sont ni synonymes ni de même portée, même si les enquêtes qu'ils commandent peuvent parfois se chevaucher. Ainsi, ma conclusion antérieure que la troisième note concerne des faits liés à la perpétration de l'infraction ne signifie pas pour autant que celle-ci répond également au critère du « lien réel et important » avec le Canada.

A real and substantial connection has been found to be absent in more compelling cases than this one. For example, in *R. v. B. (O.)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 189 (Ont. C.A.), a Canadian trucker sexually assaulted his 13-year-old Canadian granddaughter in his Canadian registered vehicle

60 Ce lien a été jugé inexistant dans des affaires plus convaincantes que le présent pourvoi. Par exemple, dans *R. c. B. (O.)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 189 (C.A. Ont.), un camionneur canadien avait agressé sexuellement sa petite-fille canadienne de 13 ans dans son véhicule enregistré au Canada alors qu'il

while travelling through the U.S. en route back to Canada. It was held that Canadian courts did not have jurisdiction.

61 While on the day of the "Yankee Barn" home incident Mr. Larche intended to operate in the same fashion as usual, fate intervened and he never made it back to Canada with the money. The event took place entirely in the United States. I agree with the Court of Appeal that Canadian courts therefore have no jurisdiction over it, and I would dismiss the cross-appeal formed by Mr. Larche in that regard.

62 On the facts of this case, considering the criminal enterprise as a whole, a real and substantial connection to Canada *did* exist, however, for the facts contained in the first two notes. These facts are analogous to the foreign component of a transnational fraud headquartered in Canada, over which Canadian courts have jurisdiction according to *Libman*.

VI

63 Since the first two notes of Sansfaçon J.C.Q. meet both of the prerequisites of s. 725(1)(*c*), the only remaining question is whether in the exercise of its discretion the sentencing court should nevertheless have declined to take them into consideration. Specifically, what is the relevance of international comity to the exercise of the discretion conferred by s. 725(1)(*c*)?

64 Assuming that international comity can, as a theoretical matter, militate against the application of s. 725(1)(*c*) in appropriate cases, there was no reason for Sansfaçon J.C.Q. to consider it decisive in this case. Despite a January 2003 letter indicating that the United States "intends to seek the extradition of Defendant Larche in the very near future" (A.R., at p. 361 (emphasis added)), there was no request for extradition at the time of sentencing, nor had any been acted on by the time this matter had passed through the Court of Appeal on its way to this Court.

voyageait aux États-Unis en direction du Canada. Il a été conclu que les tribunaux canadiens n'avaient pas compétence.

Bien que M. Larche ait eu l'intention d'opérer de la façon habituelle le jour de l'incident de la maison « Yankee Barn », le destin est intervenu et il n'est pas revenu au Canada avec l'argent. L'incident s'est entièrement produit aux États-Unis. Je conviens avec la Cour d'appel que les tribunaux canadiens n'ont donc pas compétence sur cet incident et je rejetterais le pourvoi incident formé par M. Larche à cet égard.

Pour ce qui est de la présente espèce, si l'on considère l'entreprise criminelle dans son ensemble, on s'aperçoit qu'il *existait* bel et bien un lien réel et important avec le Canada quant aux faits relatés dans les deux premières notes. Ceux-ci s'apparentent à l'élément d'extranéité d'une fraude transnationale prenant source au Canada, pour laquelle les tribunaux canadiens ont compétence selon l'arrêt *Libman*.

VI

Comme les deux premières notes du juge Sansfaçon satisfont aux conditions préalables à l'application de l'al. 725(1)*c*), il ne reste plus qu'à déterminer si, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal chargé de déterminer la peine aurait néanmoins dû refuser de les prendre en considération. Plus précisément, dans quelle mesure le principe de la courtoisie internationale s'applique-t-il à l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'al. 725(1)*c*)?

À supposer que le principe de la courtoisie internationale puisse, en théorie, militer contre l'application de l'al. 725(1)*c*) dans certains cas, le juge Sansfaçon n'avait aucune raison de croire qu'il était déterminant en l'espèce. Malgré la lettre de janvier 2003 indiquant que les États-Unis [TRADUCTION] « ont l'intention de demander l'extradition du défendeur Larche dans un avenir très proche » (d.a., p. 361 (je souligne)), aucune demande d'extradition n'avait été présentée au moment de la détermination de la peine ou exécutée entre l'instance en cour d'appel et le moment où la Cour a été saisie de l'affaire.

To have refused to apply s. 725(1)(*c*) in a case where no request for extradition was forthcoming would be to have deprived Canadian law of its intended effect on a basis that might never materialize.

Moreover, it is not obvious to me how the principle of international comity would apply under s. 725(1)(*c*), even where a request for extradition has been made.

If there is competing jurisdiction between Canada and the United States, as it would appear there was in this case, the applicable law is Article 17 *bis* of our bilateral extradition treaty (*Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3 (am. Can. T.S. 1991 No. 3, Art. VII)). The principle embodied there is a *choice* of jurisdiction rather than a *sharing* of jurisdiction. This choice is made at the executive level, and the appropriate time for comity to be given effect is *before* either jurisdiction presses charges. The comity principle will at that stage favour an agreement as to where the offender ought to be prosecuted for a single transnational offence.

The choice of forum envisaged by the treaty has already been made once either jurisdiction has in fact charged and convicted the accused. Punishing the offender for all aspects of the transaction over which the sentencing court has jurisdiction well serves the treaty end that one signatory — not both — should try and punish an accused. The United States apparently has a provision similar to s. 725(1)(*c*), and Canadian courts have not objected to its application in a way that prevents us from punishing the prisoner afresh in Canada: see *United States of America v. Fordham* (2005), 196 C.C.C. (3d) 39, 2005 BCCA 197.

## VII

The Crown has asked for guidance on the best procedural avenue for contesting a decision under s. 725. As this Court recently reaffirmed in *R. v.*

Refuser d'appliquer l'al. 725(1)*c*) dans une affaire où aucune demande d'extradition n'était en cours aurait eu pour conséquence de priver le droit canadien de l'effet recherché en raison d'un événement qui pouvait ne jamais se produire. 65

En outre, je ne vois pas clairement comment le principe de la courtoisie internationale pourrait s'appliquer en vertu de l'al. 725(1)*c*), même si une demande d'extradition a été présentée. 66

Dans la mesure où il y a compétence concurrente entre le Canada et les États-Unis, comme il semble que ce soit le cas en l'espèce, le droit applicable est l'article 17 *bis* de notre traité d'extradition bilatéral (*Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 nº 3 (mod. R.T. Can. 1991 nº 3, art. VII)). Le principe qui y est consacré est celui du *choix* du ressort et non celui du *partage* de la compétence. Ce choix s'effectue au niveau exécutif du gouvernement et le moment approprié pour donner effet à la courtoisie doit *précéder* le dépôt d'accusations par l'un ou l'autre ressort. À cette étape, le principe de la courtoisie favorise l'intervention d'une entente quant à l'endroit où le délinquant devrait être poursuivi pour une seule infraction transnationale. 67

L'élection du for envisagée par le traité est faite dès lors que l'un des ressorts a porté des accusations et déclaré l'accusé coupable. Punir le délinquant pour tous les aspects de l'opération relevant de la compétence du tribunal déterminant la peine sert bien l'objectif du traité, à savoir qu'une seule partie signataire — et non les deux — doit juger et punir l'accusé. Les États-Unis ont apparemment une disposition législative analogue à l'al. 725(1)*c*) et les tribunaux canadiens ne se sont pas opposés à son application d'une manière nous empêchant d'infliger au Canada une nouvelle punition au prisonnier : voir *United States of America c. Fordham* (2005), 196 C.C.C. (3d) 39, 2005 BCCA 197. 68

## VII

Le ministère public a demandé conseil quant à la meilleure procédure à suivre pour contester une décision rendue en application de l'art. 725. Comme 69

*Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, *certiorari* is reserved for cases where there is an excess of statutory jurisdiction or a denial of natural justice, which is tantamount to an excess of jurisdiction.

70 It seems clear in light of this Court's decision *Sanders v. The Queen*, [1970] S.C.R. 109, that an appeal is the appropriate procedural vehicle whenever an appeal lies. The same is true for the Crown. A key factor in *Dubois v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 366, where the Court held that the Crown *could* seek *certiorari*, was the absence of a right of appeal (even though the Crown had other remedies such as direct indictment or recharging open to it). Similarly, it has been held that *certiorari* is not available to the Crown to quash an order staying proceedings since s. 676(1)(*c*) provides a full right of appeal from such an order: *R. v. Mallet*, [2000] N.B.J. No. 197 (QL) (C.A.).

71 Where the Crown wishes to attack the sentence imposed by the trial judge, as in this case, s. 676(1)(*d*) of the *Criminal Code* grants the Crown a statutory right of appeal with leave of the Court of Appeal. Indeed, the Crown formed such an appeal in parallel to its application for *certiorari*.

72 An appeal, not *certiorari*, was therefore the appropriate remedy in this case.

VIII

73 For all these reasons, I would, as mentioned at the outset, dismiss both the Crown's appeal and Mr. Larche's cross-appeal. Notes 1 and 2 entered by the trial judge should thus be left intact, while note 3 should be set aside, as ordered by the Court of Appeal.

*Appeal and cross-appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Canada, Montréal.*

la Cour l'a confirmé récemment dans *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, le *certiorari* s'applique seulement dans les cas où le tribunal a outrepassé la compétence que lui confère la loi ou lorsqu'il a violé les principes de justice naturelle, ce qui équivaut à un abus de compétence.

Il ressort clairement de *Sanders c. La Reine*, [1970] R.C.S. 109, que l'appel est le bon véhicule procédural à utiliser lorsqu'il est possible d'interjeter appel. Il en va de même pour le ministère public. Un des facteurs clés dans *Dubois c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 366, où la Cour a décidé que le ministère public *pouvait* avoir recours au *certiorari*, est l'absence du droit d'appel (même si le ministère public disposait d'autres recours comme la mise en accusation directe ou le dépôt d'une nouvelle accusation). De même, il a été statué que le ministère public ne peut se prévaloir du *certiorari* pour faire annuler une ordonnance d'arrêt des procédures puisque l'al. 676(1)*c*) prévoit un plein droit d'appel contre une telle ordonnance : *R. c. Mallet*, [2000] A.N.-B. nº 197 (QL) (C.A.).

Lorsque le ministère public cherche à contester la peine prononcée par le juge du procès, comme c'est le cas en l'espèce, l'al. 676(1)*d*) du *Code criminel* lui accorde le droit d'interjeter appel avec l'autorisation de la cour d'appel. Il a d'ailleurs introduit un tel recours parallèlement à sa demande de *certiorari*.

En conséquence, l'appel, et non le *certiorari*, constitue le recours approprié en l'espèce.

VIII

Pour tous ces motifs, je suis d'avis, comme je l'ai dit au début, de rejeter à la fois le pourvoi du ministère public et le pourvoi incident de M. Larche. Les notes 1 et 2 inscrites par le juge du procès devraient donc demeurer inchangées et la note 3 devrait être rayée, comme l'a ordonné la Cour d'appel.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés.*

*Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Solicitor for the respondent Jean-Paul Larche/appellant on cross-appeal: Thomas P. Walsh, Sherbrooke.*

*Procureur de l'intimé Jean-Paul Larche/appelant au pourvoi incident : Thomas P. Walsh, Sherbrooke.*

# Canada Supreme Court Reports

# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada


**Part 5, 2006 Vol. 2**

**and Tables**

**Cited as [2006] 2 S.C.R.** { i-xlv, 787-976

**5e cahier, 2006 Vol. 2**

**et Tables**

**Renvoi [2006] 2 R.C.S.** { i-xlv, 787-976

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

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

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

## CONTENTS


Title Page ..... i

List of Judges ..... ii

Errata ..... iv

Notice ..... iv

Motions ..... v

Table of Judgments ..... xv

Table of Cases Cited ..... xix

Statutes and Regulations Cited ..... xxxv

Authors Cited ..... xxxix

Index ..... 965

**McDiarmid Lumber Ltd. *v.* God's Lake First Nation ..... 846**

Aboriginal law — Property situated on reserve — Exemption from seizure — Creditor of Indian band attempting to garnish funds in off-reserve financial institution — Funds paid to band by federal government pursuant to Comprehensive Funding Arrangement — Whether funds exempted from seizure by virtue of s. 89 or s. 90(1)(b) of Indian Act — Whether funds notionally "situated on a reserve" — Whether funds paid to band pursuant to "treaty or agreement" — Meaning of word "agreement" in s. 90(1)(b) of Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 89, 90(1)(b).

**R. *v.* Khelawon ..... 787**

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Trial judge admitting deceased complainants' hearsay statements to police into evidence — Whether statements admissible under principled exception to hearsay rule — Factors to be considered in determining whether hearsay statements sufficiently reliable to be admissible.

**R. *v.* Morris ..... 915**

Aboriginal law — Treaty rights — Right to hunt — Two members of Tsartlip Indian Band charged under provincial wildlife legislation of hunting with firearm during prohibited hours and hunting with illuminating device — Whether treaty right to hunt includes right to hunt at night with illuminating device — Whether provincial legislation of general application infringes band's treaty right to hunt — Whether provincial legislation applicable to band by virtue of s. 88 of Indian Act — Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, ss. 27(1)(d), (e), 29 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.

Constitutional law — Indians — Provincial wildlife legislation — Two members of Tsartlip Indian Band charged under provincial wildlife legislation of hunting with


*Continued on next page*

## SOMMAIRE


Page titre ..... i

Liste des juges ..... iii

Errata ..... iv

Avis ..... iv

Requêtes ..... v

Table des jugements ..... xvii

Table de la jurisprudence ..... xix

Lois et règlements cités ..... xxxvii

Doctrine citée ..... xxxix

Index ..... 971

**McDiarmid Lumber Ltd. *c.* Première Nation de God's Lake ..... 846**

Droit des Autochtones — Biens situés sur une réserve — Insaisissabilité — Saisie-arrêt de fonds déposés dans une institution financière hors réserve demandée par un créancier d'une bande indienne — Fonds versés à la bande par le gouvernement fédéral en application d'une entente globale de financement — Les articles 89 et 90(1)b) de la Loi sur les Indiens rendent-ils les fonds insaisissables? — Les fonds sont-ils théoriquement « situés sur une réserve »? — Ont-ils été versés à la bande en vertu d'un « traité ou accord »? — Portée du mot « accord » employé à l'art. 90(1)b) de la Loi sur les Indiens — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 89, 90(1)b).

**R. *c.* Khelawon ..... 787**

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Juge du procès admettant en preuve les déclarations relatées que des plaignants décédés avaient faites à la police — Ces déclarations étaient-elles admissibles en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire? — Facteurs à considérer pour décider si des déclarations relatées sont suffisamment fiables pour être admissibles.

**R. *c.* Morris ..... 915**

Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Droit de chasse — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Le droit de chasse issu d'un traité comprend-il le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse? — Les mesures législatives provinciales d'application générale portent-elles atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles applicables à la bande par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e), 29 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.


*Suite à la page suivante*

**CONTENTS** (Concluded)

firearm during prohibited hours and hunting with illuminating device — Whether valid provincial legislation of general application inapplicable to band because it interferes with band's treaty right to hunt — Whether provincial legislation nonetheless applicable by virtue of s. 88 of Indian Act — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88 — Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, s. 27(1)(d), (e).

**SOMMAIRE** (Fin)

Droit constitutionnel — Indiens — Loi provinciale sur la faune — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Les mesures législatives provinciales d'application générale qui sont valides sont-elles inapplicables à la bande du fait qu'elles portent atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles néanmoins applicables par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88 — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e).

# 2006 Volume 2

# Canada Supreme Court Reports
# Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada


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

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

Deputy Registrar / Registraire 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 | ARCHIBALD MCDONALD | JACQUELINE STENCEL |
| HARLEY D'AOÛT | JOANNE NORMAN | LESLI TAKAHASHI |
| CHANTAL DEMERS | LORRAINE PILETTE | CAMERON TAYLOR |
| VALERIE DESJARLAIS | RÉMI SAMSON | RENÉE MARIA TREMBLAY |
| LEE ANN GORMAN | LOUISE SAVARD | WITOLD TYMOWSKI |
| KAREN LEVASSEUR | MARY JANE SINCLAIR | TIMOTHY WILSON |
| | IDA SMITH | |

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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



HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2007

# JUDGES

## OF THE

# SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

# JUGES

## DE LA

# COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

## ERRATA

[1981] 1 S.C.R., p. 127, line 19 of the English version. Read "anomalous" instead of "anomolous".

[1989] 2 S.C.R., p. 238, line *a*-2 of the English version. Read "*1867*" instead of "*1987*".

[1996] 2 S.C.R., p. 591, para. 150, line 4 of the French version. Read "isole" instead of "isolent".

[1996] 2 S.C.R., p. 594, para. 159, line 21 of the French version. Read "le juge Dickson" instead of "le juge Dickson J.".

[1999] 2 S.C.R., p. 1039, para. 71, line 6 of the English version. Read "68 U.N.T.S." instead of "67 U.N.T.S.".

[1999] 2 S.C.R., p. 1039, para. 71, line 6 of the French version. Read "68 R.T.N.U." instead of "67 R.T.N.U.".

[2000] 2 S.C.R., p. 509, para. 35, line 8 of the French version. Read "manière" instead of "matière".

[1981] 1 R.C.S., p. 127, ligne 19 de la version anglaise. Lire « anomalous » au lieu de « anomolous ».

[1989] 2 R.C.S., p. 238, ligne *a*-2 de la version anglaise. Lire « *1867* » au lieu de « *1987* ».

[1996] 2 R.C.S., p. 591, par. 150, ligne 4 de la version française. Lire « isole » au lieu de « isolent ».

[1996] 2 R.C.S., p. 594, par. 159, ligne 21 de la version française. Lire « le juge Dickson » au lieu de « le juge Dickson J. ».

[1999] 2 R.C.S., p. 1039, par. 71, ligne 6 de la version anglaise. Lire « 68 U.N.T.S. » au lieu de « 67 U.N.T.S. ».

[1999] 2 R.C.S., p. 1039, par. 71, ligne 6 de la version française. Lire « 68 R.T.N.U. » au lieu de « 67 R.T.N.U. ».

[2000] 2 R.C.S., p. 509, par. 35, ligne 8 de la version française. Lire « manière » au lieu de « matière ».

## NOTICE / AVIS

Please note that in *R. v. Deschamplain*, [2004] 3 S.C.R. 601, 2004 SCC 76, the order prohibiting the broadcast or the publication in a newspaper of the evidence taken at the preliminary inquiry pursuant to s. 539(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is no longer in effect.

Veuillez noter que, dans *R. c. Deschamplain*, [2004] 3 R.C.S. 601, 2004 CSC 76, l'ordonnance fondée sur le par. 539(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui interdisait de publier dans un journal ou de révéler dans une émission la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, n'est plus en vigueur.

# MOTIONS — REQUÊTES

## (June 29 to December 31, 2006 – 29 juin au 31 décembre 2006)

*3087-2220 Québec Inc. c. 155671 Canada Inc.*, (Qc), 31448, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*674921 B.C. Ltd. v. New Solutions Financial Corporation*, (B.C.), 31381, leave to appeal refused with costs, 24.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*9022-5301 Québec Inc. c. Simhon*, (Qc), 31445, leave to appeal refused with costs, 7.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*9061-7481 Québec Inc. c. Restaurant Chez Doc Inc.*, (Qc), 31357, leave to appeal refused, 7.9.06, autorisation d'appel refusée.

*A.F. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 31393, leave to appeal refused, 24.8.06, autorisation d'appel refusée.

*A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada Revenue Agency*, (F.C.), 31476, leave to appeal granted with costs, 21.9.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

*Air Canada Pilots Association v. Air Line Pilots Association*, (F.C.), 31413, leave to appeal refused with costs, 29.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Alcatel Canada Inc. v. Egan*, (Ont.), 31352, leave to appeal refused with costs, 3.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Arthur c. Johnson*, (Qc), 31384, leave to appeal refused with costs, 20.7.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Arthur c. Johnson*, (Qc), 31384, leave to cross-appeal refused with costs, 20.7.06, autorisation d'appel incident refusée avec dépens.

*Ashlee v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 31688, leave to appeal refused, 14.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Assoun v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 31506, leave to appeal refused, 14.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Assurances générales des Caisses Desjardins Inc. v. Axa Assurances Inc.*, (Que.), 31569, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, (Man.), 31407, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Ayoub c. Procureur général du Canada représentant les États-Unis d'Amérique*, (Qc) (Crim.), 31474, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*B. McCurdy Trucking Inc. v. Zurich Insurance Company*, (Ont.), 31420, leave to appeal refused with costs, 24.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Bachlow v. Jewish Family and Child Services*, (Ont.), 31507, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Bagri v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 31472, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Baier v. The Queen in Right of Alberta*, (Alta.), 31526, leave to appeal granted with costs, 28.7.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

*Baltruweit v. Goode*, (Ont.), 31449, leave to appeal refused with costs, 24.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Bazinet c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 31541, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Beatty v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31550, leave to appeal granted, 14.12.06, autorisation d'appel accordée.

*Bélanger c. Guilbault*, (Qc), 31573, leave to appeal refused with costs, 19.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Belzile c. Ville de Québec*, (Qc) (Crim.), 31687, leave to appeal refused with costs, 21.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Berezoutskaia v. British Columbia Human Rights Tribunal*, (B.C.), 31426, leave to appeal refused, 12.10.06, autorisation d'appel refusée.

*Berg v. Police Complaint Commissioner Dirk Ryneveld*, (B.C.), 31570, leave to appeal refused, 7.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Berg v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 31463, leave to appeal refused, 12.10.06, autorisation d'appel refusée.

*Boissonneault c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31458, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Boknows Hotels Inc. v. Hafiz*, (B.C.), 31512, notice of discontinuance filed, 31.8.06, avis de désistement produit.

*Boknows Hotels Inc. v. Holmes*, (B.C.), 31510, notice of discontinuance filed, 31.8.06, avis de désistement produit.

*Boknows Hotels Inc. v. Laface*, (B.C.), 31505, notice of discontinuance filed, 31.8.06, avis de désistement produit.

*Boknows Hotels Inc. v. Tremblay*, (B.C.), 31511, notice of discontinuance filed, 31.8.06, avis de désistement produit.

*Bouchebel c. Société d'hypothèques CIBC*, (Qc), 31455, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Boucher c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31557, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Boyer c. Fortin*, (Qc), 31403, leave to appeal refused, 20.7.06, autorisation d'appel refusée.

*Brault c. Ville de Farnham*, (Qc), 31599, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*British Columbia Nurses' Union v. Health Employers Association of British Columbia (Kootenay Boundary Regional Hospital)*, (B.C.), 31417, leave to appeal refused with costs, 24.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Bruni v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 31470, leave to appeal refused, 28.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, (F.C.), 31451, leave to appeal granted with costs, 28.9.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

*Castle v. Ontario Securities Commission*, (Ont.), 31529, leave to appeal refused with costs, 19.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Cinémas Guzzo Inc. c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 31548, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Commission de la construction du Québec c. Ministre du Revenu national*, (C.F.), 31377, leave to appeal refused with costs, 7.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Corporation of the Township of Esquimalt v. Bond Development Corporation*, (B.C.), 31542, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Cross v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 31444, leave to appeal refused, 24.8.06, autorisation d'appel refusée.

*Crowe v. Manufacturers Life Insurance Company*, (Ont.), 31437, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Crowe v. Manufacturers Life Insurance Company*, (Ont.), 31509, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*dela Fuente v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 31574, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Desjardins c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, (Qc), 31485, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Desmarais c. Municipalité de St-Paul-de-l'Île-aux-Noix*, (Qc), 31576, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Dollar Financial Group, Inc. v. Smith*, (Ont.), 31538, leave to appeal refused with costs on a party and party basis, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens comme entre parties.

*Dorsay v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31521, leave to appeal refused, 16.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Dubois v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 31635, leave to appeal refused, 21.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Dunsmuir v. The Queen in Right of the Province of New Brunswick*, (N.B.), 31459, leave to appeal granted, 21.9.06, autorisation d'appel accordée.

*Ekman v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31614, leave to appeal refused, 7.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Ellingson v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 31587, leave to appeal refused with costs, 14.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Ellis v. Simon*, (Sask.), 31492, leave to appeal refused, 12.10.06, autorisation d'appel refusée.

*Elomari c. Agence spatiale canadienne*, (Qc), 31424, leave to appeal refused with costs, 7.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board*, (Ont.), 31477, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Engel v. Groupe Boudreau Richard Inc.*, (Que.), 31450, leave to appeal refused with costs, 7.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Ethier v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31531, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Ferguson v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 31398, leave to appeal refused, 24.8.06, autorisation d'appel refusée.

*Filion c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31422, leave to appeal refused, 28.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Filion c. Procureur général du Québec*, (Qc), 31503, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Fitch v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 31612, leave to appeal refused, 14.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Flamand c. Ministère de l'Environnement du Québec*, (Qc), 31484, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Flis v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31391, leave to appeal refused, 28.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Fontaine c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31399, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Fording Coal Limited v. Vancouver Port Authority*, (B.C.), 31514, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*G.E.S. v. D.L.C.*, (Sask.), 31651, leave to appeal refused with costs, 21.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Gaudreault c. Raymond Chabot Inc.*, (Qc), 31491, leave to appeal refused with costs, 28.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Gavrielides v. Duchin Law Firm*, (Sask.), 31539, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Gestion Martin Lajeunesse Inc. c. Gestion A.V.D. Verville Inc.*, (Qc), 31480, leave to appeal refused with costs, 19.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Gestion réseau sélection Inc. c. Châteaux Marigot Inc.*, (Qc), 31626, notice of discontinuance filed, 1.11.06, avis de désistement produit.

*Ghetti v. Administrator of Mental Health Centre, Penetanguishene*, (Ont.) (Crim.), 31454, leave to appeal refused, 14.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Giard c. Beaulieu*, (Qc), 31409, leave to appeal refused with costs, 20.7.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Gibson v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 31546, leave to appeal granted, 14.12.06, autorisation d'appel accordée.

*Gilchrist v. Kuchocki*, (Ont.), 31565, leave to appeal refused, 21.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Giroux v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31429, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Government of Prince Edward Island v. Condon*, (P.E.I.), 31416, leave to appeal refused with costs, 17.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Halford v. Seed Hawk Inc.*, (F.C.), 31668, notice of discontinuance filed, 2.11.06, avis de désistement produit.

*Hamilton c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31368, leave to appeal refused, 17.8.06, autorisation d'appel refusée.

*Heald v. Toronto District School Board*, (Ont.), 31400, leave to appeal refused with costs, 29.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Holtslag v. The Queen in Right of the Province of Alberta*, (Alta.), 31411, leave to appeal refused with costs, 14.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Houston v. Fraser*, (B.C.), 31405, leave to appeal refused with costs, 7.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Houweling v. Topgro Greenhouses Ltd.*, (B.C.), 31508, leave to appeal refused with costs, 14.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Humaid v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31501, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc.*, (Qc), 31456, leave to appeal granted with costs, 28.9.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

*Inco Limited v. Pearson*, (Ont.), 31249, leave to appeal refused with costs, 29.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*IT/NET INC. v. Berthiaume*, (Ont.), 31372, leave to appeal refused with costs, 29.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*J.J.M. v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 31482, leave to appeal refused, 12.10.06, autorisation d'appel refusée.

*Jedfro Investments (U.S.A.) Limited v. Jacyk*, (Ont.), 31561, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 14.12.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue d'appel.

*JJM Construction Ltd. v. Reliant Capital Limited*, (B.C.), 31537, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Joad c. La Reine*, (Qc), 31527, leave to appeal refused, 19.10.06, autorisation d'appel refusée.

*K.M.C. v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 31478, leave to appeal refused, 12.10.06, autorisation d'appel refusée.

*Kallaba v. Bylykbashi*, (Ont.), 31412, leave to appeal refused with costs on a party and party basis, 24.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens comme entre parties.

*Kapp v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31603, leave to appeal granted, 14.12.06, autorisation d'appel accordée.

*Karpodinis v. Kantas*, (B.C.), 31593, leave to appeal refused, 16.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Kavaratzis v. Minister of Justice*, (Ont.) (Crim.), 31502, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Kemess Mines Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 115*, (B.C.), 31415, leave to appeal refused with costs, 24.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Khair v. Attorney General of Canada*, (Que.), 31525, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Klein v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 31432, leave to appeal refused, 24.8.06, autorisation d'appel refusée.

*Kofman c. Centre hospitalier St-Mary*, (Qc), 31466, leave to appeal refused with costs, 7.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Krawczyk v. Hayes Forest Services Limited*, (B.C.) (Crim.), 31493, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Langevin c. Faucher*, (Qc), 31532, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Langevin c. Procureur général du Québec*, (Qc), 31533, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Langevin c. Procureur général du Québec*, (Qc), 31534, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Langlois c. The Queen*, (Qc) (Crim.), 31364, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Lawes v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31428, leave to appeal refused, 21.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Leby Properties Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Company*, (N.B.), 31367, leave to appeal refused with costs, 29.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Lee v. Dawson*, (B.C.), 31464, leave to appeal refused with costs, 19.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Lindsay v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31465, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Lombard General Insurance Company of Canada v. Bridgewood Building Corp. (Riverfield)*, (Ont.), 31457, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Losier v. Ministry of Attorney General*, (Ont.), 31438, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Losier v. Ontario Human Rights Commission*, (Ont.), 31518, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Losier v. Rioux*, (Ont.), 31517, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Luu v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31423, leave to appeal refused, 7.9.06, autorisation d'appel refusée.

*MacDonald v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 31613, leave to appeal granted, 14.12.06, autorisation d'appel accordée.

*Magno v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31545, leave to appeal refused, 7.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Maltais c. Brisson*, (Qc), 31513, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Mann v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31331, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Marsden v. Freeman-Maloy*, (Ont.), 31469, leave to appeal refused with costs, 14.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Marshall v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31375, leave to appeal refused, 14.9.06, autorisation d'appel refusée.

*McCallum v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31418, leave to appeal refused, 24.8.06, autorisation d'appel refusée.

*McGarva v. Wepruk*, (B.C.), 31434, leave to appeal refused with costs, 19.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*McIntyre v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 31452, leave to appeal refused, 24.8.06, autorisation d'appel refusée.

*McMaster v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31566, leave to appeal refused, 7.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Mela v. CIBC Mortgages Inc.*, (B.C.), 31441, leave to appeal refused, 7.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Métis National Council of Women v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 31421, leave to appeal refused with costs, 17.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Métromédia C.M.R. Montréal inc. c. Johnson*, (Qc), 31385, leave to appeal refused with costs, 20.7.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Michaud c. Michel Bissonnet, ès qualités de président de l'Assemblée nationale du Québec*, (Qc), 31604, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Minister of Health and Wellness v. Apotex Inc.*, (Alta.), 31523, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Minister of Municipal Affairs v. Alliance Pipeline Ltd.*, (Alta.), 31349, leave to appeal refused with costs, 14.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Mohammadi c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31646, leave to appeal refused, 7.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Morley v. The Queen*, (F.C.), 31559, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Normandin c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 31329, leave to appeal refused, 17.8.06, autorisation d'appel refusée.

*Nova Scotia Insurance Review Board v. Allstate Insurance Company of Canada*, (N.S.), 31602, leave to appeal refused with costs, 14.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Nystuen v. Vigoren*, (Sask.), 31560, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*O'Reilly's Irish Bar Inc. v. 10385 Nfld. Ltd.*, (N.L.), 31442, leave to appeal refused with costs, 24.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Ohenhen v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31389, leave to appeal refused, 14.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Ontario Municipal Employees Retirement Board v. Ford Motor Company of Canada Limited*, (Ont.), 31343, leave to appeal refused with costs, 24.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Ontario Public Service Employees Union v. Seneca College of Applied Arts & Technology*, (Ont.), 31554, leave to appeal refused with costs, 16.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Paradis c. Marchand*, (Qc), 31461, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Patruno v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 31221, leave to appeal refused, 24.8.06, autorisation d'appel refusée.

*Pelletier c. Caisse populaire Desjardins Nicolas-Juchereau*, (Qc), 31483, leave to appeal refused, 7.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Peric v. Canadian Pacific Railway Company*, (Ont.), 31680, notice of discontinuance filed, 1.11.06, avis de désistement produit.

*Pires v. Pires*, (B.C.), 31446, leave to appeal refused with costs, 3.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Prairie Acid Rain Coalition v. Minister of Fisheries and Oceans of Canada*, (F.C.), 31370, leave to appeal refused with costs, 20.7.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Prashad v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31606, leave to appeal refused, 14.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Predie v. Ontario Ministry of the Environment*, (Ont.), 31396, leave to appeal refused with costs, 29.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Premakumaran v. Davidow*, (Alta.), 31390, leave to appeal refused with costs, 29.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Premakumaran v. The Queen*, (F.C.), 31605, leave to appeal refused with costs, 16.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Procopio v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31468, leave to appeal refused, 14.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Quimper c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31489, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*R. v. A.M.*, (Ont.) (Crim.), 31496, leave to appeal granted, 16.11.06, autorisation d'appel accordée.

*R. v. D.B.*, (Ont.) (Crim.), 31460, leave to appeal granted, 28.9.06, autorisation d'appel accordée.

*R. v. D.B.M.*, (N.S.) (Crim.), 31369, leave to appeal refused, 24.8.06, autorisation d'appel refusée.

*R. c. Fayad*, (Qc) (Crim.), 30781, leave to appeal refused, 14.12.06, autorisation d'appel refusée.

*R. v. J.C.*, (Ont.) (Crim.), 31406, leave to appeal refused, 14.9.06, autorisation d'appel refusée.

*R. v. Mahalingan*, (Ont.) (Crim.), 31499, leave to appeal granted, 16.11.06, autorisation d'appel accordée.

*R. c. Ouellet*, (Qc) (Crim.), 31436, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Rath v. United States of America*, (Ont.) (Crim.), 31037, leave to appeal refused, 17.8.06, autorisation d'appel refusée.

*Reid v. The Queen*, (F.C.), 31408, leave to appeal refused, 29.6.06, autorisation d'appel refusée.

*Richman v. Canadian Broadcasting Corporation*, (Ont.), 31617, leave to appeal refused with costs, 14.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Rizzuto c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qc) (Crim.), 31260, leave to appeal refused, 17.8.06, autorisation d'appel refusée.

*Rogers Wireless Inc. c. Muroff*, (Qc), 31383, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 10.8.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue d'appel.

*Roitman v. The Queen*, (F.C.), 31634, leave to appeal refused with costs, 7.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Rowe v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 31600, leave to appeal refused, 21.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Rudnicki c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31394, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Rudnicki c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31486, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Rudnicki c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31487, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Rudnicki c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 31488, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*S.C. v. J.C.*, (N.B.), 31519, leave to appeal refused, 19.10.06, autorisation d'appel refusée.

*Sam Lévy & Associés Inc. c. Mayrand*, (C.F.), 31589, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc.*, (F.C.), 31414, leave to appeal refused with costs, 3.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Saxena v. Minister of Justice of Canada*, (B.C.) (Crim.), 31342, leave to appeal refused, 23.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Scheuneman v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 31555, leave to appeal refused with costs, 14.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Sikand v. Via Rail Canada Inc.*, (F.C.), 31397, leave to appeal refused with costs, 3.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Singer v. Attorney General of Manitoba*, (Man.) (Crim.), 31579, leave to appeal refused, 7.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Smith v. The Queen in Right of Canada*, (B.C.), 31563, leave to appeal refused with costs, 7.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Société de gestion George Clapperton Inc. c. Crustacés de Gaspé Ltée*, (Qc), 31419, leave to appeal refused with costs, 7.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Société des acadiens et acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. La Reine*, (C.F.), 31583, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 23.11.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demanderesses quelle que soit l'issue d'appel.

*Sous-ministre du Revenu du Québec c. Corporation Financière Génécan*, (Qc), 31430, leave to appeal refused with costs, 7.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Speckling v. Local 76 of the Communications, Energy and Paperworkers' Union of Canada*, (B.C.), 31530, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Sprenger v. Paul Sadlon Motors Inc.*, (Ont.), 31392, leave to appeal refused with costs, 28.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Stapley v. Hejslet*, (B.C.), 31373, leave to appeal refused with costs, 19.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Steele v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31447, leave to appeal granted, 21.9.06, autorisation d'appel accordée.

*Stein v. The Queen*, (Que.), 31475, notice of discontinuance filed, 25.8.06, avis de désistement produit.

*Structures universelles inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (Qc), 31494, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Susin v. Goodreau*, (Ont.), 31473, leave to appeal refused with costs, 7.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Swenson v. Swenson*, (Sask.), 31520, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, (Ont.), 31404, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 10.8.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue d'appel.

*Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal c. Ville de Montréal*, (Qc), 31374, leave to appeal refused with costs, 20.7.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*T.K. v. G.C.*, (Que.), 31440, leave to appeal refused, 7.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Tauseef v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 31722, notice of discontinuance filed, 4.12.06, avis de désistement produit.

*Taylor v. King*, (N.S.), 31443, leave to appeal refused, 29.6.06, autorisation d'appel refusée.

*Telus Solutions (Québec) Inc. c. 3633667 Canada Inc.*, (Qc), 31586, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Tonner v. Manager of Complaints, Compliance and Discipline, Real Estate Council of Ontario*, (Ont.), 31490, leave to appeal refused with costs, 9.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Tran v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31553, leave to appeal refused, 16.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Trevor v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31467, leave to appeal refused, 14.9.06, autorisation d'appel refusée.

*Trotman v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 31659, leave to appeal refused, 14.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Tsai v. Klug*, (Ont.), 31427, leave to appeal refused with costs, 17.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Tucakov v. Engelbert*, (Ont.), 31571, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*United Dominion Industries Limited v. North Sydney Associates*, (N.S.), 31564, leave to appeal refused with costs, 7.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Vallée c. États-Unis d'Amérique*, (Qc) (Crim.), 31355, leave to appeal refused, 9.11.06, autorisation d'appel refusée.

*Villa Beliveau Inc. v. The Queen*, (F.C.), 31522, leave to appeal refused with costs, 23.11.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Ville de Québec c. Congrégation des catholiques de Québec parlant la langue anglaise*, (Qc), 31543, leave to appeal refused, 28.9.06, autorisation d'appel refusée.

*W.B. v. United States of America*, (Ont.) (Crim.), 31547, notice of discontinuance filed, 26.7.06, avis de désistement produit.

*Warden of the North Fraser Pre-Trial Centre v. Ciancio*, (B.C.) (Crim.), 31535, leave to appeal refused, 7.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Warden of the North Fraser Pre-Trial Centre v. Ciancio*, (B.C.) (Crim.), 31536, leave to appeal refused, 7.12.06, autorisation d'appel refusée.

*Wawanesa Mutual Insurance Company v. Plester*, (Ont.), 31588, leave to appeal refused with costs, 14.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Wetzel v. The Queen*, (F.C.), 31453, leave to appeal refused with costs, 12.10.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Xanthoudakis c. Montreal Gazette Group Inc.*, (Qc), 31431, leave to appeal refused with costs, 28.9.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Zomparelli v. Zomparelli*, (Ont.), 31362, leave to appeal refused with costs, 24.8.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

*Zurich Insurance Company v. Estate of Yuan Yuan Wu*, (Ont.), 31572, leave to appeal refused with costs, 7.12.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

# TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.


PAGE

## A

Alberta, Baier v. ..... 311
Angelillo, R. v. ..... 728
Apotex Inc. v. AstraZeneca Canada Inc. ..... 560
AstraZeneca Canada Inc., Apotex Inc. v. ..... 560
AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) ..... 560

## B

Baier v. Alberta ..... 311
Binet, Pharmascience Inc. v. ..... 513
Blank v. Canada (Minister of Justice) ..... 319
Boulanger, R. v. ..... 49

## C

Canada, Imperial Oil Ltd. v. ..... 447
Canada, Inco Ltd. v. ..... 447
Canada (Attorney General), Citadelle, coopérative de producteurs de sirop d'érable v. ..... 591
Canada (Minister of Health), AstraZeneca Canada Inc. v. ..... 560
Canada (Minister of Justice), Blank v. ..... 319
Canadian Bearings Ltd., Celanese Canada Inc. v. 189
Celanese Canada Inc. v. Canadian Bearings Ltd. 189
Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp. ..... 189
Citadelle, coopérative de producteurs de sirop d'érable v. Canada (Attorney General) ..... 591

## D

D.B.S. v. S.R.G. ..... 231
Déry, R. v. ..... 669

PAGE

## E

Elta Golf Inc., Pro Swing Inc. v. ..... 612

## F

Fédération des producteurs acéricoles du Québec v. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc. ..... 591
Ferras, United States of America v. ..... 77
Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada ..... 3
Fiessel, United States of America v. ..... 120

## G

GMAC Commercial Credit Corporation — Canada v. T.C.T. Logistics Inc. ..... 123
God's Lake First Nation, McDiarmid Lumber Ltd. v. ..... 846
Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services) ..... 32
Gray, R. v. ..... 686

## H

Hazout, R. v. ..... 361
Henry v. Henry ..... 231
Hiemstra v. Hiemstra ..... 231

## I

Imperial Oil Ltd. v. Canada ..... 447
Inco Ltd. v. Canada ..... 447
Isen v. Simms ..... 349

PAGE

## K

Khelawon, R. v. ..... 787
Kong, R. v. ..... 347
Krieger, R. v. ..... 501

## L

L.J.W. v. T.A.R. ..... 231
Larche, R. v. ..... 762
Latty, United States of America v. ..... 77

## M

McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation ..... 846
Morris, R. v. ..... 915
Murray Demolition Corp., Celanese Canada Inc. v. ..... 189

## O

Ontario (Ministry of Correctional Services), Goodis v. ..... 32
Ortega, United Mexican States v. ..... 120

## P

Pharmascience Inc. v. Binet ..... 513
Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc. ..... 612

## R

R. v. Angelillo ..... 728
R. v. Boulanger ..... 49
R. v. Déry ..... 669
R. v. Gray ..... 686
R. v. Hazout ..... 361
R. v. Khelawon ..... 787
R. v. Kong ..... 347
R. v. Krieger ..... 501
R. v. Larche ..... 762
R. v. Morris ..... 915
R. v. R.D. ..... 610
R. v. Sappier ..... 686
R. v. Shoker ..... 399
R.D., R. v. ..... 610
Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc., Fédération des producteurs acéricoles du Québec v. ..... 591
Ritchie, Walker v. ..... 428
Robertson v. Thomson Corp. ..... 363

## S

S.R.G., D.B.S. v. ..... 231
Sappier, R. v. ..... 686
Shoker, R. v. ..... 399
Simms, Isen v. ..... 349
Sun Life Assurance Co. of Canada, Fidler v. ..... 3

## T

T.A.R., L.J.W. v. ..... 231
T.C.T. Logistics Inc., GMAC Commercial Credit Corporation — Canada v. ..... 123
Thomson Corp., Robertson v. ..... 363

## U

United States of America v. Ferras ..... 77
United States of America v. Fiessel ..... 120
United States of America v. Latty ..... 77
United Mexican States v. Ortega ..... 120

## W

Walker v. Ritchie ..... 428

# TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertorié » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.


PAGE

## A

Alberta, Baier c. ..... 311
Angelillo, R. c. ..... 728
Apotex Inc. c. AstraZeneca Canada Inc. ..... 560
AstraZeneca Canada Inc., Apotex Inc. c. ..... 560
AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) ..... 560

## B

Baier c. Alberta ..... 311
Binet, Pharmascience Inc. c. ..... 513
Blank c. Canada (Ministre de la Justice) ..... 319
Boulanger, R. c. ..... 49

## C

Canada, Cie pétrolière Impériale ltée c. ..... 447
Canada, Inco ltée c. ..... 447
Canada (Ministre de la Justice), Blank c. ..... 319
Canada (Ministre de la Santé), AstraZeneca Canada Inc. c. ..... 560
Canada (Procureur général), Citadelle, coopérative de producteurs de sirop d'érable c. ..... 591
Canadian Bearings Ltd., Celanese Canada Inc. c. 189
Celanese Canada Inc. c. Canadian Bearings Ltd. 189
Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp. ..... 189
Cie pétrolière Impériale ltée c. Canada ..... 447
Citadelle, coopérative de producteurs de sirop d'érable c. Canada (Procureur général) ..... 591

## D

D.B.S. c. S.R.G. ..... 231
Déry, R. c ..... 669

PAGE

## E

Elta Golf Inc., Pro Swing Inc. c. ..... 612
États-Unis d'Amérique c. Ferras ..... 77
États-Unis d'Amérique c. Fiessel ..... 120
États-Unis d'Amérique c. Latty ..... 77
États-Unis du Mexique c. Ortega ..... 120

## F

Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc. ..... 591
Ferras, États-Unis d'Amérique c. ..... 77
Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie ..... 3
Fiessel, États-Unis d'Amérique c. ..... 120

## G

Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels) ..... 32
Gray, R. c. ..... 686

## H

Hazout, R. c. ..... 361
Henry c. Henry ..... 231
Hiemstra c. Hiemstra ..... 231

## I

Inco ltée c. Canada ..... 447
Isen c. Simms ..... 349

PAGE

## K

Khelawon, R. c. ..... 787
Kong, R. c. ..... 347
Krieger, R. c. ..... 501

## L

L.J.W. c. T.A.R. ..... 231
Larche, R. v. ..... 762
Latty, États-Unis d'Amérique c. ..... 77

## M

McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake ..... 846
Morris, R. c. ..... 915
Murray Demolition Corp., Celanese Canada Inc. c. ..... 189

## O

Ontario (Ministère des Services correctionnels), Goodis c. ..... 32
Ortega, États-Unis du Mexique c. ..... 120

## P

Pharmascience Inc. c. Binet ..... 513
Première Nation de God's Lake, McDiarmid Lumber Ltd. c. ..... 846
Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc. ..... 612

## R

R. c. Angelillo ..... 728
R. c. Boulanger ..... 49
R. c. Déry ..... 669
R. c. Gray ..... 686
R. c. Hazout ..... 361
R. c. Khelawon ..... 787
R. c. Kong ..... 347
R. c. Krieger ..... 501
R. c. Larche ..... 762
R. c. Morris ..... 915
R. c. R.D. ..... 610
R. c. Sappier ..... 686
R. c. Shoker ..... 399
R.D., R. c. ..... 610
Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable inc., Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. ..... 591
Ritchie, Walker c. ..... 428
Robertson c. Thomson Corp. ..... 363

## S

S.R.G., D.B.S. c. ..... 231
Sappier, R. c. ..... 686
Shoker, R. c. ..... 399
Simms, Isen c. ..... 349
Société de crédit commercial GMAC — Canada c. T.C.T. Logistics Inc. ..... 123
Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie, Fidler c. ..... 3

## T

T.A.R., L.J.W. c. ..... 231
T.C.T. Logistics Inc., Société de crédit commercial GMAC — Canada c. ..... 123
Thomson Corp., Robertson c. ..... 363

## W

Walker c. Ritchie ..... 428

# TABLE OF CASES CITED

# TABLE DE LA JURISPRUDENCE


| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| 105497 Ontario Inc. v. Schwartz Levinsky Feldman Inc. | (2005), 12 C.B.R. (5th) 122 | 174 |
| 2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool) | [1996] 3 R.C.S. 919 | 865 |
| 477470 Alberta Ltd., Re | (2005), 12 C.B.R. (5th) 125, 2005 ABQB 430 | 174 |
| 588871 Ontario Ltd., Re | (1995), 33 C.B.R. (3d) 28 | 174 |
| 65302 British Columbia Ltd. v. Canada | [1999] 3 S.C.R. 804 | 775 |
| 702535 Ontario Inc. v. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters | (2000), 184 D.L.R. (4th) 687 | 27 |
| **A** | | |
| A. (J.) v. A. (P.) | (1997), 37 R.F.L. (4th) 197 | 279 |
| A.F. v. P.P. | [1996] R.D.J. 419 | 635 |
| Adam v. Daniel Roy Ltée | [1983] 1 S.C.R. 683 | 164 |
| Addis v. Gramophone Co. | [1909] A.C. 488 | 15 |
| Adobe Systems Inc. v. KLJ Computer Solutions Inc. | [1999] 3 F.C. 621 | 210 |
| Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman | [1985] 1 S.C.R. 2 | 640 |
| Alamo Linen Rentals Ltd. v. Spicer Macgillivry Inc. | (1986), 63 C.B.R. (N.S.) 38 | 174 |
| Alberta Gas Trunk Line Co. c. Ministre du Revenu national | [1972] R.C.S. 498 | 472 |
| Alberta Gas Trunk Line Co. v. Minister of National Revenue | [1972] S.C.R. 498 | 472 |
| Alberta (Treasury Branches) v. Ghermezian | (1999), 242 A.R. 326, 1999 ABQB 407 | 332 |
| Allen v. Toronto Star Newspapers Ltd. | (1997), 36 O.R. (3d) 201 | 377, 392 |
| Amato c. La Reine | [1982] 2 R.C.S. 418 | 344 |
| Amato v. The Queen | [1982] 2 S.C.R. 418 | 344 |
| Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board) | [1993] 1 S.C.R. 897 | 637 |
| Andries v. Andries | (1998), 126 Man. R. (2d) 189 | 263 |
| Anonymous | (1704), 6 Mod. 96, 87 E.R. 853 | 55 |
| Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd. | [1976] 1 Ch. 55 | 207 |
| Apple Computer, Inc. v. Mackintosh Computers Ltd. | [1988] 1 F.C. 673 | 382, 390 |
| Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re) | [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42 | 90 |
| Atkinson v. Newcastle Waterworks Co. | [1874-80] All E.R. Rep. 757 | 546 |
| Attorney General's Reference (No. 3 of 2003) | [2004] 3 W.L.R. 451, [2004] EWCA Crim 868 | 61 |
| Aubry v. Éditions Vice-Versa inc. | [1998] 1 S.C.R. 591 | 608 |
| Aviaco International Leasing Inc. v. Boeing Canada Inc. | (2000), 9 B.L.R. (3d) 99 | 224 |
| Azco Mining Inc. v. Sam Lévy & Associés Inc. | [2000] R.J.Q. 392 | 160 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **B** | | |
| B.N.R. Holdings Ltd. v. Royal Bank | (1992), 14 C.B.R. (3d) 233 | 147 |
| Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) | [1999] 2 R.C.S. 817 | 91 |
| Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) | [1999] 2 S.C.R. 817 | 91 |
| Baltic Shipping Co. v. Dillon | (1993), 176 C.L.R. 344 | 16 |
| Bande indienne Wewaykum c. Canada | [2003] 2 R.C.S. 259, 2003 CSC 45 | 91 |
| Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture) | [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31 | 138, 934, 946 |
| Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) | [1988] 1 R.C.S. 1061 | 170 |
| Barreau du Québec v. Descôteaux | SOQUIJ AZ-95021889 | 549 |
| Barrick Gold Corp. v. Lopehandia | (2004), 71 O.R. (3d) 416 | 643, 651 |
| Beals v. Saldanha | [2003] 3 S.C.R. 416, 2003 SCC 72 | 624, 649 |
| Beatty Limited Partnership (Re) | (1991), 1 O.R. (3d) 636 | 174 |
| Beaulne v. Kavanagh-Lemire | [1989] R.J.Q. 2343 | 523, 555 |
| Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex | [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42 | 531, 578 |
| Bentley v. Pike | (1981), 53 T.C. 590 | 475 |
| Bonham's Case | (1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646 | 90 |
| Boulianne v. Flynn | [1970] 3 O.R. 84 | 334 |
| Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général) | [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26 | 532, 571 |
| Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General) | [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 264 | 531, 571 |
| British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band | [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71 | 436 |
| British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd. | [1989] 2 S.C.R. 24 | 170 |
| Bronfman Trust c. La Reine | [1987] 1 R.C.S. 32 | 499 |
| Bronfman Trust v. The Queen | [1987] 1 S.C.R. 32 | 499 |
| Burton v. Kideckel | (1999), 13 C.B.R. (4th) 9 | 147, 174 |
| Bushell's Case | (1670), 6 St. Tr. 999 | 511 |
| **C** | | |
| C. (S.E.) v. G. (D.C.) | (2003), 43 R.F.L. (5th) 41, 2003 BCSC 896 | 268 |
| Caisse populaire de Pontbriand c. Domaine St-Martin Ltée | [1992] R.D.I. 417 | 160 |
| Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique | [1973] R.C.S. 313 | 720 |
| Calder v. Attorney-General of British Columbia | [1973] S.C.R. 313 | 720 |
| Canada 3000 Inc. (Re) | [2002] O.J. No. 3266 (QL) | 174 |
| Canada c. Canadien Pacifique Ltée | [2002] 3 C.F. 170, 2001 CAF 398 | 490 |
| Canada Southern Petroleum Ltd. v. Amoco Canada Petroleum Co. | (1995), 176 A.R. 134 | 334 |
| Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada | [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54 | 466, 487 |
| Canada v. Canadian Pacific Ltd. | [2002] 3 F.C. 170, 2001 FCA 398 | 490 |
| Canada v. Schmidt | [1987] 1 S.C.R. 500 | 88 |
| Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn. | [1993] 3 S.C.R. 724 | 531 |
| Capcount Trading v. Evans | (1992), 65 T.C. 545 | 476 |
| Caswan Environmental Services Inc., Re | (2001), 24 C.B.R. (4th) 191, 2001 ABQB 240 | 174 |
| CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada | [2004] 1 S.C.R. 339, 2004 SCC 13 | 377, 388 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada | [2004] 1 R.C.S. 339, 2004 CSC 13 | 377, 388 |
| Charlebois c. Saint John (Ville) | [2005] 3 R.C.S. 563, 2005 CSC 74 | 531 |
| Charlebois v. Saint John (City) | [2005] 3 S.C.R. 563, 2005 SCC 74 | 531 |
| Chartier v. Chartier | [1999] 1 S.C.R. 242 | 272 |
| Chastan Ventures Ltd., Re | (1993), 23 C.B.R. (3d) 115 | 174 |
| Childs v. Forfar | (1921), 51 O.L.R. 10 | 252 |
| Chrintz v. Chrintz | (1998), 41 R.F.L. (4th) 219 | 276 |
| Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général) | [2006] 1 R.C.S. 441, 2006 CSC 13 | 642 |
| City of Burlington v. Dague | 505 U.S. 557 (1992) | 443 |
| City of Montreal v. Morgan | (1920), 60 S.C.R. 393 | 544 |
| College of Physicians & Surgeons (British Columbia) v. British Columbia (Information & Privacy Commissioner) | (2002), 9 B.C.L.R. (4th) 1, 2002 BCCA 665 | 331 |
| Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd. | [1989] 2 R.C.S. 24 | 170 |
| Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan | [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71 | 436 |
| Columbia Picture Industries Inc. v. Robinson | [1987] Ch. 38 | 213 |
| Couch v. Steel | (1854), 3 El. & Bl. 402, 118 E.R. 1193 | 546 |
| Coulombe v. Beard | (1993), 16 O.R. (3d) 627 | 224 |
| Coutu v. Ordre des pharmaciens du Québec | [1984] R.D.J. 298 | 547 |
| Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd. | [2004] 1 S.C.R. 60, 2004 SCC 3 | 145 |


## D


| | | |
|---|---|---|
| D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général) | [2005] 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52 | 170 |
| D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General) | [2005] 2 S.C.R. 564, 2005 SCC 52 | 170 |
| Dagg c. Canada (Ministre des Finances) | [1997] 2 R.C.S. 403 | 642 |
| Dagg v. Canada (Minister of Finance) | [1997] 2 S.C.R. 403 | 642 |
| Dahl v. Dahl | (1995), 178 A.R. 119 | 278 |
| Danny's Cabaret Ltd. v. Horner | [1980] B.C.J. No. 1293 (QL) | 147 |
| Davies v. Harrington | (1980), 115 D.L.R. (3d) 347 | 340 |
| Delgamuukw c. Colombie-Britannique | [1997] 3 R.C.S. 1010 | 718, 948 |
| Delgamuukw v. British Columbia | [1997] 3 S.C.R. 1010 | 718, 948 |
| Delisle v. Corporation professionnelle des arpenteurs-géomètres | [1991] D.D.C.P. 190 | 530 |
| Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board | [1985] 1 S.C.R. 785 | 170 |
| Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re) | [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42 | 90 |
| Deputy Minister of Revenue v. Rainville | [1980] 1 S.C.R. 35 | 170 |
| Dersch c. Canada (Procureur général) | [1990] 2 R.C.S. 1505 | 814 |
| Dersch v. Canada (Attorney General) | [1990] 2 S.C.R. 1505 | 814 |
| Descôteaux v. Mierzwinski | [1982] 1 S.C.R. 860 | 39, 212, 329, 343 |
| Desmoulin (Committee of) v. Blair | (1994), 21 O.R. (3d) 217 | 435 |
| Deveault c. Centre Vu Lebel & Des Roches Inc. | C.S. Montréal, nº 500-05-003478-854, 24 mai 1985 | 549 |
| Deveault v. Centre Vu Lebel & Des Roches Inc. | Sup. Ct. Montreal, No. 500-05-003478-854, May 24, 1985 | 549 |
| Dick c. La Reine | [1985] 2 R.C.S. 309 | 934, 950 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Dick v. The Queen | [1985] 2 S.C.R. 309 | 934, 950 |
| Dickie v. Dickie | (2001), 20 R.F.L. (5th) 343 | 284 |
| District Court of the United States, Middle District of Florida v. Royal American Shows, Inc. | [1982] 1 S.C.R. 414 | 637 |
| Doré c. Verdun (Ville) | [1997] 2 R.C.S. 862 | 597 |
| Doré v. Verdun (City) | [1997] 2 S.C.R. 862 | 597 |
| Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation) | [2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62 | 629, 657 |
| Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) | [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62 | 629, 657 |
| Down, Re | (2003), 46 C.B.R. (4th) 58, 2003 BCSC 1286 | 174 |
| Dubois c. La Reine | [1986] 1 R.C.S. 366 | 784 |
| Dubois v. The Queen | [1986] 1 S.C.R. 366 | 784 |

## E

| | | |
|---|---|---|
| Eastwood v. Magnox Electric plc | [2004] 3 All E.R. 991, [2004] UKHL 35 | 15 |
| Ed Miller Sales & Rentals Ltd. v. Caterpillar Tractor Co. | (1988), 90 A.R. 323 | 334 |
| Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes | [2000] 4 C.F. 195 | 377, 391 |
| Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn. | [2000] 4 F.C. 195 | 377, 391 |
| Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) | [2003] 3 C.F. 140, 2003 CAF 24 | 471, 488 |
| Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) | [2003] 3 F.C. 140, 2003 FCA 24 | 471, 488 |
| Entreprises Ludco Ltée c. Canada | [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62 | 465 |
| États-Unis c. Burns | [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7 | 113, 642 |
| États-Unis d'Amérique c. Cobb | [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19 | 97 |
| États-Unis d'Amérique c. Cotroni | [1989] 1 R.C.S. 1469 | 112 |
| États-Unis d'Amérique c. Dynar | [1997] 2 R.C.S. 462 | 679 |
| États-Unis d'Amérique c. Ferras | [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33 | 122 |
| États-Unis d'Amérique c. Kwok | [2001] 1 R.C.S. 532, 2001 CSC 18 | 97 |
| États-Unis d'Amérique c. Lépine | [1994] 1 R.C.S. 286 | 781 |
| États-Unis d'Amérique c. Shephard | [1977] 2 R.C.S. 1067 | 85 |
| États-Unis d'Amérique c. Shulman | [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21 | 97 |
| États-Unis du Mexique c. Ortega | [2006] 2 R.C.S. 120, 2006 CSC 34 | 83 |
| Ex parte James, In re Condon | (1874), L.R. 9 Ch. App. 609 | 160 |

## F

| | | |
|---|---|---|
| Farley v. Skinner | [2001] 4 All E.R. 801, [2001] UKHL 49 | 17 |
| Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) | [1988] 1 S.C.R. 1061 | 170 |
| Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc. | J.E. 2001-1444 | 602 |
| Finlayson v. Roberts | (2000), 136 O.A.C. 271 | 441 |
| Finney v. Barreau du Québec | [2004] 2 S.C.R. 17, 2004 SCC 36 | 529 |
| Fortin v. Chrétien | [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45 | 535 |
| Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique | [1980] 1 R.C.S. 1031 | 934 |
| Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America | [1980] 1 S.C.R. 1031 | 934 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Francis v. Baker | [1999] 3 S.C.R. 250 | 254, 294 |
| Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd. | [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34 | 863 |
| Fuda v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) | (2003), 65 O.R. (3d) 701 | 37 |

## G

| | | |
|---|---|---|
| Gallo v. Beber | (1998), 7 C.B.R. (4th) 170 | 174 |
| Gaynor v. The Queen | 91 D.T.C. 5288 | 456 |
| Geffen c. Succession Goodman | [1991] 2 R.C.S. 353 | 329 |
| Geffen v. Goodman Estate | [1991] 2 S.C.R. 353 | 329 |
| General Accident Assurance Co. v. Chrusz | (1999), 45 O.R. (3d) 321 | 332, 345 |
| General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing | [1989] 1 S.C.R. 641 | 138, 947 |
| Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission) | [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21 | 138 |
| Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission) | [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21 | 138 |
| Glucksman v. Henkel | 221 U.S. 508 (1911) | 88 |
| Glykis v. Hydro-Québec | [2004] 3 S.C.R. 285, 2004 SCC 60 | 532 |
| Gompers v. Bucks Stove & Range Co. | 221 U.S. 418 (1911) | 635 |
| Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels) | [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31 | 329 |
| Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services) | [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31 | 329 |
| Gower v. Tolko Manitoba Inc. | (2001), 196 D.L.R. (4th) 716, 2001 MBCA 11 | 331 |
| Grenzservice Speditions Ges.m.b.H. v. Jans | (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 370 | 206 |
| Greyeyes c. La Reine | [1978] 2 C.F. 385 | 902 |
| Greyeyes v. The Queen | [1978] 2 F.C. 385 | 902 |
| Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national | [1977] 1 R.C.S. 271 | 264 |
| Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue | [1977] 1 S.C.R. 271 | 264 |

## H

| | | |
|---|---|---|
| H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General) | [2006] 1 S.C.R. 441, 2006 SCC 13 | 642 |
| Hadley v. Baxendale | (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145 | 13 |
| Haisman v. Haisman | (1994), 22 Alta. L.R. (3d) 56 | 279, 298 |
| Hamilton v. Open Window Bakery Ltd. | [2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9 | 436 |
| Hamlin v. Great Northern Railway Co. | (1856), 1 H. & N. 408, 156 E.R. 1261 | 15 |
| Harris v. R. | (1927), 48 N.L.R. 330 | 681 |
| Hartshorne v. Hartshorne | [2004] 1 S.C.R. 550, 2004 SCC 22 | 267 |
| Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. c. Madame Unetelle | [2000] A.C.F. nº 1827 (QL) | 213 |
| Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. c. Madame Unetelle | [2002] A.C.F. nº 285 (QL), 2002 ACF 75 | 213 |
| Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. v. Jane Doe | (2000), 199 F.T.R. 12 | 213 |
| Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. v. Jane Doe | (2002), 288 N.R. 198, 2002 FCA 75 | 213 |
| Hess v. Hess | (1994), 2 R.F.L. (4th) 22 | 278 |
| Hickey v. Hickey | [1999] 2 S.C.R. 518 | 288 |
| Hickman v. Taylor | 329 U.S. 495 (1947) | 332 |
| Hill c. Église de scientologie de Toronto | [1995] 2 R.C.S. 1130 | 26 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Hill v. Church of Scientology of Toronto | [1995] 2 S.C.R. 1130 | 26 |
| Hilton v. Guyot | 159 U.S. 113 (1895) | 631 |
| Hobbs v. London and South Western Rail. Co. | (1875), L.R. 10 Q.B. 111 | 15 |
| Hodge v. The Queen | (1883), 9 App. Cas. 117 | 168 |
| Hodgkinson v. Simms | (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 | 331 |
| Horner v. Horner | (2004), 72 O.R. (3d) 561 | 278, 294 |
| Hunt v. Smolis-Hunt | (2001), 97 Alta. L.R. (3d) 238, 2001 ABCA 229 | 273 |
| Hunt v. T&N plc | [1993] 4 S.C.R. 289 | 630, 648 |
| Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés) | [1991] 3 C.F. 186 | 37 |
| Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs) | [1991] 3 F.C. 186 | 37 |
| Hunter v. Southam Inc. | [1984] 2 S.C.R. 145 | 419 |
| Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national | [1995] 3 R.C.S. 453 | 170 |
| Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue | [1995] 3 S.C.R. 453 | 170 |
| Hypothèques Trustco Canada c. Canada | [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54 | 466, 487 |


## I


| | | |
|---|---|---|
| Idaho v. Wright | 497 U.S. 805 (1990) | 838 |
| Idziak c. Canada (Ministre de la Justice) | [1992] 3 R.C.S. 631 | 85 |
| Idziak v. Canada (Minister of Justice) | [1992] 3 S.C.R. 631 | 85 |
| Imperial Tobacco Co. v. Kelly | [1943] 2 All E.R. 119 | 472 |
| In re Diehl v. Carritt | (1907), 15 O.L.R. 202 | 147 |
| In re L. (A Minor) | [1997] A.C. 16 | 332 |
| Indian Manufacturing Ltd. v. Lo | (1997), 75 C.P.R. (3d) 338 | 210 |
| Interprovincial Pipe Line Inc. c. M.R.N. | [1996] 1 C.F. 367 | 343 |
| Interprovincial Pipe Line Inc. v. M.N.R. | [1996] 1 F.C. 367 | 343 |
| ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. | [1986] 1 S.C.R. 752 | 356 |


## J


| | | |
|---|---|---|
| Jackson v. Jackson | [1973] S.C.R. 205 | 257 |
| James Richardson & Sons Ltd. c. Ministre du Revenu national | [1984] 1 R.C.S. 614 | 526, 554 |
| James Richardson & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue | [1984] 1 S.C.R. 614 | 526, 554 |
| Jarvis v. Swans Tours Ltd. | [1973] 1 All E.R. 71 | 17 |
| Jiwani v. Devgan | [2005] O.J. No. 2868 (QL) | 174 |
| Johnson v. Gore Wood & Co. | [2001] 2 W.L.R. 72 | 16 |


## K


| | | |
|---|---|---|
| K.D.N. Distribution & Warehousing Ltd., Re | (2002), 33 C.B.R. (4th) 77 | 174 |
| Kabunga s/o Magingi v. R. | (1955), 22 E.A.C.A. 387 | 681 |
| Kearney v. Feldman | [1998] O.J. No. 5109 (QL) | 174 |
| Khalil v. Corporation professionnelle des opticiens d'ordonnances | [1991] D.D.C.P. 316 | 530 |
| Kienapple c. La Reine | [1975] 1 R.C.S. 729 | 773, 925, 943 |
| Kienapple v. The Queen | [1975] 1 S.C.R. 729 | 773, 925, 943 |

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE

Kindler c. Canada (Ministre de la Justice) ..... [1991] 2 R.C.S. 779 ..... 88
Kindler v. Canada (Minister of Justice) ..... [1991] 2 S.C.R. 779 ..... 88
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture) ..... [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31 ..... 138, 934, 946

## L

L'Heureux (Syndic de) ..... [1999] R.J.Q. 945 ..... 160
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général) ..... [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61 ..... 39, 212, 329
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General) ..... [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61 ..... 39, 212, 329
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles) ..... [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53 ..... 642, 663
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages) ..... [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53 ..... 642, 663
Law Society of British Columbia v. Mangat ..... [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67 ..... 169
Leblanc c. La Reine ..... [1979] C.A. 417 ..... 65
Leblanc v. The Queen ..... [1979] C.A. 417 ..... 65
Lees c. La Reine ..... [1979] 2 R.C.S. 749 ..... 741, 756
Lees v. The Queen ..... [1979] 2 S.C.R. 749 ..... 741, 756
Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740 ..... [1990] 3 R.C.S. 644 ..... 154, 162
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740 ..... [1990] 3 S.C.R. 644 ..... 154, 162
Libman c. La Reine ..... [1985] 2 R.C.S. 178 ..... 781
Libman v. The Queen ..... [1985] 2 S.C.R. 178 ..... 781
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes ..... [1993] 3 R.C.S. 724 ..... 531
Lincoln Hydro Electric Commission ..... [1999] O.L.R.B. Rep. May/June 397 ..... 163
Liquor Control Board of Ontario v. Lifford Wine Agencies Ltd. ..... (2005), 76 O.R. (3d) 401 ..... 331
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice) ..... [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 ..... 426
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice) ..... [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 ..... 426
Lovelace v. Ontario ..... [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37 ..... 909
Ludco Enterprises Ltd. v. Canada ..... [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62 ..... 465
Lurtz v. Duchesne ..... (2005), 194 O.A.C. 119 ..... 433
Lussier c. Regroupement pour la commercialisation des produits de l'érable du Québec inc. ..... J.E. 2002-137 ..... 602
Lyell v. Kennedy ..... (1884), 27 Ch. D. 1 ..... 341

## M

M. (K.) v. M. (H.) ..... [1992] 3 S.C.R. 6 ..... 251, 294
M. v. H. ..... [1999] 2 S.C.R. 3 ..... 720

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| M.C. v. V.Z. | (1998), 228 A.R. 283 | 257 |
| MacDonald Estate v. Martin | [1990] 3 S.C.R. 1235 | 197 |
| MacLean v. Morash | (2003), 219 N.S.R. (2d) 83, 2003 NSSC 219 | 174 |
| MacMinn v. MacMinn | (1995), 174 A.R. 261 | 241, 295 |
| MacNeal v. MacNeal | (1993), 50 R.F.L. (3d) 235 | 283 |
| Malcolm v. Malcolm | (1919), 46 O.L.R. 198 | 253 |
| Malik v. Bank of Credit and Commerce International S.A. | [1998] A.C. 20 | 15 |
| Man of Aran | (1974), 6 L.A.C. (2d) 238 | 164 |
| Mancini (Bankrupt) v. Falconi | (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 90 | 132, 177 |
| Mann v. KPMG Inc. | (2000), 197 Sask. R. 181, 2000 SKQB 460 | 174 |
| Marche c. Cie d'assurance Halifax | [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6 | 531, 865 |
| Marche v. Halifax Insurance Co. | [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6 | 531, 865 |
| Marinangeli v. Marinangeli | (2003), 38 R.F.L. (5th) 307 | 261 |
| Mathew v. Canada | [2005] 2 S.C.R. 643, 2005 SCC 55 | 466 |
| McCaig v. Trentowsky | (1983), 148 D.L.R. (3d) 724 | 340 |
| McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General) | (2002), 61 O.R. (3d) 257 | 434 |
| McKyes, Re | 1996 CarswellQue 2575 | 174 |
| McTaggart v. McTaggart | [1947] O.J. No. 100 (QL) | 253 |
| McVey (Re) | [1992] 3 S.C.R. 475 | 95 |
| Meaney v. Busby | (1977), 15 O.R. (2d) 71 | 334 |
| Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) | [1998] 2 R.C.S. 193 | 572 |
| Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) | [1998] 2 S.C.R. 193 | 572 |
| Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771 | [2005] 3 R.C.S. 425, 2005 CSC 70 | 532 |
| Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771 | [2005] 3 S.C.R. 425, 2005 SCC 70 | 532 |
| Metropolitan Parking Inc. | [1980] 1 Can. L.R.B.R. 197 | 163 |
| Michel v. Lafrentz | (1992), 12 C.P.C. (3d) 119 | 227 |
| Miglin v. Miglin | [2003] 1 S.C.R. 303, 2003 SCC 24 | 267 |
| Mitchell c. Bande indienne Peguis | [1990] 2 R.C.S. 85 | 857, 890 |
| Mitchell c. M.R.N. | [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33 | 701 |
| Mitchell v. M.N.R. | [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33 | 701 |
| Mitchell v. Peguis Indian Band | [1990] 2 S.C.R. 85 | 857, 890 |
| Mitsui & Co. (Point Aconi) Ltd. v. Jones Power Co. | (2000), 188 N.S.R. (2d) 173, 2000 NSCA 96 | 331 |
| Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc. | [2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62 | 533 |
| Montreal Coke and Manufacturing v. Minister of National Revenue | [1944] A.C. 126 | 499 |
| Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc. | [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62 | 533 |
| Moosehunter c. La Reine | [1981] 1 R.C.S. 282 | 949 |
| Moosehunter v. The Queen | [1981] 1 S.C.R. 282 | 949 |
| Morberg v. Klassen | (1991), 49 C.L.R. 124 | 15 |
| Morguard Investments Ltd. v. De Savoye | [1990] 3 S.C.R. 1077 | 622, 646 |
| Multiple Access Ltd. v. McCutcheon | [1982] 2 S.C.R. 161 | 169 |
| Myran c. La Reine | [1976] 2 R.C.S. 137 | 949 |

| NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED / RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Myran v. The Queen | [1976] 2 S.C.R. 137 | 949 |

## N

| | | |
|---|---|---|
| Netbored Inc. v. Avery Holdings Inc. | (2005), 48 C.P.R. (4th) 240, 2005 FC 1405 | 206 |
| Netsmart Inc. v. Poelzer | [2003] 1 W.W.R. 698, 2002 ABQB 800 | 210 |
| Neumeyer v. Neumeyer | (2005), 47 B.C.L.R. (4th) 162, 2005 BCSC 1259 | 206 |
| New York Times Co. v. Tasini | 533 U.S. 483 (2001) | 373, 388 |
| Newfoundland v. Drew | (2003), 228 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2003 NLSCTD 105 | 721 |
| Newfoundland v. Drew | (2006), 260 Nfld. & P.E.I.R. 1, 2006 NLCA 53 | 721 |
| Nicholas v. Anderson | (1996), 40 C.B.R. (3d) 32 | 147 |
| Nicholas v. Anderson | (1998), 5 C.B.R. (4th) 256 | 174 |
| Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc. | [1983] 2 F.C. 189 | 210 |
| Nova, an Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co. | (1984), 5 D.L.R. (4th) 755 | 340 |
| Nova Growth Corp. c. Kepinski | [2001] O.J. No. 5993 (QL) | 224 |
| Nowegijick c. La Reine | [1983] 1 R.C.S. 29 | 480, 890 |
| Nowegijick v. The Queen | [1983] 1 S.C.R. 29 | 480, 890 |

## O

| | | |
|---|---|---|
| Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation | [1991] 2 S.C.R. 570 | 903 |
| Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commission, Inquiry Officer) | (2002), 62 O.R. (3d) 167 | 331 |
| Ontario c. Canadien Pacifique Ltée | [1995] 2 R.C.S. 1031 | 866 |
| Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation | [1991] 2 R.C.S. 570 | 903 |
| Ontario Realty Corp. v. P. Gabriele & Sons Ltd. | (2000), 50 O.R. (3d) 539 | 210 |
| Ontario v. Canadian Pacific Ltd. | [1995] 2 S.C.R. 1031 | 866 |
| Ordon Estate v. Grail | [1998] 3 S.C.R. 437 | 356 |
| Ordre des comptables généraux licenciés du Québec v. Québec (Procureur général) | [2004] R.J.Q. 1164 | 534 |
| Ordre des optométristes du Québec v. United States Shoe Corp. | SOQUIJ AZ-89021102 | 549 |
| Ordre des optométristes du Québec v. Vision Directe Inc. | [1985] C.S. 116 | 548 |
| Ordre des pharmaciens du Québec v. Meditrust Pharmacy Services Inc. | [1994] R.J.Q. 2833 | 551 |

## P

| | | |
|---|---|---|
| Palmer c. La Reine | [1980] 1 R.C.S. 759 | 753 |
| Palmer v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 759 | 733 |
| Paras v. Paras | [1971] 1 O.R. 130 | 252, 298 |
| Parizeau v. Barreau du Québec | [1997] R.J.Q. 1701 | 536 |
| Parshu Ram v. R. | (1967), 13 F.L.R. 138 | 681 |
| Parsons v. Sovereign Bank of Canada | [1913] A.C. 160 | 160 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Pasmore v. Oswaldtwistle Urban District Council | [1898] A.C. 387 | 546 |
| Passero v. Passero | [1991] O.J. No. 406 (QL) | 277 |
| Pattison (Inspector of Taxes) v. Marine Midland Ltd. | [1984] 1 A.C. 362 | 475 |
| Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission) | [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55 | 946 |
| Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission) | [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55 | 946 |
| Peace Hills Trust Co. c. Première nation Saulteaux | [2005] A.C.F. nº 1646 (QL), 2005 CF 1364 | 906 |
| Peace Hills Trust Co. v. Moccasin | (2005), 281 F.T.R. 201, 2005 FC 1364 | 906 |
| People v. Schwimmer | 411 N.Y.S. 2d 922 (1978) | 679 |
| Perka c. La Reine | [1984] 2 R.C.S. 232 | 98 |
| Perka v. The Queen | [1984] 2 S.C.R. 232 | 98 |
| Perreault c. La Reine | [1992] R.J.Q. 1829 | 67 |
| Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper | [1966] S.C.R. 673 | 16 |
| Poissant v. Barrette | (1879), 3 L.N. 12 | 252 |
| Prince v. The Queen | [1964] S.C.R. 81 | 956 |
| Prinzo v. Baycrest Centre for Geriatric Care | (2002), 60 O.R. (3d) 474 | 18 |
| Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne) | [2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31 | 41 |
| Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission) | [2004] 1 S.C.R. 809, 2004 SCC 31 | 41 |
| Proctor & Gamble Inc. c. M. Untel (f.a.s. Clarion Trading International) | [2000] A.C.F. nº 61 (QL) | 210 |
| Proctor & Gamble Inc. v. John Doe (c.o.b. Clarion Trading International) | [2000] F.C.J. No. 61 (QL) | 210 |
| Pulse Microsystems Ltd. v. SafeSoft Systems Inc. | (1996), 67 C.P.R. (3d) 202 | 210 |


## R


| | | |
|---|---|---|
| R. v. Abbey | [1982] 2 S.C.R. 24 | 807 |
| R. v. Adams | [1996] 3 S.C.R. 101 | 703 |
| R. v. Arcuri | [2001] 2 S.C.R. 828, 2001 SCC 54 | 95 |
| R. v. Arnoldi | (1893), 23 O.R. 201 | 62 |
| R. v. Augustine | (2001), 232 N.B.R. (2d) 313 | 960 |
| R. v. B. (K.G.) | [1993] 1 S.C.R. 740 | 809, 863 |
| R. v. B. (O.) | (1997), 116 C.C.C. (3d) 189 | 781 |
| R. v. Badger | [1996] 1 S.C.R. 771 | 697, 932, 949 |
| R. v. Barlow | (2000), 228 N.B.R. (2d) 289 | 960 |
| R. v. Bartleman | (1984), 55 B.C.L.R. 78 | 927 |
| R. v. Bembridge | (1783), 3 Dougl. 327, 99 E.R. 679 | 55 |
| R. v. Bembridge | (1783), 22 How. St. Tr. 1 | 56 |
| R. v. Bernard | (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55 | 698, 960 |
| R. v. Borden | [1994] 3 S.C.R. 145 | 417 |
| R. v. Borron | (1820), 3 B. & Ald. 432, 106 E.R. 721 | 57 |
| R. v. C. (B.) | (1993), 12 O.R. (3d) 608 | 837 |
| R. v. Caja | (1977), 36 C.C.C. (2d) 401 | 411 |
| R. v. Campbell | (1967), 3 C.C.C. 250 | 65 |
| R. v. Campeau | [1999] Q.J. No. 5436 (QL) | 679 |
| R. v. Carlson | (1996), 141 Sask. R. 168 | 425 |
| R. v. Chan | (2003), 178 C.C.C. (3d) 269 | 683 |

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE


R. v. Chaulk ..... [1990] 3 S.C.R. 1303 ..... 863
R. v. Cline ..... (1956), 115 C.C.C. 18 ..... 682
R. v. Côté ..... [1996] 3 S.C.R. 139 ..... 708, 935, 950
R. v. Creighton ..... [1993] 3 S.C.R. 3 ..... 71
R. v. Curtis ..... (1996), 144 Sask. R. 156 ..... 425
R. v. Czibulka ..... (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 ..... 821
R. v. Dungey ..... (1979), 51 C.C.C. (2d) 86 ..... 673
R. v. Dytham ..... (1979), 69 Cr. App. R. 387 ..... 60
R. v. Edwards ..... (2001), 54 O.R. (3d) 737 ..... 778
R. v. Edwards ..... (2001), 155 C.C.C. (3d) 473 ..... 734, 756
R. v. Fisher ..... (2001), 139 O.A.C. 96 ..... 68
R. v. Francis ..... [1988] 1 S.C.R. 1025 ..... 946
R. v. G ..... [2004] 1 A.C. 1034, [2003] UKHL 50 ..... 61
R. v. G.R. ..... [2005] 2 S.C.R. 371, 2005 SCC 45 ..... 777
R. v. Garcia ..... [1970] 3 C.C.C. 124 ..... 771
R. v. Gardiner ..... [1982] 2 S.C.R. 368 ..... 741
R. v. Gill ..... (1986), 29 C.C.C. (3d) 242 ..... 506
R. v. Gladstone ..... [1996] 2 S.C.R. 723 ..... 718, 938
R. v. Gladue ..... [1999] 1 S.C.R. 688 ..... 742, 772
R. v. Golden ..... [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83 ..... 417
R. v. Goulis ..... (1981), 33 O.R. (2d) 55 ..... 865
R. v. Gourgon ..... (1981), 58 C.C.C. (2d) 193 ..... 779
R. v. Hamilton ..... [2005] 2 S.C.R. 432, 2005 SCC 47 ..... 678
R. v. Harris ..... [1998] B.C.J. No. 1016 (QL) ..... 960
R. v. Hawkins ..... [1996] 3 S.C.R. 1043 ..... 816
R. v. Hébert ..... [1986] R.J.Q. 236 ..... 66
R. v. Hollond ..... (1794), 5 T.R. 607, 101 E.R. 340 ..... 59
R. v. Howlett ..... (2002), 163 O.A.C. 48 ..... 771
R. v. Hundal ..... [1993] 1 S.C.R. 867 ..... 71
R. v. Ice ..... [2000] O.J. No. 5857 (QL) ..... 960
R. v. Kennett ..... (1781), 5 Car. & P. 282, 172 E.R. 976 ..... 58
R. v. Khan ..... [1990] 2 S.C.R. 531 ..... 792
R. v. King ..... [1996] O.J. No. 5458 (QL) ..... 960
R. v. Kootenay ..... (2000), 150 C.C.C. (3d) 311 ..... 410
R. v. Kotyszyn ..... (1949), 8 C.R. 246, 95 C.C.C. 261 ..... 676
R. v. L. ..... (1986), 50 C.R. (3d) 398 ..... 411
R. v. L. (D.O.) ..... [1993] 4 S.C.R. 419 ..... 99
R. v. Larche ..... [2006] 2 S.C.R. 762, 2006 SCC 56 ..... 745, 754
R. v. Lavender ..... (1981), 59 C.C.C. (2d) 551 ..... 411
R. v. Lessard ..... (1982), 10 C.C.C. (3d) 61 ..... 679
R. v. Lévesque ..... [2000] 2 S.C.R. 487, 2000 SCC 47 ..... 733
R. v. Lewis ..... [1996] 1 S.C.R. 921 ..... 861
R. v. Llewellyn-Jones ..... (1966), 51 Cr. App. R. 4 ..... 59
R. v. Llewellyn-Jones ..... (1967), 51 Cr. App. R. 204 ..... 59
R. v. M. (M.R.) ..... [1998] 3 S.C.R. 393 ..... 423
R. v. M. (P.S.) ..... (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 ..... 739
R. v. Machimity ..... [1996] O.J. No. 4365 (QL) ..... 960
R. v. Maheu ..... (1997), 116 C.C.C. (3d) 361 ..... 750

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| R. v. Maheu | [1997] R.J.Q. 410 | 750 |
| R. v. Mallet | [2000] N.B.J. No. 197 (QL) | 784 |
| R. v. Mapara | [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23 | 811 |
| R. v. Maple | [1982] 2 C.N.L.R. 181 | 960 |
| R. v. Marshall | [1999] 3 S.C.R. 456 | 901, 927, 949 |
| R. v. Marshall | [1999] 3 S.C.R. 533 | 932, 949 |
| R. v. Marshall | [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43 | 714, 930, 955 |
| R. v. Maurice | [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68 | 960 |
| R. v. May | (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 | 675 |
| R. v. McClure | [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14 | 40, 329 |
| R. v. McCraw | [1991] 3 S.C.R. 72 | 867 |
| R. v. McLeod | (1992), 109 Sask. R. 8 | 425 |
| R. v. McLeod | (1993), 81 C.C.C. (3d) 83 | 416 |
| R. v. McMorran | (1948), 91 C.C.C. 19 | 64 |
| R. v. Mills | [1999] 3 S.C.R. 668 | 815 |
| R. v. Morgentaler | [1988] 1 S.C.R. 30 | 512 |
| R. v. Nikal | [1996] 1 S.C.R. 1013 | 937, 958 |
| R. v. O'Brien | [1954] S.C.R. 666 | 679 |
| R. v. O'Brien | [1978] 1 S.C.R. 591 | 807 |
| R. v. Pamajewon | [1996] 2 S.C.R. 821 | 709 |
| R. v. Paré | [1987] 2 S.C.R. 618 | 779 |
| R. v. Pariseau | [2003] 2 C.N.L.R. 260 | 960 |
| R. v. Parisien | (1971), 3 C.C.C. (2d) 433 | 749, 776 |
| R. v. Paul | (1993), 142 N.B.R. (2d) 55 | 954 |
| R. v. Pearson | [2001] R.J.Q. 69 | 776 |
| R. v. Pelletier | [1989] A.Q. nº 1651 (QL) | 743 |
| R. v. Pelletier | (1989), 52 C.C.C. (3d) 340 | 743 |
| R. v. Perreault | (1992), 75 C.C.C. (3d) 425 | 67 |
| R. v. Pilarinos | (2002), 168 C.C.C. (3d) 548 | 68 |
| R. v. Pinney | (1832), 5 Car. & P. 254, 172 E.R. 962 | 58 |
| R. v. Pitawanakwat | [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50 | 960 |
| R. v. Polches | (2005), 289 N.B.R. (2d) 72, 2005 NBQB 137 | 960 |
| R. v. Power | (1993), 122 N.S.R. (2d) 110 | 68 |
| R. v. Powley | [2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43 | 706 |
| R. v. Proulx | [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5 | 408, 742 |
| R. v. Rajic | (1993), 80 C.C.C. (3d) 533 | 71 |
| R. v. Robinson | (1979), 49 C.C.C. (2d) 464 | 771 |
| R. v. Rodgers | [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15 | 87 |
| R. v. Rose | [1998] 3 S.C.R. 262 | 814 |
| R. v. Russell | [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53 | 783 |
| R. v. Salituro | [1991] 3 S.C.R. 654 | 651 |
| R. v. Seward | (1999), 171 D.L.R. (4th) 524 | 960 |
| R. v. Sharpe | [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2 | 678 |
| R. v. Shipley | (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774 | 512 |
| R. v. Sioui | [1990] 1 S.C.R. 1025 | 720 |

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE


R. v. Smith ..... [1992] 2 S.C.R. 915 ..... 792
R. v. Southwind ..... [1991] O.J. No. 3612 (QL) ..... 960
R. v. Sparrow ..... [1990] 1 S.C.R. 1075 ..... 697, 937, 943
R. v. Starr ..... [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40 ..... 792
R. v. Stillman ..... [1997] 1 S.C.R. 607 ..... 417
R. v. Stinchcombe ..... [1991] 3 S.C.R. 326 ..... 327
R. v. Stump ..... [2000] 4 C.N.L.R. 260 ..... 960
R. v. Sundown ..... [1999] 1 S.C.R. 393 ..... 931, 949
R. v. Sutherland ..... [1980] 2 S.C.R. 451 ..... 949
R. v. Traverse ..... (2006), 205 C.C.C. (3d) 33 ..... 410
R. v. U. (F.J.) ..... [1995] 3 S.C.R. 764 ..... 793
R. v. Van der Peet ..... [1996] 2 S.C.R. 507 ..... 699
R. v. Wang ..... [2005] 1 W.L.R. 661, [2005] UKHL 9 ..... 506
R. v. Warsing ..... [1998] 3 S.C.R. 579 ..... 739
R. v. White ..... (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 ..... 927
R. v. White ..... (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 ..... 956
R. v. White and Bob ..... (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 ..... 904
R. v. Wilcox ..... (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45 ..... 821
R. v. Williams ..... (1762), 3 Burr. 1317, 97 E.R. 851 ..... 57
R. v. Wust ..... [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18 ..... 114
R. v. Wyat ..... (1705), 1 Salk. 380, 91 E.R. 331 ..... 58
R. v. Yapput ..... [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318 ..... 960
R. v. Young ..... (1758), 1 Burr. 557, 97 E.R. 447 ..... 57
R. v. Ziatas ..... (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 ..... 411
Radio CJYQ-930 Ltd. ..... [1979] 1 Can. L.R.B.R. 233 ..... 164
Randfield v. Randfield ..... (1861), 3 De G. F. & J. 766, 45 E.R. 1075 ..... 147
Re International Association of Machinists & Aerospace Workers and Qantas Airways Ltd. ..... (1983), 149 D.L.R. (3d) 38 ..... 638
Re New Alger Mines Ltd. ..... (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 113 ..... 147
Re Reed ..... (1980), 34 C.B.R. (N.S.) 83 ..... 160
Re United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America, Local 3054 and Cassin-Remco Ltd. ..... (1979), 105 D.L.R. (3d) 138 ..... 164
Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23 ..... [2005] 2 S.C.R. 669, 2005 SCC 56 ..... 169
Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23 ..... [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56 ..... 169
Richardson v. Richardson ..... [1987] 1 S.C.R. 857 ..... 252, 294
Ridgewood Electric Ltd. (1990) v. Robbie ..... (2005), 74 O.R. (3d) 514 ..... 206
Ritchie v. Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd. ..... (2004), 35 C.P.R. (4th) 163 ..... 384
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) ..... [1998] 1 S.C.R. 27 ..... 166
RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) ..... [1994] 1 R.C.S. 311 ..... 315
RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) ..... [1994] 1 S.C.R. 311 ..... 315
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario ..... [1990] 2 R.C.S. 232 ..... 535
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario ..... [1990] 2 S.C.R. 232 ..... 535
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan ..... [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13 ..... 169, 948
Royal Bank of Canada v. White Bear Indian Band ..... [1992] 1 C.N.L.R. 174 ..... 897
Royal Crest Lifecare Group, Re ..... (2003), 40 C.B.R. (4th) 146 ..... 138, 175
RoyNat Inc. v. Allan ..... (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 165 ..... 147

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| **S** | | |
| S. (L.) v. P. (E.) | (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254, 1999 BCCA 393 | 241, 298 |
| Saanichton Marina Ltd. v. Claxton | (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79 | 927 |
| Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc. | [2001] 3 S.C.R. 978, 2001 SCC 92 | 150, 173 |
| Sanders c. La Reine | [1970] R.C.S. 109 | 784 |
| Sanders v. The Queen | [1970] S.C.R. 109 | 784 |
| Shell Canada Ltd. v. Canada | [1999] 3 S.C.R. 622 | 468, 489 |
| Shell Canada Ltée c. Canada | [1999] 3 R.C.S. 622 | 468, 489 |
| Shum Kwok Sher v. HKSAR | [2002] 5 HKCFAR 381 | 60 |
| Simon c. La Reine | [1985] 2 R.C.S. 387 | 720, 931, 948 |
| Simon v. The Queen | [1985] 2 S.C.R. 387 | 720, 931, 948 |
| Slumber-Magic Adjustable Bed Co. v. Sleep-King Adjustable Bed Co. | (1984), 3 C.P.R. (3d) 81 | 392 |
| Smith v. Jones | [1999] 1 S.C.R. 455 | 329 |
| Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet | [2004] 2 R.C.S. 427, 2004 CSC 45 | 388, 640 |
| Society of Composers, Authors & Music Publishers of Canada v. Armitage | (2000), 20 C.B.R. (4th) 160 | 174 |
| Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Armitage | (2000), 50 O.R. (3d) 688 | 147 |
| Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers | [2004] 2 S.C.R. 427, 2004 SCC 45 | 388, 640 |
| Solosky c. La Reine | [1980] 1 R.C.S. 821 | 41 |
| Solosky v. The Queen | [1980] 1 S.C.R. 821 | 41 |
| Sous-ministre du Revenu c. Rainville | [1980] 1 R.C.S. 35 | 170 |
| Steinhuebl v. Steinhuebl | [1970] 2 O.R. 683 | 283 |
| Stribbell v. Bhalla | (1990), 73 O.R. (2d) 748 | 434 |
| Stubart Investments Ltd. c. La Reine | [1984] 1 R.C.S. 536 | 465 |
| Stubart Investments Ltd. v. The Queen | [1984] 1 S.C.R. 536 | 465 |
| Sturgeon Lake Indian Band v. Tomporowski Architectural Group Ltd. | (1991), 95 Sask. R. 302 | 897 |
| Succession MacDonald c. Martin | [1990] 3 R.C.S. 1235 | 197 |
| Succession Ordon c. Grail | [1998] 3 R.C.S. 437 | 356 |
| Sulphur Experts Inc. v. O'Connell | (2000), 279 A.R. 246, 2000 ABQB 875 | 216 |
| Syndicat national de l'amiante d'Asbestos inc. v. Jeffrey Mines Inc. | [2003] Q.J. No. 264 (QL) | 183 |
| **T** | | |
| T. (P.) v. B. (R.) | (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 36, 2004 ABCA 244 | 257 |
| Taylor v. Gill | [1991] 3 W.W.R. 727 | 15 |
| Tedham v. Tedham | (2003), 20 B.C.L.R. (4th) 56, 2003 BCCA 600 | 275 |
| Tennant c. M.R.N. | [1996] 1 R.C.S. 305 | 499 |
| Tennant v. M.N.R. | [1996] 1 S.C.R. 305 | 499 |
| Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc. | [2002] 2 S.C.R. 336, 2002 SCC 34 | 388 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Thermax Ltd. v. Schott Industrial Glass Ltd. | [1981] F.S.R. 289 | 212 |
| Thompson v. Zurich Insurance Co. | (1984), 7 D.L.R. (4th) 664 | 18 |
| Three Rivers District Council v. Governor and Company of the Bank of England (No. 6) | [2004] Q.B. 916, [2004] EWCA Civ 218 | 332 |
| Thrustcode Ltd. v. W. W. Computing Ltd. | [1983] F.S.R. 502 | 381 |
| Tilley v. Hails | (1993), 12 O.R. (3d) 306 | 224 |
| Tip Top Tailors Ltd. v. Minister of National Revenue | [1957] S.C.R. 703 | 468 |
| Tolofson v. Jensen | [1994] 3 S.C.R. 1022 | 655 |
| Toronto Dominion Bank v. Alex L. Clark Ltd. | (1993), 22 C.B.R. (3d) 6 | 147 |
| Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées) | [2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14 | 173 |
| Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program) | [2006] 1 S.C.R. 513, 2006 SCC 14 | 173 |
| Turner v. Manitoba | (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207 | 960 |


## U


| | | |
|---|---|---|
| Uncle Ben's Industries | [1979] 2 Can. L.R.B.R. 126 | 164 |
| Uniforêt Pâte Port-Cartier Inc. v. Zerotech Technologies Inc. | [1998] 9 W.W.R. 688 | 651 |
| Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia | [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40 | 630 |
| Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) | [1998] 1 R.C.S. 1161 | 858 |
| Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance) | [1998] 1 S.C.R. 1161 | 858 |
| United Mexican States v. Ortega | [2006] 2 S.C.R. 120, 2006 SCC 34 | 83 |
| United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général) | [1992] 1 R.C.S. 901 | 659 |
| United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General) | [1992] 1 S.C.R. 901 | 659 |
| United States of America v. Adam | (2003), 174 C.C.C. (3d) 445 | 114 |
| United States of America v. Cobb | [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19 | 97 |
| United States of America v. Cotroni | [1989] 1 S.C.R. 1469 | 112 |
| United States of America v. Dynar | [1997] 2 S.C.R. 462 | 679 |
| United States of America v. Ferras | [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33 | 122 |
| United States of America v. Fordham | (2005), 196 C.C.C. (3d) 39, 2005 BCCA 197 | 783 |
| United States of America v. Kwok | [2001] 1 S.C.R. 532, 2001 SCC 18 | 97 |
| United States of America v. Lépine | [1994] 1 S.C.R. 286 | 781 |
| United States of America v. Shephard | [1977] 2 S.C.R. 1067 | 85 |
| United States of America v. Shulman | [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21 | 97 |
| United States of America v. Yang | (2001), 56 O.R. (3d) 52 | 84 |
| United States v. Burns | [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7 | 113, 642 |
| Universal Thermosensors Ltd. v. Hibben | [1992] 1 W.L.R. 840 | 215 |


## V


| | | |
|---|---|---|
| Valente c. La Reine | [1985] 2 R.C.S. 673 | 91 |
| Valente v. The Queen | [1985] 2 S.C.R. 673 | 91 |
| Vanderwoude v. Scott & Pichelli Ltd. | (2001), 25 C.B.R. (4th) 127 | 174 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENVOI | PAGE |
|---|---|---|
| Vanderwoude v. Scott and Pichelli Ltd. | (2001), 143 O.A.C. 195 | 147 |
| Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc. | [1992] 2 S.C.R. 1065 | 635, 659 |
| Virden Credit Union Ltd. v. Dunwoody Ltd. | (1982), 45 C.B.R. (N.S.) 84 | 147 |
| Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia | [1989] 1 S.C.R. 1085 | 18 |
| Voth Bros. Construction (1974) Ltd. v. North Vancouver School District No. 44 Board of School Trustees | (1981), 29 B.C.L.R. 114 | 340 |

## W

| | | |
|---|---|---|
| Wallace v. United Grain Growers Ltd. | [1995] 9 W.W.R. 153 | 15 |
| Wallace v. United Grain Growers Ltd. | [1997] 3 S.C.R. 701. | 23, 157 |
| Walsh v. Walsh | (2004), 69 O.R. (3d) 577 | 261 |
| Warrington v. Great-West Life Assurance Co | (1996), 139 D.L.R. (4th) 18 | 12 |
| Watts v. Morrow | [1991] 1 W.L.R. 1421 | 15 |
| Waugh v. British Railways Board | [1979] 2 All E.R. 1169 | 340 |
| Wertheim v. Chicoutimi Pulp Co. | [1911] A.C. 301 | 19 |
| Westfair Foods Ltd. v. Naherny | (1990), 63 Man. R. (2d) 238 | 635 |
| Wewaykum Indian Band v. Canada | [2003] 2 S.C.R. 259, 2003 SCC 45 | 91 |
| Wharton v. Tom Harris Chevrolet Oldsmobile Cadillac Ltd. | (2002), 97 B.C.L.R. (3d) 307, 2002 BCCA 78 | 18 |
| Whitbread v. Walley | [1990] 3 S.C.R. 1273 | 356 |
| Whiten v. Pilot Insurance Co. | [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18 | 26 |
| Whitton v. Shippelt | (2001), 293 A.R. 317, 2001 ABCA 307 | 278 |
| Williams v. Canada | [1992] 1 S.C.R. 877 | 859 |
| Willick v. Willick | [1994] 3 S.C.R. 670 | 252, 294 |
| Willows Golf Corp. (Bankrupt), Re | (1994), 119 Sask. R. 208 | 174 |
| Wilson v. Sooter Studios Ltd. | (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 241 | 18 |
| Woodbridge Hotel | (1976), 13 L.A.C. (2d) 96 | 164 |
| Wujda v. Smith | (1974), 49 D.L.R. (3d) 476 | 334 |

## Y

| | | |
|---|---|---|
| Young c. Bande de Wolf Lake | [1999] A.C.F. nº 253 (QL) | 897 |
| Young v. Wolf Lake Indian Band | (1999), 164 F.T.R. 123 | 897 |

## Z

| | | |
|---|---|---|
| Zacks v. Zacks | [1973] S.C.R. 891 | 257 |
| Zingre c. La Reine | [1981] 2 R.C.S. 392 | 638 |
| Zingre v. The Queen | [1981] 2 S.C.R. 392 | 638 |

# STATUTES AND REGULATIONS CITED


PAGE

## A

*Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1
s. 23 ..... 319

## B

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3
s. 47 ..... 123
s. 72 ..... 123
s. 215 ..... 123

## C

*Canada Shipping Act*, R.S.C. 1985, c. S-9
s. 577 ..... 349

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*
s. 1 ..... 77, 120
s. 6 ..... 77
s. 7 ..... 77, 120
s. 8 ..... 399
s. 11(f) ..... 501
s. 24 ..... 77

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64
s. 300 ..... 591
s. 334 ..... 591
s. 361 ..... 591
ss. 355 to 364 ..... 591

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25
art. 477 ..... 591
art. 751 ..... 513
art. 829 ..... 591

*Code of ethics of pharmacists*, R.R.Q. 1981, c. P-10 ..... 513

*Companies Act*, R.S.Q., c. C-38
s. 31 ..... 591

PAGE

*Constitution Act, 1867*
s. 91(10) ..... 349
s. 91(24) ..... 915
s. 92(13) ..... 349, 915

*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42
s. 3(1) ..... 363
s. 13 ..... 363

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 34(1) ..... 347
s. 122 ..... 49
s. 686(1)(b)(iii) ..... 501
s. 725 ..... 728
s. 732.1(3)(c) ..... 399
s. 732.1(3)(h) ..... 399
s. 742.1 ..... 728

*Currency Act*, R.S.C. 1985, c. C-52
s. 3(1) ..... 447
s. 14 ..... 447

## D

*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.)
s. 15.1 ..... 231
s. 17 ..... 231
s. 25.1 ..... 231

## E

*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18
s. 29(1) ..... 77
s. 32 ..... 77, 120
s. 33 ..... 77

## F

*Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175
ss. 1 to 4 ..... 231
s. 9 ..... 231

| | PAGE |
|---|---|
| s. 10 | 231 |
| s. 14 | 231 |
| s. 25 | 231 |
| *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 | |
| s. 19 | 32 |

I

| | |
|---|---|
| *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) | |
| s. 3 | 447 |
| s. 18(1)(b) | 447 |
| s. 20(1) | 447 |
| s. 39 | 447 |
| s. 79 | 447 |
| s. 80 | 447 |
| s. 248 "amount", "principal amount" | 447 |
| *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5 | |
| s. 88 | 915 |
| s. 89 | 846 |
| s. 90(1)(b) | 846 |

L

| | |
|---|---|
| *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A | |
| s. 69(2) | 123 |

P

| | |
|---|---|
| *Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, c. P-1 | 231 |
| *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4 | |
| s. 55.2(4) | 560 |
| *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 | |
| s. 4(1) | 560 |
| s. 4(5) | 560 |
| s. 5(1) | 560 |
| *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26 | |
| s. 2 | 513 |
| s. 114 | 513 |
| s. 122 | 513 |
| s. 188 | 513 |
| s. 191 | 513 |

R

| | |
|---|---|
| *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 | |
| r. 49 | 428 |
| r. 57.01(1) | 428 |
| *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156 | |
| Rule 62 | 311 |

S

| | |
|---|---|
| *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26 | |
| s. 65.1(1) | 311 |

W

| | |
|---|---|
| *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57 | |
| s. 27(1)(d) | 915 |
| s. 27(1)(e) | 915 |
| s. 29 | 915 |

# LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS


PAGE

## C

*Charte canadienne des droits et libertés*
art. 1 ..... 77, 120
art. 6 ..... 77
art. 7 ..... 77, 120
art. 8 ..... 399
art. 11f) ..... 501
art. 24 ..... 77

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64
art. 300 ..... 591
art. 334 ..... 591
art. 361 ..... 591
art. 355 à 364 ..... 591

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 34(1) ..... 347
art. 122 ..... 49
art. 686(1)b)(iii) ..... 501
art. 725 ..... 728
art. 732.1(3)c) ..... 399
art. 732.1(3)h) ..... 399
art. 742.1 ..... 728

*Code de déontologie des pharmaciens*, R.R.Q. 1981, ch. P-10 ..... 513

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25
art. 477 ..... 591
art. 751 ..... 513
art. 829 ..... 591

*Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26
art. 2 ..... 513
art. 114 ..... 513
art. 122 ..... 513
art. 188 ..... 513
art. 191 ..... 513

## L

*Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175
art. 1 à 4 ..... 231

PAGE

art. 9 ..... 231
art. 10 ..... 231
art. 14 ..... 231
art. 25 ..... 231

*Loi constitutionnelle de 1867*
art. 91(10) ..... 349
art. 91(24) ..... 915
art. 92(13) ..... 349, 915

*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A
art. 69(2) ..... 123

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)
art. 3 ..... 447
art. 18(1)b) ..... 447
art. 20(1) ..... 447
art. 39 ..... 447
art. 79 ..... 447
art. 80 ..... 447
art. 248 « montant », « principal » ..... 447

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1
art. 23 ..... 319

*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.3
art. 19 ..... 32

*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18
art. 29(1) ..... 77
art. 32 ..... 77, 120
art. 33 ..... 77

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26
art. 65.1(1) ..... 311

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3
art. 47 ..... 123
art. 72 ..... 123
art. 215 ..... 123

PAGE

*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. 1985, ch. S-9
art. 577 ..... 349

*Loi sur la monnaie*, L.R.C. 1985, ch. C-52
art. 3(1) ..... 447
art. 14 ..... 447

*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.)
art. 15.1 ..... 231
art. 17 ..... 231
art. 25.1 ..... 231

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42
art. 3(1) ..... 363
art. 13 ..... 363

*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4
art. 55.2(4) ..... 560

*Loi sur les compagnies*, L.R.Q., ch. C-38
art. 31 ..... 591

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5
art. 88 ..... 915
art. 89 ..... 846
art. 90(1)b) ..... 846

**P**

*Parentage and Maintenance Act*, R.S.A. 2000, ch. P-1 ..... 231

PAGE

**R**

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133
art. 4(1) ..... 560
art. 4(5) ..... 560
art. 5(1) ..... 560

*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156
art. 62 ..... 311

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194
règle 49 ..... 428
règle 57.01(1) ..... 428

**W**

*Wildlife Act*, S.B.C. 1982, ch. 57
art. 27(1)d) ..... 915
art. 27(1)e) ..... 915
art. 29 ..... 915

# AUTHORS CITED

# DOCTRINE CITÉE


PAGE

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated May 2006, release 25). ..... 163

American Law Institute. *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments)*, Part I, vol. 2. Philadelphia: The Institute, 1985. ..... 679

Auger, Jacques, and Albert Bohémier. "The Status of the Trustee in Bankruptcy" (2003), 37 *R.J.T.* 57. ..... 160

Australia. Federal Court. Practice Note No. 24, May 5, 2006. ..... 212

Barsh, Russel Lawrence, and James Youngblood Henderson. "The Supreme Court's Van der Peet Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993. ..... 711

Barsh, Russel Lawrence, and James Youngblood Henderson. « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993. ..... 712

Beaulac, Stéphane, and Pierre-André Côté. "Driedger's 'Modern Principle' at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization" (2006), 40 *R.J.T.* 131. ..... 421

Bennett, Frank. *Bennett on Bankruptcy*, 8th ed. Toronto: CCH Canadian, 2005. ..... 147

Bennett, Frank. *Bennett on Receiverships*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999. ..... 147

Berryman, Jeff. "Cross-Border Enforcement of Mareva Injunctions in Canada" (2005), 30 *Adv. Q.* 413. ..... 626

Bickham, Douglas P. "Extra! Can't Read All About It: Articles Disappear After High Court Rules Freelance Writers Taken Out of Context in *New York Times Co. v. Tasini*" (2001), 29 *W. St. U. L. Rev.* 85. ..... 388

Black, Vaughan. "Enforcement of Foreign Non-money Judgments: *Pro Swing v. Elta*" (2006), 42 *Can. Bus. L.J.* 81. ..... 624, 652

Black, Vaughan. « Enforcement of Foreign Non-money Judgments : *Pro Swing v. Elta* » (2006), 42 *Rev. can. dr. comm.* 81. ..... 624, 652

*Black's Law Dictionary*, 8th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 2004, "*res gestae*". ..... 779

Borrows, John, and Leonard I. Rotman. "The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference?" (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 9. ..... 713

Botting, Gary. *Extradition Between Canada and the United States*. Ardsley, N.Y.: Transnational, 2005. ..... 97

Brierley, John E. C. "The Renewal of Quebec's Distinct Legal Culture: The New *Civil Code of Québec*" (1992), 42 *U.T.L.J.* 484. ..... 604

Briggs, Adrian. "Crossing the River by Feeling the Stones: Rethinking the Law on Foreign Judgments" (2004), 8 *SYBIL* 1. ..... 626

PAGE

British Columbia. British Columbia Law Institute. *Report on the Enforcement of Non-money Judgments from Outside the Province.* Vancouver: The Institute, 1999. ..... 650

Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments).* Toronto: Carswell, 1890. ..... 63

Canada. Affaires indiennes et du Nord. Centre de recherches historiques et d'étude des traités. *Historique de la Loi sur les Indiens*, 2e éd. Ottawa : Le Centre, 1978. ..... 873

Canada. Affaires indiennes et du Nord canadien. *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones.* Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997. ..... 895

Canada. Affaires indiennes et du Nord canadien. *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones : Rapport d'étape.* Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2000. ..... 907

Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l'impôt. Décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, nº 90063-3 (E), « Exchangeable Debenture », 30 juillet 1990. ..... 495

Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l'impôt. Décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, nº 1999-0008753 (F), « Débentures échangeables », 1er janvier 2000. ..... 495

Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l'impôt. Interprétation technique, nº 9703377 (E), « Consumer Based Loan », 17 avril 1997. ..... 480

Canada. Agence du revenu du Canada. Direction des décisions de l'impôt. Décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu, nº 2000-0060103 (E), « Principal Amount of Debt Obligation », 1er janvier 2001. ..... 480

Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Advance Income Tax Ruling, No. 2000-0060103 (E), "Principal Amount of Debt Obligation", January 1, 2001. ..... 480

Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Advance Income Tax Ruling, No. 90063-3 (E), "Exchangeable Debenture", July 30, 1990. ..... 495

Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Advance Income Tax Ruling, No. 1999-0008753 (F), "Débentures échangeables", January 1, 2000. ..... 495

Canada. Canada Revenue Agency. Income Tax Rulings Directorate. Technical Interpretation, No. 9703377 (E), "Consumer Based Loan", April 17, 1997. ..... 480

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1re sess., 22e légis., 19 janvier 1954, p. 1344. ..... 65

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 4e sess., 21e lég., 16 mars 1951, p. 1380. ..... 875

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3e sess., 18e lég., 30 mai 1938, p. 3423. ..... 873

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 34, 2e sess., 7e légis., 12 avril 1892, p. 1347. ..... 63

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 1re sess., 35e lég., 25 avril 1995, p. 11760. ..... 254

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2e sess., 35e lég., 1er octobre 1996, p. 4901. ..... 255

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., nº 176, 8 février 1999, p. 11602. ..... 885

PAGE

Canada. Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour continuer et terminer l'étude de la Loi des Indiens. *Procès-verbaux et témoignages*. Quatrième rapport, nº 5, 22 juin 1948, p. 23-24. ..... 874

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, vol. 3, *Vers un ressourcement*. Ottawa : La Commission, 1996. ..... 869, 887, 895

Canada. Department of Justice. *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines*, vol. 1. Ottawa: Department of Justice Canada, 2002. ..... 260

Canada. Department of Justice. *Federal Child Support Guidelines Reference Manual*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1997. ..... 254

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 22nd Parl., January 19, 1954, p. 1274. ..... 65

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 4th Sess., 21st Parl., March 16, 1951, p. 1352. ..... 875

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 18th Parl., May 30, 1938, pp. 3349-50. ..... 873

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 34, 2nd Sess., 7th Parl., April 12, 1892, p. 1312. ..... 63

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 1st Sess., 35th Parl., April 25, 1995, p. 11760. ..... 254

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., October 1, 1996, p. 4901. ..... 255

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 135, 1st Sess., 36th Parl., No. 176, February 8, 1999, p. 11602. ..... 884

Canada. Indian Affairs and Northern Development. *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 1997. ..... 895

Canada. Indian Affairs and Northern Development. *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan: A Progress Report*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2000. ..... 907

Canada. Indian and Northern Affairs. Treaties and Historical Research Centre. *The Historical Development of the Indian Act*, 2nd ed. Ottawa: The Centre, 1978. ..... 873

Canada. Ministère de la Justice. *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 1. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 2002. ..... 260

Canada. Ministère de la Justice. *Pensions alimentaires pour enfants : Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1997. ..... 254

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996. ..... 869, 887, 895

Canada. Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Indian Act. *Minutes of Proceedings and Evidence*. Fourth Report, Issue No. 5, June 22, 1948, p. 187. ..... 874

Carter, Donald D., Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2002. ..... 164

PAGE

Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2006, release 3). ..... 623, 656

Chamberland, Jacques. « Discours inaugural du sous-ministre de la Justice », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec : actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992, 1. ..... 604

Cheng, Chilwin Chienhan. "Touring the Museum: A Comment on *R. v. Van der Peet*" (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419. ..... 711

Chitty, Joseph Jr. *Chitty on Contracts*, vol. II, 29th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004. ..... 15

Cohen, Ronnie, and Shannon O'Byrne. "Cry Me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action — A North American Perspective" (2005), 42 *Am. Bus. L.J.* 97. ..... 19

Colombie-Britannique. British Columbia Law Institute. *Report on the Enforcement of Non-money Judgments from Outside the Province*. Vancouver : The Institute, 1999. ..... 649

*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "justify". ..... 98

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada : Stratégie du droit commercial*. Ottawa : La Conférence, 2005 (feuilles mobiles). ..... 650

Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd. Cowansville, Québec : Yvon Blais, 1998. ..... 683

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. ..... 494, 534, 603

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. ..... 494, 534, 603

Crête, Raymonde, et Stéphane Rousseau. *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux*. Montréal : Thémis, 2002. ..... 598

Devlin, Patrick. "The Judge and the Jury", in *The Judge*. New York: Oxford University Press, 1979. ..... 510

Devlin, Patrick. *Trial by Jury*, 3rd ed. London: Stevens, 1966. ..... 511

*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 1, 13th ed. under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000. ..... 623

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ..... 465

Ferris, Thomas Wayne. *Sentencing: Practical Approaches*. Markham, Ont.: Butterworths, 2005. ..... 425

Finn, Paul. "Official Misconduct", [1978] 2 *Crim. L.J.* 307. ..... 55

Geist, Michael. *Our Own Creative Land: Cultural Monopoly & The Trouble With Copyright*. Toronto: Hart House Lecture Committee, 2006. ..... 391

Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998. ..... 546

Great Britain. *Civil Procedure*, vol. 1, 2nd Supp., Part 25, Practice Direction — Interim Injunctions. London: Sweet & Maxwell, 2005. ..... 214

*Hanbury & Martin Modern Equity*, 17th ed. by Jill E. Martin. London: Sweet & Maxwell, 2005. ..... 628

Hart, H. L. A. *Punishment and the Elimination of Responsibility*. London: Athlone Press, 1962. ..... 758

Houlden, L. W., G. B. Morawetz and Janis Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, 3rd ed., vols. 1 and 3. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2006, release 5). ..... 147, 160

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Carswell, 2004. ..... 482

PAGE

La Forest, Anne Warner. "The Balance Between Liberty and Comity in the Evidentiary Requirements Applicable to Extradition Proceedings" (2002), 28 *Queen's L.J.* 95. ..... 97

Lederman, W. R. "The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada" (1963), 9 *McGill L.J.* 185. ..... 169

Lederman, W. R. « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963), 9 *R.D. McGill* 185. ..... 169

MacDonald, Ken. "A New Approach to Enforcement of Foreign Non-Monetary Judgments" (2006), 31 *Adv. Q.* 44. ..... 636

Manson, Allan, Patrick Healy and Gary Trotter. *Sentencing and Penal Policy in Canada: Cases, Materials, and Commentary.* Toronto: Emond Montgomery, 2000. ..... 422

Martel, Paul. *La compagnie au Québec*, vol. I, *Les aspects juridiques.* Montréal : Wilson & Lafleur, 2002 (feuilles mobiles mises à jour juin 2006, envoi n° 68). ..... 598

Martel, Paul. *La corporation sans but lucratif au Québec.* Montréal : Wilson & Lafleur/Martel ltée, 1987 (feuilles mobiles mises à jour juillet 2006, envoi n° 29). ..... 601

McCamus, John D. *The Law of Contracts.* Toronto: Irwin Law, 2005. ..... 19

McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003. ..... 16

McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2006, release 2). ..... 388

Mewett, Alan W. "The Criminal Law, 1867-1967" (1967), 45 *Can. Bar Rev.* 726. ..... 63

Mewett, Alan W. « The Criminal Law, 1867-1967 » (1967), 45 *R. du Bar. can.* 726. ..... 63

Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Mewett & Manning on Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994. ..... 675

Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal : Whiteford & Théoret, 1896. ..... 251

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on which They were Based, and Other Information Related Thereto.* Toronto: Prospero Books, 2000, reprint of 1880 edition. ..... 891

*New Oxford Dictionary of English.* Oxford: Clarendon Press, 1998, "partiality". ..... 76

O'Byrne, Shannon Kathleen. "Damages for Mental Distress and Other Intangible Loss in a Breach of Contract Action" (2005), 28 *Dal. L.J.* 311. ..... 19

Paciocco, David M. "The Hearsay Exceptions: A Game of 'Rock, Paper, Scissors'", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence.* Toronto: Irwin Law, 2004, 17. ..... 821

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002. ..... 332

Patterson, Stephen E. « Anatomy of a Treaty : Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context » (1999), 48 *R.D. U.N.-B.* 41. ..... 720

Patterson, Stephen E. "Anatomy of a Treaty: Nova Scotia's First Native Treaty in Historical Context" (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 41. ..... 720

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada.* Toronto: Irwin Law, 2004. ..... 272

*Petit Larousse illustré.* Paris : Larousse, 2004, « on ». ..... 532

Poirier, Sylvie. *La discipline professionnelle au Québec : principes législatifs, jurisprudentiels, et aspects pratiques.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998. ..... 530

PAGE

Pratte, Caroline. "Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du *Code civil du Québec*" (1994), 39 *McGill L.J.* 1. ..... 598

Pratte, Caroline. « Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du *Code civil du Québec* » (1994), 39 *R.D. McGill* 1. ..... 598

Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*. Québec: Éditeur officiel, 1978. ..... 601

Quebec. Commission of Inquiry on Health and Social Welfare. *Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. VII, t. 1, *The Professions and Society*. Quebec: Government of Quebec, 1970. ..... 527

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 4e sess., 29e lég., 6 juillet 1973, p. 2270. ..... 528

Québec. Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social. *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. VII, t. 1, *Les professions et la société*. Québec : Gouvernement du Québec, 1970. ..... 527

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec : un mouvement de société*. Québec : Publications du Québec, 1993. ..... 603

Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*. Québec : Éditeur officiel, 1978. ..... 601

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004, « *res gestae* ». ..... 779

Roman, Andrew J. and M. Jasmine Sweatman. "The Conflict Between Canadian Provincial Personal Property Security Acts and the Federal Bankruptcy Act: The War is Over" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 77. ..... 170

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003. ..... 332

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 6th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2004. ..... 422

Sharpe, Robert J. "Claiming Privilege in the Discovery Process", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo Publishers, 1984, 163. ..... 331

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2005, release 13). ..... 629

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1998 (updated 2005, release 13). ..... 208

Sims, Charles S., and Matthew J. Morris. "*Tasini* and Archival Electronic Publication Rights of Newspapers and Magazines" (2001), 18:4 *Comm. Law.* 9. ..... 388

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727. ..... 715

Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727. ..... 715

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999. ..... 332

Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 6th ed. Canada: Carswell, 2001. ..... 628

Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, 4th ed. London: MacMillan and Co., 1887. ..... 54

Stephen, Sir James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences)*, 9th ed. By Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950. ..... 60

PAGE

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001. ..... 63, 675

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ..... 264, 344, 439, 531, 869

Talpis, Jeffrey, and Joy Goodman. "A comity of errors", *Law Times*, vol. 14, No. 2, January 20, 2003, p. 7. ..... 627

Tartaglio, David. "The Expectation of Peace of Mind: A Basis for Recovery of Damages for Mental Suffering Resulting from the Breach of First Party Insurance Contracts" (1983), 56 *S. Cal. L. Rev.* 1345. ..... 24

Tay, Derrick C. A. "The *Bankruptcy and Insolvency Act*: Striking a Balance Between the Rights of the Debtor and its Creditors", article VI in *Implications of the New Bankruptcy and Insolvency Act*. Toronto: Insight Press, 1993. ..... 161

*Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du XIX^e^ et du XX^e^ siècle* (1789-1960), t. 10. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1983, « justifier ». ..... 98

*Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du XIX^e^ et du XX^e^ siècle* (1789-1960), t. 12. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1986, « partialité ». ..... 76

Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Law Conference of Canada: Commercial Law Strategy*. Ottawa: The Conference, 2005 (loose-leaf). ..... 649

Waddams, S. M. *The Law of Damages*. Toronto: Canada Law Book, 1983. ..... 22

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2004. ..... 15

Walker, Janet. "*Beals v. Saldanha*: Striking the Comity Balance Anew" (2002), 5 *Can. Int'l Law.* 28. ..... 627

Walker, Janet. « *Beals v. Saldanha* : Striking the Comity Balance Anew » (2002), 5 *R.C.D.I.* 28. ..... 627

Watson, Garry D., and Frank Au. "Solicitor-Client Privilege and Litigation Privilege in Civil Litigation" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 315. ..... 332

Wicken, William C. *Mi'kmaq Treaties on Trial*. Toronto: University of Toronto Press, 2002. ..... 720

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown, 1923. ..... 811

Wilkins, Kerry. "Of Provinces and Section 35 Rights" (1999), 22 *Dal. L.J.* 185. ..... 948

Wilson, J. Douglas. "Privilege in Experts' Working Papers" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 346. ..... 332

Wilson, J. Douglas. "Privilege: Watson & Au (1998) 77 Can. Bar Rev. 346: REJOINDER: 'It's Elementary My Dear Watson'" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 549. ..... 332

Zimmerman, Nick. "Attempted Stalking: An Attempt-to-Almost-Attempt-to-Act" (2000), 20 *N. Ill. U. L. Rev.* 219. ..... 681

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**Ramnarine Khelawon** *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia and Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Interveners*

**INDEXED AS: R. *v.* KHELAWON**

**Neutral citation: 2006 SCC 57.**

File No.: 30857.

2005: December 16; 2006: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — Trial judge admitting deceased complainants' hearsay statements to police into evidence — Whether statements admissible under principled exception to hearsay rule — Factors to be considered in determining whether hearsay statements sufficiently reliable to be admissible.*

In 1999, C, a cook who worked at a retirement home, found S, a resident of the home, badly injured in his room. His belongings were packed in garbage bags. S told C that the accused, the manager of the home, had beaten him and threatened to kill him if he did not leave the home. C took S to her apartment and cared for him for a few days. She then brought S to a doctor. The doctor testified that he found three fractured ribs and bruises that were consistent with S's allegation of assault but which also could have resulted from a fall. The next day, C took S to the police and S gave a videotaped statement alleging that the accused had assaulted him and threatened to kill him. The statement was not under oath but S answered "yes" when asked if he understood it was important to tell the truth and that he could be charged if he did not tell the truth. Medical records seized from the retirement home described S as "angry", "aggressive", "depressed" and "paranoid", and

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**Ramnarine Khelawon** *Intimé*

et

**Procureur général de la Colombie-Britannique et Criminal Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. *c.* KHELAWON**

**Référence neutre : 2006 CSC 57.**

N° du greffe : 30857.

2005 : 16 décembre; 2006 : 14 décembre.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Juge du procès admettant en preuve les déclarations relatées que des plaignants décédés avaient faites à la police — Ces déclarations étaient-elles admissibles en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire? — Facteurs à considérer pour décider si des déclarations relatées sont suffisamment fiables pour être admissibles.*

En 1999, C, une cuisinière dans une maison de retraite, a trouvé S, un résident de cet établissement, blessé grièvement dans sa chambre. Ses effets personnels étaient entassés dans des sacs à ordures. S a raconté à C que l'accusé, directeur de l'établissement, l'avait battu et avait menacé de le tuer s'il ne quittait pas la maison de retraite. C a conduit S à son appartement et s'est occupée de lui pendant quelques jours. Elle a ensuite conduit S chez un médecin. Ce dernier a témoigné qu'il avait décelé trois côtes fracturées et des ecchymoses qui pouvaient avoir résulté de l'agression alléguée par S, mais aussi d'une chute. Le lendemain, C a conduit S au poste de police, où S a fait une déclaration enregistrée sur bande vidéo, dans laquelle il alléguait que l'accusé l'avait agressé et avait menacé de le tuer. Cette déclaration n'a pas été faite sous serment, mais S a répondu « oui » lorsqu'on lui a demandé s'il comprenait qu'il était important de dire la vérité et

revealed that he had been treated for paranoid psychosis and depression. At trial, a psychiatrist who testified at the *voir dire* concluded that S had the capacity to communicate evidence and understood at the time he made his statement to the police that it was important to tell the truth. The defence argued that C influenced S to complain out of spite because the accused previously had terminated C's employment.

The police attended the retirement home where more residents complained that they had been assaulted by the accused. The accused was charged in respect of five complainants but, by the time of the trial, four complainants, including S and D, had died of causes unrelated to the alleged assaults and the fifth was no longer competent to testify. Only one complainant had testified at the preliminary inquiry. The central issue at trial was whether the complainants' hearsay statements should be received in evidence. The trial judge admitted some of the hearsay based in large part on the striking similarity between the statements. The trial judge ultimately found videotaped statements given by S and D to the police sufficiently credible to found convictions for aggravated assault and uttering a death threat in respect of S, as well as assault causing bodily harm and assault with a weapon in respect of D. The accused was acquitted on the remaining counts. On appeal, a majority of the Court of Appeal excluded all of the hearsay statements and acquitted the accused on all charges. The dissenting judge would have upheld the convictions in respect of S. The Crown appealed as of right from the acquittals in respect of S and was denied leave to appeal from the acquittals in respect of D.

*Held*: The appeal should be dismissed and the acquittals affirmed.

Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless an exception to the hearsay rule applies, primarily because of a general inability to test its reliability. The essential defining features of hearsay are the fact that the out-of-court statement is adduced to prove the truth of its contents and the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant. Hearsay includes an out-of-court statement made by a witness who testifies in court if the statement is tendered to prove the truth of its contents. In some

que des accusations pourraient être portées contre lui s'il mentait. Les dossiers médicaux saisis à la maison de retraite décrivaient S comme étant « en colère », « agressif », « dépressif » et « paranoïaque », en plus de révéler qu'il avait été traité pour une psychose paranoïaque et une dépression. Au procès, une psychiatre ayant témoigné lors du voir-dire a conclu que S avait la capacité de communiquer les faits dans son témoignage et qu'il comprenait l'importance de dire la vérité au moment où il a fait sa déclaration à la police. La défense a prétendu que C avait amené S à porter plainte pour se venger de l'accusé qui avait mis fin à son emploi auparavant.

Des policiers se sont rendus à la maison de retraite où d'autres résidents se sont plaints d'avoir été agressés par l'accusé. Ce dernier a fait l'objet d'accusations à l'égard de cinq plaignants, mais, au moment du procès, quatre plaignants, dont S et D, étaient décédés de causes non liées aux agressions alléguées, et le cinquième n'était plus habile à témoigner. Un seul plaignant avait témoigné à l'enquête préliminaire. La principale question en litige était de savoir s'il y avait lieu d'admettre en preuve les déclarations relatées des plaignants. Le juge du procès a admis une partie de la preuve par ouï-dire en raison, dans une large mesure, de la similitude frappante des déclarations. En fin de compte, il a estimé que les déclarations enregistrées sur bande vidéo que S et D avaient faites à la police étaient suffisamment crédibles pour justifier des déclarations de culpabilité de voies de fait graves et de menaces de mort à l'endroit de S, ainsi que d'agression ayant causé des lésions corporelles et d'agression armée à l'endroit de D. L'accusé a été acquitté quant aux autres chefs. En appel, la Cour d'appel à la majorité a exclu toutes les déclarations relatées et a acquitté l'accusé relativement à toutes les accusations. Le juge dissident aurait maintenu les déclarations de culpabilité relatives à S. Le ministère public a formé un pourvoi de plein droit contre les acquittements relatifs à S et s'est vu refuser l'autorisation d'appeler à l'égard de ceux relatifs à D.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté et les acquittements sont confirmés.

La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins qu'une exception à la règle du ouï-dire ne s'applique, essentiellement en raison de l'incapacité générale d'en vérifier la fiabilité. Les caractéristiques déterminantes essentielles du ouï-dire sont le fait que la déclaration extrajudiciaire soit présentée pour établir la véracité de son contenu et l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration. Le ouï-dire inclut une déclaration extrajudiciaire d'un témoin qui dépose en cour lorsque cette

circumstances, hearsay evidence presents minimal dangers and its exclusion rather than its admission would impede accurate fact finding. Hence over time a number of traditional exceptions to the exclusionary rule were created by the courts. Hearsay evidence that does not fall under a traditional exception may still be admitted under the principled approach if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*. The reliability requirement is aimed at identifying those cases where the concerns arising from the inability to test the evidence are sufficiently overcome to justify receiving the evidence as an exception to the general exclusionary rule. The reliability requirement will generally be met by showing (1) that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about; or (2) that no real concern arises from the fact that the statement is presented in hearsay form because, in the circumstances, its truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested by means other than contemporaneous cross-examination. These two principal ways of satisfying the reliability requirement are not mutually exclusive categories and they assist in identifying the factors that need to be considered on the admissibility inquiry. [2-3] [35] [37] [42] [49] [61-63] [65]

The trial judge acts as a gatekeeper in making the preliminary assessment of the threshold reliability of a hearsay statement and leaves the ultimate determination of its worth to the fact finder. The factors to be considered on the admissibility inquiry cannot be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, all relevant factors should be considered including, in appropriate cases, the presence of supporting or contradictory evidence. Comments to the contrary in previous decisions of this Court, including *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, should no longer be followed. In determining admissibility, the court should adopt a more functional approach focussed on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers. Whether certain factors will go only to ultimate reliability will depend on the context. In each case, the inquiry is limited to determining the evidentiary question of admissibility. Corroborating or conflicting evidence may be considered in the admissibility inquiry in appropriate cases. When the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need for the trial judge to inquire further into the

déclaration est présentée pour établir la véracité de son contenu. Dans certains cas, la preuve par ouï-dire présente des dangers minimes et son exclusion au lieu de son admission gênerait la constatation exacte des faits. C'est ainsi que les tribunaux ont établi, au fil du temps, un certain nombre d'exceptions traditionnelles à la règle d'exclusion. La preuve par ouï-dire qui ne relève pas d'une exception traditionnelle peut tout de même être admissible suivant la méthode d'analyse raisonnée, si l'existence d'indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un voir-dire. L'exigence de fiabilité vise à déterminer les cas où les préoccupations découlant de l'impossibilité de vérifier la preuve sont suffisamment surmontées pour justifier l'admission de cette preuve à titre d'exception à la règle d'exclusion générale. En général, il est possible de satisfaire à l'exigence de fiabilité en démontrant (1) qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite, ou (2) que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle étant donné que, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées autrement qu'au moyen d'un contre-interrogatoire effectué au moment précis où elle est faite. Ces deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité ne constituent pas des catégories mutuellement exclusives et peuvent aider à reconnaître les facteurs à considérer pour déterminer l'admissibilité. [2-3] [35] [37] [42] [49] [61-63] [65]

Le juge du procès joue le rôle de gardien en effectuant cette appréciation préliminaire du seuil de fiabilité d'une déclaration relatée et laisse au juge des faits le soin d'en déterminer en fin de compte la valeur. Les facteurs à considérer lors de l'examen de l'admissibilité ne sauraient être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Plus exactement, tous les facteurs pertinents devraient être considérés, y compris, dans les cas appropriés, la présence d'éléments de preuve à l'appui ou contradictoires. Les observations contraires formulées dans la jurisprudence de notre Cour, dont l'arrêt *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, ne devraient plus être suivies. Pour se prononcer sur l'admissibilité, le tribunal devrait adopter une approche plus fonctionnelle axée sur les dangers particuliers que comporte la preuve par ouï-dire qu'on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers. La question de savoir si certains facteurs toucheront uniquement la fiabilité en dernière analyse dépendra du contexte. Dans chaque cas, l'examen ne porte que sur la question de l'admissibilité en matière de preuve. Lors de l'examen de l'admissibilité, il est possible, dans les cas appropriés, de prendre en considération une preuve

likely truth of the statement. When reliability is dependent on the inherent trustworthiness of the statement, the trial judge must inquire into those factors tending to show that the statement is true or not. [2] [4] [92-93]

In determining the question of threshold reliability, the trial judge must be mindful that hearsay evidence is presumptively inadmissible. The trial judge's function is to guard against the admission of hearsay evidence which is unnecessary or the reliability of which is neither readily apparent from the trustworthiness of its contents nor capable of being meaningfully tested by the ultimate trier of fact. If the proponent of the evidence cannot meet the twin criteria of necessity and reliability, the general exclusionary rule prevails. In the context of a criminal case, the accused's inability to test the evidence may impact on the fairness of the trial, thereby giving the rule a constitutional dimension. As in all cases, the trial judge has a residual discretion to exclude admissible hearsay evidence where its prejudicial effect is out of proportion to its probative value. [2-3]

*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, are examples where the reliability requirement was met because the circumstances in which hearsay statements came about provided sufficient comfort in their truth and accuracy. *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, provide examples where threshold reliability was based on the presence of adequate substitutes for traditional safeguards relied upon to test the evidence. Similarly, in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, the striking similarities between the complainant's prior inconsistent out-of-court statement and the accused's independent statement were so compelling that the very high reliability of the complainant's statement rendered its substantive admission necessary. [67-68] [73] [82] [86] [88]

S's videotaped statement to the police was inadmissible. Although S's death before trial made his hearsay statement necessary, the statement was not sufficiently reliable to overcome the dangers it presented. The circumstances in which it came about did not provide reasonable assurances of inherent reliability. A number of serious issues arise including: whether S was mentally

corroborante ou contradictoire. Dans le cas où l'exigence de fiabilité est remplie parce que le juge des faits dispose d'une base suffisante pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire que le juge du procès vérifie davantage si la déclaration est susceptible d'être véridique. Lorsque la fiabilité dépend de la fiabilité inhérente de la déclaration, le juge du procès doit examiner les facteurs tendant à démontrer que la déclaration est véridique ou non. [2] [4] [92-93]

En tranchant la question du seuil de fiabilité, le juge du procès doit être conscient que la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible. Son rôle est de prévenir l'admission d'une preuve par ouï-dire qui n'est pas nécessaire ou dont la fiabilité ne ressort pas clairement de la véracité de son contenu ou ne peut, en dernière analyse, être vérifiée utilement par le juge des faits. Si la partie qui veut présenter la preuve ne peut satisfaire au double critère de la nécessité et de la fiabilité, la règle d'exclusion générale l'emporte. Dans une affaire criminelle, l'incapacité de l'accusé de vérifier la preuve risque de compromettre l'équité du procès, d'où la dimension constitutionnelle de la règle. Comme dans tout litige, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable est disproportionné par rapport à sa valeur probante. [2-3]

Les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, sont des exemples où l'exigence de fiabilité était remplie parce que les circonstances dans lesquelles des déclarations relatées avaient été faites étaient suffisamment rassurantes quant à leur véracité et à leur exactitude. Les arrêts *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, et *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, sont des exemples où le seuil de fiabilité reposait sur l'existence de substituts adéquats aux garanties traditionnelles invoquées pour vérifier la preuve. De même, dans l'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, les similitudes frappantes entre la déclaration extrajudiciaire incompatible que la plaignante avait faite antérieurement et celle que l'accusé avait faite de façon indépendante étaient si convaincantes qu'il était nécessaire d'admettre quant au fond la déclaration de la plaignante en raison de sa très grande fiabilité. [67-68] [73] [82] [86] [88]

La déclaration enregistrée sur bande vidéo que S avait faite à la police était inadmissible. Même s'il était nécessaire de recourir à la déclaration relatée de S parce que celui-ci était décédé avant l'ouverture du procès, cette déclaration n'était pas suffisamment fiable pour écarter les dangers qu'elle présentait. Les circonstances dans lesquelles elle avait été faite ne constituaient pas

competent; whether he understood the consequences of making his statement; whether he was influenced by C; whether his statement was motivated by dissatisfaction about the management of the home; and, whether his injuries were caused by a fall. S's unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused's ability to test the evidence and on the trier of fact's ability to properly assess its worth. While the presence of a striking similarity between statements from different complainants could well provide sufficient cogency to warrant the admission of hearsay evidence in an appropriate case, the statements made by the other complainants in this case posed even greater difficulties and could not be substantively admitted to assist in assessing the reliability of S's allegations. The admission of the evidence risked impairing the fairness of the trial. Furthermore, S's evidence could have been taken before his death in the presence of a commissioner and the accused or his counsel thereby preserving both the evidence and the rights of the accused. [7] [108]

**Cases Cited**

**Modified:** *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40; **explained:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; **discussed:** *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); **referred to:** *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591; *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 16.
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 709 to 714.

**Authors Cited**

Paciocco, David M. "The Hearsay Exceptions: A Game of 'Rock, Paper, Scissors'", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence*. Toronto: Irwin Law, 2004, 17.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston: Little, Brown, 1923.

un gage raisonnable de fiabilité inhérente. Un certain nombre de questions sérieuses se posent, notamment celles de savoir si S jouissait de toutes ses facultés mentales, s'il comprenait les conséquences de sa déclaration, s'il a été influencé par C, si sa déclaration était motivée par une insatisfaction à l'égard de l'administration de la maison de retraite et si ses blessures étaient dues à une chute. L'impossibilité de contre-interroger S limitait substantiellement la capacité de l'accusé de vérifier la preuve et la capacité du juge des faits d'en déterminer correctement la valeur. Même si l'existence d'une similitude frappante entre les déclarations de divers plaignants pourrait bien être suffisamment probante pour justifier l'admission d'une preuve par ouï-dire dans un cas approprié, les déclarations des autres plaignants en l'espèce présentaient des difficultés encore plus grandes et n'étaient pas admissibles quant au fond pour aider à apprécier la fiabilité des allégations de S. L'admission de cette preuve risquait de compromettre l'équité du procès. En outre, la déposition de S aurait pu être prise, avant son décès, par un commissaire en présence de l'accusé ou de son avocat, ce qui aurait permis de préserver à la fois la preuve et les droits de l'accusé. [7] [108]

**Jurisprudence**

**Arrêt modifié :** *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40; **arrêts interprétés :** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; **arrêts analysés :** *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990); **arrêts mentionnés :** *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591; *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 709 à 714.
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 16.

**Doctrine citée**

Paciocco, David M. « The Hearsay Exceptions : A Game of "Rock, Paper, Scissors" », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence*. Toronto : Irwin Law, 2004, 17.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. III, 2nd ed. Boston : Little, Brown, 1923.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Armstrong and Blair JJ.A.) (2005), 195 O.A.C. 11, 194 C.C.C. (3d) 161, 26 C.R. (6th) 1, [2005] O.J. No. 723 (QL), setting aside the accused's convictions. Appeal dismissed.

*John S. McInnes* and *Eliott Behar*, for the appellant.

*Timothy E. Breen*, for the respondent.

*Alexander Budlovsky*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Louis P. Strezos* and *Joseph Di Luca*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

1 This appeal turns on the admissibility of hearsay statements under the principled case-by-case exception to the hearsay rule based on necessity and reliability. In particular, guidance is sought on what factors should be considered in determining whether a hearsay statement is sufficiently reliable to be admissible. This Court's decision in *R. v. Starr*, [2000] 2 S.C.R. 144, 2000 SCC 40, has generally been interpreted as standing for the proposition that circumstances "extrinsic" to the taking of the statement go to ultimate reliability only and cannot be considered by the trial judge in ruling on its admissibility. The decision has generated much judicial commentary and academic criticism on various grounds, including the difficulty of defining what constitutes an "extrinsic" circumstance and the apparent inconsistency between this holding in *Starr* and the Court's consideration of a semen stain on the declarant's clothing in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, the declarant's motive to lie in *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and most relevant to this case, the striking

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Armstrong et Blair) (2005), 195 O.A.C. 11, 194 C.C.C. (3d) 161, 26 C.R. (6th) 1, [2005] O.J. No. 723 (QL), qui a annulé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*John S. McInnes* et *Eliott Behar*, pour l'appelante.

*Timothy E. Breen*, pour l'intimé.

*Alexander Budlovsky*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Louis P. Strezos* et *Joseph Di Luca*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Le présent pourvoi porte sur l'admissibilité des déclarations relatées en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, qui s'applique cas par cas et repose sur la nécessité et la fiabilité. Plus particulièrement, des indications sont requises sur les facteurs à considérer pour décider si une déclaration relatée est suffisamment fiable pour être admissible. L'arrêt de notre Cour *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144, 2000 CSC 40, est généralement interprété comme signifiant que les circonstances « extrinsèques » dans lesquelles la déclaration a été recueillie n'ont une incidence que sur sa fiabilité en dernière analyse et ne peuvent pas être prises en considération par le juge du procès lorsqu'il se prononce sur son admissibilité. Cet arrêt a suscité une multitude de commentaires dans la jurisprudence et de critiques dans la doctrine pour diverses raisons, dont la difficulté de définir ce qui constitue une circonstance « extrinsèque » et l'incohérence manifeste entre cette conclusion de l'arrêt *Starr* et le fait que la Cour a pris en considération une tache de sperme trouvée sur les vêtements de la déclarante dans l'affaire *R. c. Khan*,

similarities between statements in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

As a general principle, all relevant evidence is admissible. The rule excluding hearsay is a well-established exception to this general principle. While no single rationale underlies its historical development, the central reason for the presumptive exclusion of hearsay statements is the general inability to test their reliability. Without the maker of the statement in court, it may be impossible to inquire into that person's perception, memory, narration or sincerity. The statement itself may not be accurately recorded. Mistakes, exaggerations or deliberate falsehoods may go undetected and lead to unjust verdicts. Hence, the rule against hearsay is intended to enhance the accuracy of the court's findings of fact, not impede its truth-seeking function. However, the extent to which hearsay evidence will present difficulties in assessing its worth obviously varies with the context. In some circumstances, the evidence presents minimal dangers and its *exclusion*, rather than its admission, would impede accurate fact finding. Hence, over time a number of exceptions to the rule were created by the courts. Just as traditional exceptions to the exclusionary rule were largely crafted around those circumstances where the dangers of receiving the evidence were sufficiently alleviated, so too must be founded the overarching principled exception to hearsay. When it is necessary to resort to evidence in this form, a hearsay statement may be admitted if, because of the way in which it came about, its contents are trustworthy, or if circumstances permit the ultimate trier of fact to sufficiently assess its worth. If the proponent of the evidence cannot meet the twin criteria of necessity and reliability, the general exclusionary rule prevails. The trial judge acts as a gatekeeper in making this preliminary assessment of the "threshold reliability" of the hearsay statement and leaves the ultimate determination of its worth to the fact finder.

[1990] 2 R.C.S. 531, la raison de mentir de la déclarante dans l'affaire *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et, ce qui est le plus pertinent en l'espèce, les similitudes frappantes entre les déclarations dans l'affaire *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

2 En général, tout élément de preuve pertinent est admissible. La règle excluant le ouï-dire est une exception bien établie à ce principe général. Bien qu'aucun raisonnement unique n'en sous-tende l'évolution historique, l'exclusion dont les déclarations relatées sont présumées faire l'objet tient essentiellement à l'incapacité générale d'en vérifier la fiabilité. Si le déclarant n'est pas présent en cour, il peut se révéler impossible de mettre à l'épreuve sa perception, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité. Il se peut que la déclaration elle-même ne fasse pas l'objet d'un compte rendu exact. Des erreurs, des exagérations ou des faussetés délibérées peuvent passer inaperçues et mener à des verdicts injustes. Ainsi, la règle interdisant le ouï-dire est censée accroître l'exactitude des conclusions de fait du tribunal et non entraver sa fonction de recherche de la vérité. Toutefois, la difficulté de déterminer la valeur de la preuve par ouï-dire varie selon le contexte. Dans certains cas, cette preuve présente des dangers minimes et son *exclusion* au lieu de son admission gênerait la constatation exacte des faits. C'est ainsi que les tribunaux ont établi, au fil du temps, un certain nombre d'exceptions à la règle. Tout comme les exceptions traditionnelles à la règle d'exclusion ont été largement conçues en fonction des circonstances où les dangers liés à l'admission de la preuve étaient suffisamment atténués, il doit en être de même pour l'exception générale raisonnée à la règle du ouï-dire. Lorsqu'il est nécessaire de recourir à ce type de preuve, une déclaration relatée peut être admise si son contenu est fiable en raison de la manière dont elle a été faite ou si les circonstances permettent, en fin de compte, au juge des faits d'en déterminer suffisamment la valeur. Si la partie qui veut présenter la preuve ne peut satisfaire au double critère de la nécessité et de la fiabilité, la règle d'exclusion générale l'emporte. Le juge du procès joue le rôle de gardien en effectuant cette appréciation préliminaire du « seuil de fiabilité » de la déclaration relatée et laisse au juge des faits le soin d'en déterminer en fin de compte la valeur.

3 The distinction between threshold and ultimate reliability reflects the important difference between admission and reliance. Admissibility is determined by the trial judge based on the governing rules of evidence. Whether the evidence is relied upon to decide the issues in the case is a matter reserved for the ultimate trier of fact to decide in the context of the entirety of the evidence. The failure to respect this distinction would not only result in the undue prolongation of admissibility hearings, it would distort the fact-finding process. In determining the question of threshold reliability, the trial judge must be mindful that hearsay evidence is presumptively *inadmissible*. The trial judge's function is to guard against the admission of hearsay evidence which is unnecessary in the context of the issue to be decided, or the reliability of which is neither readily apparent from the trustworthiness of its contents, nor capable of being meaningfully tested by the ultimate trier of fact. In the context of a criminal case, the accused's inability to test the evidence may impact on the fairness of the trial, thereby giving the rule a constitutional dimension. Concerns over trial fairness not only permeate the decision on admissibility, but also inform the residual discretion of the trial judge to exclude the evidence even if necessity and reliability can be shown. As in all cases, the trial judge has the discretion to exclude admissible evidence where its prejudicial effect is out of proportion to its probative value.

La distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse reflète la différence importante entre admettre un élément de preuve et s'y fier. Le juge du procès détermine l'admissibilité en fonction des règles de preuve applicables. C'est au juge des faits qu'il appartient en fin de compte de décider, au regard de l'ensemble de la preuve, s'il y a lieu de se fier à cet élément de preuve pour trancher les questions en litige. L'omission de respecter cette distinction aurait pour effet non seulement de prolonger indûment les audiences portant sur l'admissibilité, mais également de fausser le processus de constatation des faits. En tranchant la question du seuil de fiabilité, le juge du procès doit être conscient que la preuve par ouï-dire est présumée *inadmissible*. Son rôle est de prévenir l'admission d'une preuve par ouï-dire qui n'est pas nécessaire pour trancher la question en litige ou dont la fiabilité ne ressort pas clairement de la véracité de son contenu ou ne peut, en dernière analyse, être vérifiée utilement par le juge des faits. Dans une affaire criminelle, l'incapacité de l'accusé de vérifier la preuve risque de compromettre l'équité du procès, d'où la dimension constitutionnelle de la règle. Les préoccupations relatives à l'équité du procès imprègnent non seulement la décision concernant l'admissibilité, mais encore guident l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès d'exclure des éléments de preuve même si leur nécessité et leur fiabilité peuvent être démontrées. Comme dans tout litige, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve admissible lorsque son effet préjudiciable est disproportionné par rapport à sa valeur probante.

4 As I will explain, I have concluded that the factors to be considered on the admissibility inquiry cannot be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Comments to the contrary in previous decisions of this Court should no longer be followed. Rather, all relevant factors should be considered including, in appropriate cases, the presence of supporting or contradictory evidence. In each case, the scope of the inquiry must be tailored to the particular dangers presented by the evidence and limited to determining the evidentiary question of admissibility.

Comme je l'expliquerai, je suis arrivée à la conclusion que les facteurs à considérer lors de l'examen de l'admissibilité ne sauraient être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Les observations contraires formulées dans la jurisprudence de notre Cour ne devraient plus être suivies. Plus exactement, tous les facteurs pertinents devraient être considérés, y compris, dans les cas appropriés, la présence d'éléments de preuve à l'appui ou contradictoires. Dans chaque cas, l'examen doit être fonction des dangers particuliers que présente la preuve et ne porter que sur la question de l'admissibilité.

In May 1999, five elderly residents of a retirement home told various people that they were assaulted by the manager of the home, the respondent, Ramnarine Khelawon. At the time of trial, approximately two and a half years later, four of the complainants had died of causes unrelated to the assaults, and the fifth was no longer competent to testify. Only one of the complainants had testified at the preliminary inquiry. The central issue at trial was whether the hearsay statements provided by the complainants had sufficient threshold reliability to be received in evidence. Grossi J. held that the hearsay statements from each of the complainants were sufficiently reliable to be admitted in evidence, based in large part on the "striking" similarity between them. He ultimately found Mr. Khelawon guilty of the offences in respect of two of the complainants, Mr. Skupien and Mr. Dinino, and acquitted him on the remaining counts. Mr. Khelawon was sentenced to two and a half years of imprisonment for the offences relating to Mr. Skupien and an additional two years for the offences related to Mr. Dinino.

On appeal to the Court of Appeal for Ontario, Rosenberg J.A. (Armstrong J.A. concurring) excluded all statements and acquitted Mr. Khelawon. Blair J.A., in dissent, would have upheld the convictions in respect of Mr. Skupien only. The Crown appeals to this Court as of right, seeking to restore the convictions relating to Mr. Skupien. The Crown also sought but was denied leave in respect of the charges relating to Mr. Dinino.

In my view, Mr. Skupien's videotaped statement to the police was inadmissible. Although Mr. Skupien's death before the commencement of the trial made it necessary to resort to his evidence in this form, the statement was not sufficiently reliable to overcome the dangers it presented. The circumstances in which it came about did not provide reasonable assurances of inherent reliability. To the contrary, they gave rise to a number of serious issues including: whether Mr. Skupien was

En mai 1999, cinq personnes âgées résidant dans une maison de retraite ont dit à différentes personnes que le directeur de l'établissement, l'intimé Ramnarine Khelawon, les avaient agressées. Au moment du procès, environ deux ans et demi plus tard, quatre des plaignants étaient décédés de causes non liées aux agressions et le cinquième n'était plus habile à témoigner. Un seul des plaignants avait témoigné à l'enquête préliminaire. La principale question en litige était de savoir si les déclarations relatées des plaignants atteignaient un seuil de fiabilité suffisant pour qu'elles puissent être admises en preuve. Le juge Grossi a conclu que les déclarations relatées de chacun des plaignants étaient suffisamment fiables pour être admises en preuve, en raison, dans une large mesure, de leur similitude « frappante ». En fin de compte, il a déclaré M. Khelawon coupable des infractions relatives à deux des plaignants, soit MM. Skupien et Dinino, et l'a acquitté à l'égard des autres chefs. M. Khelawon a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans et demi pour les infractions relatives à M. Skupien et à une peine additionnelle de deux ans pour celles relatives à M. Dinino. 5

Lors de l'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Rosenberg (avec l'appui du juge Armstrong) a exclu toutes les déclarations et a acquitté M. Khelawon. Le juge Blair, dissident, aurait pour sa part maintenu les déclarations de culpabilité relatives à M. Skupien seulement. Dans son pourvoi de plein droit devant notre Cour, le ministère public sollicite le rétablissement des déclarations de culpabilité relatives à M. Skupien. Il a également sollicité l'autorisation d'appeler des accusations relatives à M. Dinino, mais celle-ci lui a été refusée. 6

À mon avis, la déclaration enregistrée sur bande vidéo que M. Skupien a faite à la police était inadmissible. Même s'il était nécessaire de recourir à ce type de témoignage de M. Skupien parce que celui-ci était décédé avant l'ouverture du procès, la déclaration n'était pas suffisamment fiable pour écarter les dangers qu'elle présentait. Les circonstances dans lesquelles elle a été faite ne constituaient pas un gage raisonnable de fiabilité inhérente. Au contraire, elles soulevaient un certain nombre de 7

mentally competent, whether he understood the consequences of making his statement, whether he was influenced in making the allegations by a disgruntled employee who had been fired by Mr. Khelawon, whether his statement was motivated by a general dissatisfaction about the management of the home, and whether his injuries were caused by a fall rather than the assault. In these circumstances, Mr. Skupien's unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused's ability to test the evidence and, in turn, on the trier of fact's ability to properly assess its worth. The statements made by other complainants posed even greater difficulties and could not be substantively admitted to assist in assessing the reliability of Mr. Skupien's allegations. In all the circumstances, particularly given that the Crown's case against Mr. Khelawon was founded on the hearsay statement, the admission of the evidence risked impairing the fairness of the trial and should not have been permitted. As Rosenberg J.A. aptly noted, the admission of the evidence under the principled approach to the hearsay rule is not the only way the evidence of witnesses who may not be available for trial may be preserved. Sections 709 to 714 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, expressly contemplate this eventuality and provide a procedure for the taking of the evidence before a commissioner in the presence of the accused or his counsel thereby preserving both the evidence and the rights of the accused.

8 For reasons that follow, I would therefore dismiss the appeal and affirm the acquittals.

## 2. Background

9 Mr. Khelawon was charged with aggravated assault on Teofil Skupien and threatening to cause him death. He was also charged with aggravated assault and assault with a weapon on Atillio Dinino, and assault causing bodily harm on three other complainants. The offences were alleged to have occurred during the month of May 1999 and, at the time, all the complainants were residents

questions sérieuses, notamment celles de savoir si M. Skupien jouissait de toutes ses facultés mentales, s'il comprenait les conséquences de sa déclaration, s'il avait été influencé, dans ses allégations, par une employée mécontente qui avait été congédiée par M. Khelawon, si sa déclaration était motivée par une insatisfaction générale à l'égard de l'administration de la maison de retraite et si ses blessures étaient dues à une chute plutôt qu'à l'agression. Dans ces circonstances, l'impossibilité de contre-interroger M. Skupien limitait substantiellement la capacité de l'accusé de vérifier la preuve et, partant, la capacité du juge des faits d'en déterminer correctement la valeur. Les déclarations des autres plaignants présentaient des difficultés encore plus grandes et n'étaient pas admissibles quant au fond pour aider à apprécier la fiabilité des allégations de M. Skupien. Compte tenu de l'ensemble des circonstances et, en particulier, du fait que la preuve du ministère public contre M. Khelawon reposait sur la déclaration relatée, l'admission de ce témoignage risquait de compromettre l'équité du procès et n'aurait pas dû être autorisée. Comme l'a judicieusement fait remarquer le juge Rosenberg, l'admission de la preuve suivant la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire n'est pas la seule façon de préserver le témoignage de personnes qui peuvent être dans l'impossibilité de se présenter au procès. Les articles 709 à 714 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, envisagent expressément cette éventualité et établissent une procédure de prise de déposition par un commissaire en présence de l'accusé ou de son avocat, ce qui permet de préserver à la fois la preuve et les droits de l'accusé.

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les acquittements.

## 2. Contexte

M. Khelawon a été accusé de voies de fait graves et de menaces de mort à l'endroit de Teofil Skupien. Il a également été accusé de voies de faits graves et d'agression armée à l'endroit d'Atillio Dinino ainsi que d'agression ayant causé des lésions corporelles à trois autres plaignants. Ces infractions auraient été commises au cours du mois de mai 1999 et, à l'époque, tous les plaignants étaient des

at the Bloor West Village Retirement Home. Mr. Khelawon was the manager of the retirement home and his mother was the owner. As indicated earlier, none of the complainants was available to testify at trial. Hence, the central issue concerned the admissibility of their hearsay statements made to various people. There were 10 statements in total, four of which consisted of videotaped statements made to the police. The trial, held before Grossi J. without a jury, proceeded essentially as a *voir dire* into the admissibility of the evidence, with counsel agreeing that it would not be necessary to repeat the evidence about any statements later ruled admissible. None of the statements fit within any traditional exception to the hearsay rule. Their admissibility, rather, was contingent upon the Crown meeting the twin requirements of necessity and reliability under the principled approach to the hearsay rule, as established in *Khan*, *Smith* and, later, *Starr*.

résidents de Bloor West Village Retirement Home. M. Khelawon était le directeur de l'établissement et sa mère en était la propriétaire. Comme je l'ai indiqué précédemment, aucun des plaignants n'était disponible pour témoigner au procès. En conséquence, la principale question concernait l'admissibilité des déclarations relatées qu'ils avaient faites à diverses personnes. Il y avait en tout 10 déclarations, dont quatre à la police qui étaient enregistrées sur bande vidéo. Le procès tenu devant le juge Grossi siégeant sans jury s'est déroulé essentiellement comme un voir-dire sur l'admissibilité de la preuve, les avocats ayant convenu qu'il ne serait pas nécessaire de reprendre la preuve concernant les déclarations qui seraient par la suite jugées admissibles. Aucune des déclarations n'était visée par quelque exception traditionnelle à la règle du ouï-dire. Pour qu'elles soient admissibles, le ministère public devait plutôt satisfaire à la double exigence de nécessité et de fiabilité selon la méthode d'analyse raisonnée de la règle du ouï-dire, établie dans les arrêts *Khan*, *Smith* et, par la suite, *Starr*.

The charges concerning Mr. Skupien are the only matters before this Court. I will therefore summarize the evidence concerning Mr. Skupien's statements in more detail. I will also describe the circumstances surrounding the taking of the statements from the other complainants to the extent that it is relevant to dispose of this appeal. The Crown sought to introduce three statements made by Mr. Skupien: the first to an employee of the retirement home, the second to the doctor who treated him for his injuries, and the third to the police. Only the latter was admitted at trial. I will describe each statement in turn.

10 Les accusations relatives à M. Skupien sont les seules soumises à notre Cour. Je vais donc faire un résumé plus détaillé de la preuve concernant les déclarations de M. Skupien. Je vais également décrire les circonstances entourant l'obtention des déclarations des autres plaignants dans la mesure où elles sont pertinentes pour trancher le présent pourvoi. Le ministère public a cherché à produire trois déclarations de M. Skupien : la première faite à une employée de la maison de retraite, la deuxième, au médecin qui a soigné ses blessures, et la troisième, à la police. Seule la dernière déclaration a été admise en preuve au procès. Je décrirai chacune des déclarations à tour de rôle.

### 2.1 *Mr. Skupien's Statement to Ms. Stangrat*

### 2.1 *La déclaration de M. Skupien à M^me^ Stangrat*

Mr. Skupien was 81 years old and, at the time of the events in question, he had lived at the Bloor West Village Retirement Home for four years. Mr. Skupien's initial complaint was made to one of the employees at the retirement home, Joanna Stangrat. Ms. Stangrat, also known under several other names, was a cook who had been working

11 Au moment des faits en question, M. Skupien était âgé de 81 ans et vivait depuis quatre ans dans l'établissement Bloor West Village Retirement Home. Il a adressé sa première plainte à l'une des employés de la maison de retraite, M^me^ Joanna Stangrat. Celle-ci, connue également sous plusieurs autres noms, était cuisinière à la maison de retraite

at the retirement home for a few months. She had come to know Mr. Skupien because he would often visit the kitchen and would sometimes walk her to the subway at the end of her shifts. Ms. Stangrat played a prominent role in the case concerning Mr. Skupien. In part, it was the theory of the defence at trial that she had influenced Mr. Skupien and the other complainants in making their complaints out of spite because Mr. Khelawon had given her a notice of termination a few weeks earlier.

12 On May 8, 1999, Ms. Stangrat noticed that Mr. Skupien did not come to breakfast. She went to check on him in his room and found him lying on his bed. His face was red and there was blood around his mouth. When she got closer to him she saw bruising on his eye and nose. His eyes were swollen. When Mr. Skupien saw her, he asked her to come in and close the door. He appeared to be in shock and very shaky. Ms. Stangrat noticed two full green garbage bags on the floor. She closed the door and asked him what had happened and what was in the green garbage bags. Mr. Skupien told her what had happened the previous evening. He also showed her bruises on his upper left chest area.

13 Mr. Skupien told Ms. Stangrat that he had to leave before twelve o'clock that day because "Tony", the name Mr. Khelawon went by, would come back and kill him. Mr. Skupien described to Ms. Stangrat how Mr. Khelawon had come into his room in anger at about 8:00 p.m. the previous evening, and had punched him repeatedly in the face and ribs. After beating him up, Mr. Khelawon had packed the clothes into the green garbage bags and left them on the floor. Ms. Stangrat asked Mr. Skupien why Mr. Khelawon would attack him in this way. He told her that Tony was angry because Mr. Skupien had been going to the kitchen when he had no reason to go there. When the assault ended, Mr. Khelawon threatened Mr. Skupien that either he moved out of the home by noon the next day or he would return and kill him. Mr. Skupien asked her what he should do. Ms. Stangrat told him

depuis quelques mois. Elle connaissait M. Skupien parce que celui-ci se rendait souvent à la cuisine et l'accompagnait parfois jusqu'au métro à la fin de son quart de travail. M^me^ Stangrat a joué un rôle important dans le dossier concernant M. Skupien. La thèse de la défense voulait notamment qu'elle ait amené M. Skupien et les autres plaignants à porter plainte pour se venger de M. Khelawon qui lui avait remis un avis de cessation d'emploi quelques semaines auparavant.

Le 8 mai 1999, M^me^ Stangrat a remarqué que M. Skupien n'était pas venu prendre son petit déjeuner. Elle s'est rendue à sa chambre pour vérifier s'il allait bien et l'a trouvé étendu sur son lit. Son visage était rouge et il avait du sang autour de la bouche. Lorsqu'elle s'est approchée de lui, elle a constaté que son œil et son nez étaient contusionnés. Ses yeux étaient enflés. Lorsque M. Skupien l'a aperçue, il lui a demandé d'entrer et de fermer la porte. Il semblait être en état de choc et très mal en point. M^me^ Stangrat a remarqué la présence sur le plancher de deux grands sacs à ordures verts remplis. Elle a fermé la porte et lui a demandé ce qui s'était passé et ce que contenaient les deux sacs à ordures. M. Skupien lui a raconté ce qui s'était passé le soir précédent. Il lui a aussi montré les ecchymoses qu'il avait sur la partie supérieure gauche de sa poitrine.

M. Skupien a dit à M^me^ Stangrat qu'il devait quitter la maison de retraite avant midi ce même jour parce que « Tony », le surnom de M. Khelawon, reviendrait pour le tuer. Il a expliqué à M^me^ Stangrat que M. Khelawon était entré dans sa chambre en colère vers 20 h le soir précédent et l'avait roué de coups de poing au visage et dans les côtes. Après l'avoir battu, M. Khelawon avait entassé ses vêtements dans les sacs à ordures verts qu'il avait ensuite laissés sur le plancher. M^me^ Stangrat a demandé à M. Skupien pourquoi M. Khelawon l'avait ainsi attaqué. Celui-ci a répondu que Tony lui reprochait de se rendre à la cuisine alors qu'il n'avait aucune raison d'y aller. Après avoir agressé M. Skupien, M. Khelawon l'a menacé en lui disant de quitter la maison de retraite avant midi le lendemain, sinon il reviendrait pour le tuer. M. Skupien a demandé à M^me^ Stangrat ce qu'il devait faire. Elle

she would phone her daughter to come and get him and that he should stay in his room until she was finished her duties for the day.

Ms. Stangrat arranged for Mr. Skupien to stay at her daughter's home later that day, and then to her apartment. Mr. Skupien was in pain but he was scared and did not want to see a doctor at that time. Ms. Stangrat kept Mr. Skupien at her apartment where she and a friend of hers alternated caring for him. A few days later, Mr. Skupien agreed to go to the doctor. Ms. Stangrat and her friend took him to see Dr. Pietraszek.

### 2.2 *Mr. Skupien's Statement to the Treating Physician*

On May 12, 1999, Dr. Pietraszek examined Mr. Skupien. He found visible bruising to Mr. Skupien's face as well as bruises to his back and on the left side of his chest and noted that Mr. Skupien appeared to be in pain while breathing. X-rays revealed that he had suffered fractures to three ribs. Dr. Pietraszek testified that Mr. Skupien told him he had been hit in the face and body with something that was either a cane or a pipe. He denied any suggestion that Ms. Stangrat had related the story but acknowledged that she was present and may have helped him in describing what had happened. Dr. Pietraszek considered that the injuries were consistent with Mr. Skupien's account of how they were caused. He also testified that the injuries could have resulted from a fall.

### 2.3 *Mr. Skupien's Videotaped Statement to the Police*

The following day, on May 13, 1999, Ms. Stangrat took Mr. Skupien to the police. Detective Karpow took his complaint. He observed bruising to the left side of Skupien's face, in the eye area. He arranged for Mr. Skupien to give a videotaped statement. Both Detective Karpow and Constable John Birrell were present. The statement was not

lui a dit qu'elle téléphonerait à sa fille pour qu'elle vienne le chercher et lui a conseillé de rester dans sa chambre jusqu'à ce qu'elle ait terminé ses tâches de la journée.

14 M^me^ Stangrat a fait en sorte que M. Skupien demeure chez sa fille plus tard le même jour, et ensuite à son propre appartement. M. Skupien était souffrant, mais il refusait alors de consulter un médecin parce qu'il avait peur. M^me^ Stangrat l'a gardé à son appartement où elle et une de ses amies se sont occupées de lui à tour de rôle. Quelques jours plus tard, M. Skupien a accepté de se rendre chez le médecin. M^me^ Stangrat et son amie l'ont amené voir le D^r^ Pietraszek.

### 2.2 *La déclaration de M. Skupien au médecin traitant*

15 Le 12 mai 1999, le D^r^ Pietraszek a examiné M. Skupien. Il a constaté la présence d'ecchymoses dans son visage ainsi que dans son dos et sur la partie gauche de sa poitrine. Il a aussi remarqué que M. Skupien semblait éprouver de la douleur en respirant. Des radiographies ont permis de constater que trois de ses côtes étaient fracturées. Dans son témoignage, le D^r^ Pietraszek a affirmé que M. Skupien lui avait dit avoir été frappé au visage et sur le corps avec ce qui lui avait semblé être une canne ou un tuyau. Le médecin a rejeté toute idée que M^me^ Stangrat ait raconté cette histoire, mais il a reconnu qu'elle était présente et qu'elle pouvait avoir aidé M. Skupien à décrire ce qui s'était passé. Le D^r^ Pietraszek a estimé que les blessures pouvaient avoir été causées de la façon relatée par M. Skupien. Il a également témoigné que les blessures pouvaient être dues à une chute.

### 2.3 *La déclaration enregistrée sur bande vidéo que M. Skupien a faite à la police*

16 Le lendemain, soit le 13 mai 1999, M^me^ Stangrat a conduit M. Skupien au poste de police. Le détective Karpow a reçu sa plainte. Il a remarqué la présence d'ecchymoses sur la partie gauche du visage de M. Skupien, près de l'œil. Le détective s'est arrangé pour que M. Skupien fasse une déclaration enregistrée sur bande vidéo. Le détective Karpow

given under oath; however, Mr. Skupien was asked if he understood that it was very important that he tell the truth and that if he did not tell the truth "[he] could be charged with that". Mr. Skupien answered "Yes" to both questions. After a few other preliminary questions, he was asked what his complaint was. Mr. Skupien described how, on May 7, 1999, Tony came to his room and said: "enough is enough". He then began beating him by slapping and punching him in the face, the ribs and all over, telling him not to go into the kitchen. He said that if he did not leave, he would come by 12 o'clock the next day and shoot him. Mr. Skupien then went on at some length to make several complaints about the general management of the retirement home until Detective Karpow brought him back to the matter at hand by asking him further questions about the incident and the events that followed. Mr. Skupien was generally responsive to the officer's questions.

et l'agent John Birrell étaient présents. La déclaration n'a pas été faite sous serment, mais on a demandé à M. Skupien s'il comprenait qu'il était très important de dire la vérité et que, s'il mentait, [TRADUCTION] « des accusations en ce sens pourraient être portées contre [lui] ». M. Skupien a répondu « oui » aux deux questions. Après quelques autres questions préliminaires, on lui a demandé en quoi consistait sa plainte. Il a alors expliqué comment, le 7 mai 1999, Tony s'était rendu à sa chambre et lui avait dit « en voilà assez ». Il s'était ensuite mis à le battre en lui administrant des gifles et des coups de poing au visage, dans les côtes et un peu partout, et en lui interdisant d'aller à la cuisine. Tony avait dit à M. Skupien que s'il ne partait pas, il reviendrait à midi le lendemain pour l'abattre. M. Skupien a ensuite pris la peine d'ajouter plusieurs plaintes concernant l'administration générale de la maison de retraite, jusqu'à ce que le détective Karpow lui rappelle l'objet de sa démarche en lui posant d'autres questions sur l'épisode en cause et la suite des événements. M. Skupien a généralement bien répondu aux questions du policier.

17 After the interview was completed, Mr. Khelawon was arrested.

À la suite de cet entretien, M. Khelawon a été arrêté.

2.4 *Further Investigation*

2.4 *L'enquête plus approfondie*

18 Ms. Stangrat gave the police a list of other people that she thought they should speak to at the retirement home. The next day, on May 14, 1999, several police officers attended the home to seek these people out. Because there were no markings on the doors, the police had to search through the residence, speaking to residents and nursing staff. When some of the people were located, they were found to be "unresponsive" and no meaningful interviews could be conducted with them. Others, however, were able and willing to speak. The police would identify themselves as police, then ask the residents how things were going at the home and if anything had happened to them that they wanted to talk about. The police arranged to take videotaped statements from those who wanted to speak to them. These included three of the other

M^me^ Stangrat a remis aux policiers une liste d'autres personnes auxquelles, selon elle, ils devraient aller s'adresser à la maison de retraite. Le lendemain, soit le 14 mai 1999, plusieurs policiers sont allés rencontrer ces personnes à la maison de retraite. Comme il n'y avait pas d'inscriptions sur les portes, les agents ont dû visiter tout l'établissement, s'entretenant avec des résidents et des membres du personnel infirmier. Parmi les personnes trouvées, certaines se sont montrées [TRADUCTION] « peu réceptives », d'où l'impossibilité d'avoir un entretien utile avec elles. D'autres, toutefois, ont pu et ont voulu parler. Après avoir divulgué leur identité, les policiers demandaient aux résidents comment ça allait à la maison de retraite et s'ils souhaitaient discuter de ce qui pouvait leur être arrivé. Les policiers se sont arrangés pour enregistrer sur bande

complainants, Mr. Dinino, Ms. Poliszak and Mr. Grocholska. The fourth complainant, Mr. Peiszterer, could not communicate with the police; however, his son provided a videotaped statement.

vidéo les déclarations des personnes qui voulaient leur parler, dont celles de trois autres plaignants, M. Dinino, M^me^ Poliszak et M. Grocholska. Le quatrième plaignant, M. Peiszterer, n'a pas été en mesure de communiquer avec la police, mais son fils a fourni une déclaration enregistrée sur bande vidéo.

2.5 *Medical Records*

2.5 *Les dossiers médicaux*

On May 15, 1999, Detective Karpow attended at the retirement home and met with Dr. Michalski, a physician who attended regularly at the home to see the residents. On May 18, 1999, the police returned to the home and seized the medical records and a journal containing nursing notes.

19 Le 15 mai 1999, le détective Karpow s'est rendu à la maison de retraite où il a rencontré le D^r^ Michalski, un médecin appelé régulièrement à y soigner les résidents. Le 18 mai 1999, la police est retournée à la maison de retraite et a saisi les dossiers médicaux et un journal contenant des notes du personnel infirmier.

Documentation from Mr. Skupien's file revealed that he had been living in an apartment before suffering a stroke in February 1995. He was transferred to the retirement home in April 1995. A report dated April 13, 1995 noted his condition after the stroke. He suffered occasional periods of confusion, could not go outside on his own, needed help with meal preparation and banking, and had to be reminded to take his medication, but was able to perform all self-care tasks.

20 La documentation tirée du dossier de M. Skupien a révélé que celui-ci habitait en appartement jusqu'à ce qu'il soit victime d'un accident vasculaire cérébral (AVC) en février 1995. Il a été transféré à la maison de retraite en avril 1995. Un rapport daté du 13 avril 1995 fait état de sa condition après l'AVC. Il connaissait parfois des périodes de confusion, il ne pouvait sortir seul à l'extérieur et il avait besoin d'aide pour préparer ses repas, effectuer ses opérations bancaires et se rappeler de prendre ses médicaments, mais il était en mesure d'accomplir toutes les tâches en matière de soins personnels.

Dr. Michalski's file noted frequent contact with Mr. Skupien during his stay at the retirement home. From time to time, he was described as "depressed", "aggressive", "angry", and "paranoid". A diagnosis of paranoid psychoses was made in June 1998 and medication was prescribed. In July 1998, "some improvement in paranoia" was noted. In August 1998, he was described as "angry, hostile" and his dosage was increased. In August 1998, he was described as "confused". The possibility of dementia was first noted. In September 1998, he was diagnosed with "depression" and prescribed medication. In September 1998, improvement with the depression was noted, and although apparently "eliminated" in January 1999, depression was again noted in February 1999. The notes

21 Le dossier du D^r^ Michalski faisait état de rencontres fréquentes avec M. Skupien pendant son séjour à la maison de retraite. Parfois, il était décrit comme étant [TRADUCTION] « dépressif », « agressif », « en colère » et « paranoïaque ». En juin 1998, un diagnostic de psychose paranoïaque a été établi et des médicaments ont été prescrits. En juillet 1998, « la paranoïa a diminué quelque peu ». En août 1998, M. Skupien a été décrit comme étant « en colère et agressif » et la dose a été augmentée. En août 1998, il était qualifié de « confus ». La possibilité de démence était notée pour la première fois. En septembre 1998, un diagnostic de « dépression » a été établi et des médicaments ont été prescrits. Toujours en septembre 1998, une note indique que la dépression est

also reflect a number of complaints of fatigue, weakness and dizziness.

### 2.6 *Expert Evidence on the Voir Dire*

22 Dr. Susan Lieff, a geriatric psychiatrist, was qualified to provide opinion evidence on the *voir dire* with respect to Mr. Skupien's capacity to understand the importance of telling the truth and communicate evidence. She also provided an opinion with respect to Mr. Dinino. Her opinion was based solely on her review of the videotaped interviews and medical records. With regard to Mr. Skupien, Dr. Lieff testified that the videotape did not reveal any impaired judgment, delusions or hallucinations, or intellectual pathology. He seemed to comprehend what was asked and responded appropriately. In Dr. Lieff's view, Mr. Skupien's affirmative answer "Yes", when advised of the need to be truthful, reflected a clear understanding. Dr. Lieff did not consult with Dr. Michalski but took issue with his diagnosis of "dementia". In her opinion, the symptoms observed by Dr. Michalski were more likely side-effects of the anti-psychotic medication he was taking at the time. Dr. Lieff concluded that Mr. Skupien understood that it was important to tell the truth and that he had the capacity to communicate evidence.

## 3. Trial Judge's Ruling on Admissibility

23 As a preliminary issue, the trial judge ruled that the four complainants who had given videotaped statements were competent at the time within the meaning of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, which he interpreted as requiring that "witnesses must know the importance of telling the truth and must be able to communicate the evidence". In support of this finding, the trial judge relied on his own viewing of the videotapes and on Dr. Lieff's opinion evidence. (The

atténuée et, même si elle était apparemment « éliminée » en janvier 1999, la dépression a de nouveau été notée en février 1999. Ces notes font également état d'un certain nombre de plaintes de fatigue, de faiblesse et d'étourdissements.

### 2.6 *Le témoignage d'expert lors du voir-dire*

La D^re^ Susan Lieff, une psychiatre gériatrique, a été autorisée à présenter, lors du voir-dire, un témoignage d'opinion sur la capacité de M. Skupien de comprendre l'importance de dire la vérité et de communiquer les faits dans son témoignage. Elle a également exprimé une opinion au sujet de M. Dinino. Son opinion était fondée uniquement sur son examen des entretiens enregistrés sur bande vidéo et des dossiers médicaux. En ce qui concerne M. Skupien, la D^re^ Lieff a témoigné que l'enregistrement ne révélait aucun affaiblissement de jugement, aucun délire, aucune hallucination ni aucune pathologie mentale. Il paraissait comprendre les questions posées et il donnait des réponses pertinentes. Selon la D^re^ Lieff, le « oui » que M. Skupien a répondu lorsqu'il a été informé de la nécessité de dire la vérité indiquait qu'il avait bien compris ce qu'on lui disait. La D^re^ Lieff n'a pas consulté le D^r^ Michalski, mais elle a contesté son diagnostic de « démence ». À son avis, les symptômes observés par le D^r^ Michalski s'apparentaient davantage à des effets secondaires du médicament antipsychotique que M. Skupien prenait à l'époque. La D^re^ Lieff a conclu que M. Skupien comprenait l'importance de dire la vérité et qu'il était capable de communiquer les faits dans son témoignage.

## 3. La décision du juge du procès concernant l'admissibilité

À titre préliminaire, le juge du procès a conclu que les quatre plaignants ayant fait des déclarations enregistrées sur bande vidéo avaient à l'époque la capacité requise au sens de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, qu'il a interprété comme exigeant que [TRADUCTION] « les témoins connaissent l'importance de dire la vérité et soient capables de communiquer les faits dans leur témoignage ». Il a fondé sa conclusion sur son propre visionnement des bandes vidéo et sur

mental capacity of the hearsay declarant is a relevant factor on an inquiry into the statement's admissibility as it may impact on the reliability of the hearsay statement; however, it is important to note that s. 16 has no application here. Section 16 sets out the threshold competency requirement for receiving the testimony of a witness *in court*. The threshold is a low one and the witness's testimony, if received, is then subject to cross-examination in the usual way, including on any relevant matter concerning the witness's mental state. The inquiry into the admissibility of a hearsay statement may require more extensive probing into the declarant's mental competency at the time of making the statement when there is no opportunity to cross-examine the declarant.)

le témoignage d'opinion de la D^re^ Lieff. (La capacité mentale du déclarant est pertinente pour examiner l'admissibilité d'une déclaration relatée étant donné qu'elle peut avoir une incidence sur la fiabilité de cette déclaration; cependant, il importe de souligner que l'art. 16 ne s'applique pas en l'espèce. Cet article établit la capacité minimale requise pour qu'un témoignage soit admis *en cour*. Ce seuil est bas et si le témoignage est reçu, il fait ensuite l'objet du contre-interrogatoire habituel qui porte notamment sur toute question pertinente concernant l'état d'esprit du témoin. L'examen de l'admissibilité d'une déclaration relatée peut requérir un examen plus approfondi de la capacité mentale du déclarant au moment où il a fait la déclaration, dans le cas où il est impossible de le contre-interroger.)

After determining the s. 16 issue, the trial judge considered the necessity criterion. Although certain questions were raised at trial as to whether this criterion was met with respect to some of the complainants' statements, none of the issues concerned Mr. Skupien and hence need not be reviewed here.

24 Après avoir tranché la question de l'art. 16, le juge du procès s'est penché sur le critère de la nécessité. Bien que des questions soulevées au procès aient visé à déterminer si certaines déclarations des plaignants satisfaisaient à ce critère, aucune de ces questions ne concernaient M. Skupien et c'est pourquoi il n'est pas nécessaire de les examiner en l'espèce.

Finally, the trial judge turned to the question of threshold reliability. He determined that all videotaped statements to the police met the reliability requirement. In support of this finding, he noted that there was "nothing untoward in the police procedure in taking the statements" and, although three of the complainants' statements were taken at the retirement home, rather than at the police station, he found that the "circumstances of taking the statements [were] as formal and solemn as could be expected in the situation". He noted that there was "no animosity directed at the accused" by the complainants in their statements other than voicing their complaint. The complainants "appeared forthright", they were "not evasive", and they did not "attempt to overstate their injuries". There were no "exceedingly leading" questions and, to the extent that there was leading, it went to weight rather than admissibility. All the statements were contemporaneous or made shortly after the events that they described. They knew their assailant well and there was no realistic alternative suspect. Further, both

25 Enfin, le juge du procès a examiné la question du seuil de fiabilité. Il a conclu que toutes les déclarations enregistrées sur bande vidéo qui ont été faites à la police satisfaisaient à l'exigence de fiabilité. À l'appui de cette conclusion, il a souligné qu'il n'y avait [TRADUCTION] « rien de malencontreux dans la procédure suivie par la police pour recueillir les déclarations », et il a conclu que, bien que trois des déclarations des plaignants aient été recueillies à la maison de retraite plutôt qu'au poste de police, « les circonstances dans lesquelles les déclarations ont été recueillies [étaient], en l'occurrence, aussi formelles et solennelles que possible ». Le juge du procès a fait remarquer que, dans leurs déclarations, les plaignants ne faisaient que formuler leurs plaintes respectives « sans montrer de l'animosité pour l'accusé ». Les plaignants « paraissaient francs », ils n'étaient « pas évasifs » et ils « ne tentaient pas d'exagérer leurs blessures ». Les questions posées n'étaient pas « trop suggestives », et les seules questions suggestives touchaient la valeur probante plutôt que l'admissibilité. Toutes

Mr. Skupien and Mr. Dinino had corroborating injuries.

26 The crux of the trial judge's ruling, however, appears to have been his application of the decision of this Court in *U. (F.J.)* in which the complainant's out-of-court statement was admitted on the ground of its "striking similarity" with the accused's statement concerning the same events. Throughout his reasons, the trial judge made repeated references to the similarity between the statements and concluded that "the cumulative combination of similar points renders the overall similarity between the statements sufficiently distinctive to reject coincidence as a likely explanation". While he found that the oral statements were also "sufficiently similar to fit the principle in *R. v. U. (F.J.)*", he held, citing para. 217 in *Starr* as authority, that "to admit them would be oath-helping in that I have the video statements".

27 In the trial judge's view, the only real hearsay danger raised by the admission of the statements was the absence of cross-examination but, citing *Smith* as authority, he concluded that reliable evidence should not be excluded for this reason alone. The public interest in "the elderly receiving good care" allowed him "to take video statements together to bolster the complainants' credibility". He therefore ruled the videotaped statements admissible and the oral statements inadmissible.

28 At the conclusion of the trial, Grossi J. ultimately found only two of the videotaped statements sufficiently credible to found a conviction, those of Mr. Dinino and Mr. Skupien. Since this appeal concerns the admissibility ruling only, it is

les déclarations avaient été effectuées au moment où les faits décrits étaient survenus, ou peu après. Les plaignants connaissaient bien leur agresseur et il n'y avait aucune autre possibilité réaliste de soupçonner quelqu'un d'autre. De plus, MM. Skupien et Dinino avaient tous les deux des blessures corroborantes.

Toutefois, la décision du juge du procès semble reposer essentiellement sur son application de l'arrêt *U. (F.J.)* de notre Cour, où la déclaration extrajudiciaire de la plaignante a été admise en preuve à cause de sa « similitude frappante » avec la déclaration de l'accusé concernant les mêmes faits. Dans ses motifs, le juge du procès a mentionné, à maintes reprises, la similitude entre les déclarations et a conclu que [TRADUCTION] « la combinaison cumulative de points semblables rend[ait] la similitude globale entre les déclarations suffisamment distinctive pour rejeter la coïncidence comme explication probable ». Tout en estimant que les déclarations orales étaient également « suffisamment similaires pour être visées par le principe de l'arrêt *R. c. U. (F.J.)* », il a conclu, en se fondant sur le par. 217 de l'arrêt *Starr*, que « les admettre en preuve équivaudrait à admettre un témoignage justificatif du fait que je suis en possession des déclarations sur bande vidéo ».

Selon le juge du procès, le seul véritable danger en matière de ouï-dire que comportait l'admission en preuve des déclarations était l'absence de contre-interrogatoire, mais, s'appuyant sur l'arrêt *Smith*, il a décidé qu'une preuve fiable ne devrait pas être exclue pour ce seul motif. L'intérêt public à ce que [TRADUCTION] « les personnes âgées soient bien traitées » l'autorisait à « considérer les déclarations sur bande vidéo dans leur ensemble pour renforcer la crédibilité des plaignants ». Il a donc conclu à l'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande vidéo et à l'inadmissibilité des déclarations orales.

À la fin du procès, le juge Grossi a décidé, en fin de compte, que seules deux des déclarations enregistrées sur bande vidéo étaient suffisamment crédibles pour justifier une déclaration de culpabilité, à savoir celles de MM. Dinino et Skupien. Comme le présent

not necessary to review the reasons for conviction. It is common ground between the parties that if Mr. Skupien's statements are inadmissible, the convictions must be set aside and the appeal dismissed.

4. Court of Appeal for Ontario (2005), 195 O.A.C. 11

Mr. Khelawon appealed his convictions on the ground that the trial judge erred in admitting the videotaped statements. The Court of Appeal was unanimous in finding that Mr. Dinino's statement was not sufficiently reliable to warrant admission. A majority of the court found that Mr. Skupien's statement was also inadmissible due to its unreliability.

All three justices interpreted the trial judge's reasons as holding that without the similarity among the statements of the various complainants, none met the requirement of reliability and would therefore have been inadmissible (Rosenberg J.A., at para. 90; Blair J.A., at para. 29). The court therefore focussed on this aspect of the evidence and, indeed, the source of the disagreement between the majority and the dissent was whether the similarity of the statements was a permissible consideration in assessing reliability under the principled approach.

Rosenberg J.A., writing for the majority, held that the principle from *U. (F.J.)* could be applied only where the statements relate to the same event, and in most cases would be applied only where the declarant is available for cross-examination (para. 114). Here, the statements related to different incidents. Although a trier of fact might conclude, using similar fact reasoning, that the same person committed all of the crimes, this is an issue going to ultimate reliability, not threshold reliability (para. 115). Only the latter is relevant in determining admissibility. In addition, Rosenberg J.A. held that the comparator statements must also be substantively admissible, because the final decision as to the likelihood of coincidence or collusion

pourvoi ne porte que sur la décision concernant l'admissibilité, il n'est pas nécessaire d'examiner les motifs de la déclaration de culpabilité. Les parties conviennent que si les déclarations de M. Skupien sont inadmissibles, les déclarations de culpabilité doivent être annulées et le pourvoi, rejeté.

4. Cour d'appel de l'Ontario (2005), 195 O.A.C. 11

29 M. Khelawon a interjeté appel contre ses déclarations de culpabilité en faisant valoir que le juge du procès avait commis une erreur en admettant en preuve les déclarations enregistrées sur bande vidéo. La Cour d'appel a statué à l'unanimité que la déclaration de M. Dinino n'était pas suffisamment fiable pour être admise en preuve. Les juges majoritaires ont estimé que la déclaration de M. Skupien était également inadmissible en raison de sa non-fiabilité.

30 Les trois juges ont tous interprété les motifs du juge du procès comme signifiant que, n'eût été la similitude entre les déclarations des divers plaignants, aucune d'elles n'aurait satisfait à l'exigence de fiabilité, de sorte qu'elles auraient toutes été inadmissibles (le juge Rosenberg, par. 90; le juge Blair, par. 29). La cour a donc mis l'accent sur cet aspect de la preuve et, en fait, le désaccord entre les juges majoritaires et le juge dissident tenait à la question de savoir si la similitude entre les déclarations pouvait être prise en considération pour apprécier la fiabilité suivant la méthode d'analyse raisonnée.

31 Le juge Rosenberg, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a conclu que le principe de l'arrêt *U. (F.J.)* ne pouvait s'appliquer que lorsque les déclarations concernent les mêmes faits et que, dans la plupart des cas, il ne serait appliqué que s'il est possible de contre-interroger le déclarant (par. 114). En l'espèce, les déclarations concernaient des faits différents. Un juge des faits pourrait conclure, suivant le raisonnement des faits similaires, que la même personne a commis tous les crimes, mais c'est là une question de fiabilité en dernière analyse et non de seuil de fiabilité (par. 115). Seul le dernier est pertinent pour déterminer l'admissibilité. De plus, selon le juge Rosenberg, les déclarations de comparaison doivent également être admissibles quant au fond,

rests with the trier of fact (para. 128), and it would be odd for the trier of fact to be assessing ultimate reliability without access to "the very piece of evidence that convinced the trial judge that the statement was reliable" (para. 130). Grossi J.'s decision, therefore, was an impermissible expansion of the principle in *U. (F.J.)*. Rosenberg J.A. also held, at para. 92, that such an expansion was inconsistent with the statement of Iacobucci J. in *Starr*, at para. 217, that "corroborating . . . evidence" should not be considered in determining threshold reliability.

32 In dissent, Blair J.A. held that the central notion underpinning the *U. (F.J.)* "exception" was that absent collusion, prior knowledge, or improper influence, "striking similarities between statements belie coincidence and therefore bolster the reliability of the statement under consideration" (para. 44). While he held that the absence of cross-examination remained a factor to be weighed in assessing threshold reliability, he was of the view that its absence, in and of itself, was not an impediment to the principled application of the *U. (F.J.)* exception. He also found that the exception could apply where the statements related to different events, stating that, for the purpose of finding threshold reliability, he could see no "logical difference" between statements concerning the same accused "doing the same thing on the same occasion" and "the same accused doing the same thing on different occasions" (para. 48), drawing on the rationale for similar-fact reasoning, since both involve admitting evidence on the basis of the "improbability of coincidence" (para. 49). Finally, he found that a finding that the comparator statements are not substantively admissible should not exclude them from the reliability analysis, pointing out that otherwise reliable statements could be held inadmissible for a variety of reasons, including a finding that they were not necessary (para. 53).

parce que la décision finale concernant la probabilité de coïncidence ou de collusion appartient au juge des faits (par. 128), et il serait étrange que celui-ci apprécie la fiabilité en dernière analyse sans avoir accès à [TRADUCTION] « l'élément de preuve même qui a convaincu le juge du procès que la déclaration était fiable » (par. 130). La décision du juge Grossi constituait donc un élargissement inacceptable de la portée du principe de l'arrêt *U. (F.J.)*. Le juge Rosenberg a également décidé, au par. 92, qu'un tel élargissement était incompatible avec l'affirmation du juge Iacobucci dans l'arrêt *Starr*, au par. 217, selon laquelle il n'y a pas lieu de tenir compte d'une « preuve corroborante » pour établir le seuil de fiabilité.

Le juge Blair, dissident, a conclu que la notion fondamentale sous-tendant « l'exception » de l'arrêt *U. (F.J.)* veut que, en l'absence de collusion, de connaissance préalable ou d'influence indue, [TRADUCTION] « les similitudes frappantes entre les déclarations écartent toute coïncidence et renforcent donc la fiabilité de la déclaration examinée » (par. 44). Bien qu'il ait décidé que l'absence de contre-interrogatoire demeurait un élément à soupeser en appréciant le seuil de fiabilité, le juge Blair était d'avis que cette absence, en soi, ne faisait pas obstacle à l'application raisonnée de l'exception de l'arrêt *U. (F.J.)*. Il a également conclu que cette exception pouvait s'appliquer quand les déclarations concernaient des faits différents, ajoutant que, pour déterminer le seuil de fiabilité, il ne voyait — compte tenu de la raison d'être du raisonnement des faits similaires — aucune « différence logique » entre une déclaration voulant que le même accusé « ait accompli le même acte à la même occasion » et une déclaration voulant que « le même accusé ait accompli le même acte à différentes occasions » (par. 48), étant donné que les deux situations comportent l'admission d'un élément de preuve fondée sur « l'improbabilité d'une coïncidence » (par. 49). Enfin, il a estimé que les déclarations de comparaison jugées inadmissibles quant au fond ne devraient pas être exclues de l'analyse de la fiabilité, faisant remarquer que des déclarations par ailleurs fiables pourraient être jugées inadmissibles pour diverses raisons, dont la conclusion qu'elles n'étaient pas nécessaires (par. 53).

On the basis of these conclusions, Blair J.A. held that the trial judge had not erred in considering the similarity among the statements in determining their threshold reliability. He then went on to apply "the *U. (F.J.)* exception" to the statements at issue on appeal, and held that although the videotaped statement of Mr. Dinino was inadmissible, the videotaped statement of Mr. Skupien was.

Compte tenu de ces conclusions, le juge Blair a statué que le juge du procès n'avait commis aucune erreur en tenant compte de la similitude des déclarations pour en déterminer le seuil de fiabilité. Il a ensuite appliqué [TRADUCTION] « l'exception de l'arrêt *U. (F.J.)* » aux déclarations visées par l'appel et a conclu que, même si la déclaration de M. Dinino enregistrée sur bande vidéo était inadmissible, celle de M. Skupien aussi enregistrée sur bande vidéo était par ailleurs admissible. 33

## 5. Rule Against Hearsay

## 5. La règle interdisant le ouï-dire

### 5.1 *General Exclusionary Rule*

### 5.1 *Une règle d'exclusion générale*

The basic rule of evidence is that all relevant evidence is admissible. There are a number of exceptions to this basic rule. One of the main exceptions is the rule against hearsay: absent an exception, hearsay evidence is *not* admissible. Hearsay evidence is not excluded because it is irrelevant — there is no need for a special rule to exclude irrelevant evidence. Rather, as we shall see, it is the difficulty of testing hearsay evidence that underlies the exclusionary rule and, generally, the alleviation of this difficulty that forms the basis of the exceptions to the rule. Although hearsay evidence includes communications expressed by conduct, I will generally refer to hearsay statements only.

La règle de preuve fondamentale veut que tous les éléments de preuve pertinents soient admissibles. Cette règle fondamentale comporte un certain nombre d'exceptions. L'une des principales exceptions est la règle interdisant le ouï-dire : sauf exception, la preuve par ouï-dire *n'est pas* admissible. La preuve par ouï-dire n'est pas exclue parce qu'elle n'est pas pertinente — une règle spéciale n'est pas nécessaire pour exclure une preuve non pertinente. Comme nous le verrons, c'est plutôt la difficulté de vérifier la preuve par ouï-dire qui sous-tend la règle d'exclusion et, en général, l'atténuation de cette difficulté qui constitue le fondement des exceptions à la règle. Bien que la preuve par ouï-dire comprenne la conduite expressive, je m'en tiendrai généralement aux déclarations relatées. 34

### 5.2 *Definition of Hearsay*

### 5.2 *Définition du ouï-dire*

At the outset, it is important to determine what is and what is not hearsay. The difficulties in defining hearsay encountered by courts and learned authors have been canvassed before and need not be repeated here: see *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at pp. 40-41, *per* Dickson J. It is sufficient to note, as this Court did in *Starr*, at para. 159, that the more recent definitions of hearsay are focussed on the central concern underlying the hearsay rule: the difficulty of testing the reliability of the declarant's assertion. See, for example, *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591, at pp. 593-94. Our adversary system puts a premium on the calling of witnesses, who testify under oath or solemn affirmation, whose

Au départ, il importe de déterminer ce qui constitue du ouï-dire et ce qui n'en constitue pas. Les difficultés que les tribunaux et les auteurs de doctrine ont eues à définir le ouï-dire ont déjà fait l'objet d'un examen approfondi et il n'est pas nécessaire de les reprendre en l'espèce : voir *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 40-41, le juge Dickson. Il suffit de noter, comme notre Cour l'a fait au par. 159 de l'arrêt *Starr*, que les plus récentes définitions du ouï-dire sont axées sur la préoccupation majeure qui sous-tend cette règle du ouï-dire, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Voir, par exemple, l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591, p. 593-594. Notre 35

demeanour can be observed by the trier of fact, and whose testimony can be tested by cross-examination. We regard this process as the optimal way of testing testimonial evidence. Because hearsay evidence comes in a different form, it raises particular concerns. The general exclusionary rule is a recognition of the difficulty for a trier of fact to assess what weight, if any, is to be given to a statement made by a person who has not been seen or heard, and who has not been subject to the test of cross-examination. The fear is that untested hearsay evidence may be afforded more weight than it deserves. The essential defining features of hearsay are therefore the following: (1) the fact that the statement is adduced to prove the truth of its contents and (2) the absence of a contemporaneous opportunity to cross-examine the declarant. I will deal with each defining feature in turn.

### 5.2.1 Statements Adduced for Their Truth

36 The purpose for which the out-of-court statement is tendered matters in defining what constitutes hearsay because it is only when the evidence is tendered to prove the truth of its contents that the need to test its reliability arises. Consider the following example. At an accused's trial on a charge for impaired driving, a police officer testifies that he stopped the accused's car because he received information from an unidentified caller that the car was driven by a person who had just left a local tavern in a "very drunk" condition. If the statement about the inebriated condition of the driver is introduced for the sole purpose of establishing the police officer's grounds for stopping the vehicle, it does not matter whether the unidentified caller's statement was accurate, exaggerated, or even false. Even if the statement is totally unfounded, that fact does not take away from the officer's explanation of his actions. If, on the other hand, the statement is tendered as proof that the accused was in fact impaired, the trier of fact's inability to test the

système accusatoire attache une grande importance à l'assignation de témoins qui déposent sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle et dont le comportement peut être observé par le juge des faits, et le témoignage, vérifié au moyen d'un contre-interrogatoire. Nous considérons que ce processus représente la meilleure façon de vérifier la preuve testimoniale. Parce qu'elle se présente sous une forme différente, la preuve par ouï-dire suscite des préoccupations particulières. La règle d'exclusion générale reconnaît la difficulté pour le juge des faits d'apprécier le poids à donner, s'il y a lieu, à une déclaration d'une personne qui n'a été ni vue ni entendue et qui n'a pas eu à subir un contre-interrogatoire. On craint que la preuve par ouï-dire non vérifiée se voie accorder plus de poids qu'elle n'en mérite. Les caractéristiques déterminantes essentielles du ouï-dire sont donc les suivantes : (1) le fait que la déclaration soit présentée pour établir la véracité de son contenu et (2) l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration. J'examinerai chacune de ces caractéristiques déterminantes à tour de rôle.

### 5.2.1 Déclarations présentées pour établir la véracité de leur contenu

Le but dans lequel la déclaration extrajudiciaire est présentée revêt de l'importance lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue du ouï-dire, car c'est seulement lorsque la preuve est présentée pour établir la véracité de son contenu qu'il devient nécessaire d'en vérifier la fiabilité. Prenons l'exemple suivant. Au procès d'un accusé inculpé de conduite avec facultés affaiblies, un policier témoigne qu'il a intercepté l'automobile de l'accusé à la suite d'un appel d'un inconnu l'informant que le véhicule était conduit par une personne en état d'« ébriété avancée » qui venait tout juste de quitter une taverne de quartier. Si la déclaration concernant l'état d'ébriété du conducteur est présentée dans le seul but d'établir les motifs que le policier avait d'intercepter le véhicule, il importe peu de savoir si la déclaration de l'auteur inconnu de l'appel était exacte, exagérée ou même fausse. Même si la déclaration est totalement dénuée de fondement, cela n'enlève rien à l'explication que le policier a donnée au sujet de ses actes. Si, par contre, la déclaration est présentée

reliability of the statement raises real concerns. Hence, only in the latter circumstance is the evidence about the caller's statement defined as hearsay and subject to the general exclusionary rule.

dans le but de prouver que l'accusé avait effectivement les facultés affaiblies, l'incapacité du juge des faits d'en vérifier la fiabilité suscite des préoccupations réelles. Ce n'est donc que dans ce dernier cas que la preuve relative à la déclaration de l'auteur de l'appel constitue du ouï-dire et est assujettie à la règle d'exclusion générale.

### 5.2.2 Absence of Contemporaneous Cross-Examination

The previous example, namely where the witness tells the court what A told him, is the more obvious form of hearsay evidence. A is not before the court to be seen, heard and cross-examined. However, the traditional law of hearsay also extends to out-of-court statements made by the witness who does testify in court when that out-of-court statement is tendered to prove the truth of its contents. This extended definition of hearsay has been adopted in Canada: *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 763-64; *Starr*, at para. 158. It is important to understand the rationale for treating a witness's out-of-court statements as hearsay.

When the witness repeats or adopts an earlier out-of-court statement, in court, under oath or solemn affirmation, of course no hearsay issue arises. The statement itself is not evidence, the testimony is the evidence and it can be tested in the usual way by observing the witness and subjecting him or her to cross-examination. The hearsay issue does arise, however, when the witness does not repeat or adopt the information contained in the out-of-court statement and the statement itself is tendered for the truth of its contents. Consider the following example to illustrate the concerns raised by this evidence.

In an out-of-court statement, W identifies the accused as her assailant. At the trial of the accused on a charge of assault, W testifies that the accused is *not* her assailant. The Crown seeks to tender the out-of-court statement as proof of the fact that the

### 5.2.2 L'impossibilité de contre-interroger au moment précis où la déclaration est faite

37 L'exemple précédent, à savoir lorsque le témoin raconte au tribunal ce que A lui a dit, est la forme la plus évidente de preuve par ouï-dire. A n'est pas devant le tribunal de manière à pouvoir être vu, entendu et contre-interrogé. Toutefois, la règle traditionnelle du ouï-dire s'applique également à la déclaration extrajudiciaire du témoin qui dépose en cour lorsque cette déclaration extrajudiciaire est présentée pour établir la véracité de son contenu. Cette définition élargie du ouï-dire a été adoptée au Canada : *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 763-764; *Starr*, par. 158. Il est important de comprendre pourquoi les déclarations extrajudiciaires d'un témoin sont considérées comme étant du ouï-dire.

38 Lorsque, devant le tribunal, le témoin réitère ou adopte — sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle — une déclaration extrajudiciaire antérieure, il va de soi qu'aucune question de ouï-dire ne se pose. Ce n'est pas la déclaration elle-même qui constitue un élément de preuve, mais plutôt le témoignage, qui peut être vérifié de la façon habituelle en observant le témoin et en lui faisant subir un contre-interrogatoire. Toutefois, la question du ouï-dire se pose lorsque le témoin ne réitère pas ou n'adopte pas le contenu de la déclaration extrajudiciaire, et que la déclaration elle-même est présentée pour établir la véracité de son contenu. Prenons l'exemple suivant pour illustrer les préoccupations suscitées par cet élément de preuve.

39 Dans une déclaration extrajudiciaire, W désigne l'accusé comme étant son agresseur. Au procès de l'accusé pour voies de fait, W témoigne que l'accusé *n'est pas* son agresseur. Le ministère public cherche à présenter la déclaration extrajudiciaire

accused did assault W. In these circumstances, the trier of fact is asked to accept the out-of-court statement over the sworn testimony of the witness. Given the usual premium placed on the value of in-court testimonial evidence, a serious issue arises as to whether it is at all necessary to introduce the statement. In addition, the reliability of that statement becomes crucial. How trustworthy is it? In what circumstances did W make that statement? Was it made casually to friends at a social function, or rather, to the police as a formal complaint? Was W aware of the potential consequences of making that statement, did she intend that it be acted upon? Did she have a motive to lie? In what condition was W at the time she made the statement? Many more questions can come to mind on matters that relate to the reliability of that out-of-court statement. When the trier of fact is asked to consider the out-of-court statement as proof that the accused in fact assaulted W, assessing its reliability may prove to be difficult.

pour prouver que l'accusé a effectivement agressé W. Dans ces circonstances, on demande au juge des faits de retenir la déclaration extrajudiciaire plutôt que le témoignage sous serment du témoin. Compte tenu de l'importance habituellement accordée au témoignage devant le tribunal, une question sérieuse se pose, soit celle de savoir s'il est absolument nécessaire de présenter la déclaration. De plus, la fiabilité de cette déclaration devient déterminante. Jusqu'à quel point est-elle fiable? Dans quelles circonstances W a-t-elle fait cette déclaration? L'a-t-elle faite à brûle-pourpoint à des amis lors d'une activité sociale, ou plutôt à la police à titre de plainte formelle? W était-elle consciente des conséquences que pouvait avoir cette déclaration, voulait-elle qu'on y donne suite? Avait-elle une raison de mentir? Dans quel état était W au moment où elle a fait la déclaration? Bien d'autres questions peuvent venir à l'esprit au sujet de la fiabilité de cette déclaration extrajudiciaire. Lorsqu'on demande au juge des faits de considérer que la déclaration extrajudiciaire prouve que l'accusé a effectivement agressé W, il peut se révéler difficile d'apprécier la fiabilité de cette preuve.

40 Concerns over the reliability of the statement also arise where W does not recant the out-of-court statement but testifies that she has no memory of making the statement, or worse still, no memory of the assault itself. The trier of fact does not see or hear the witness making the statement and, because there is no opportunity to cross-examine the witness *contemporaneously* with the making of the statement, there may be limited opportunity for a meaningful testing of its truth. In addition, an issue may arise as to whether the prior statement is fully and accurately reproduced.

Des préoccupations concernant la fiabilité de la déclaration naissent également lorsque W ne revient pas sur sa déclaration extrajudiciaire, mais témoigne qu'elle ne se souvient pas l'avoir faite, ou pis encore, qu'elle n'a aucun souvenir de l'agression elle-même. Le juge des faits ne voit pas ou n'entend pas le témoin faire la déclaration et, puisque qu'il n'y a aucune possibilité de contre-interroger le témoin *au moment précis* où il fait sa déclaration, la possibilité de vérifier utilement la véracité de cette déclaration peut être limitée. De plus, il peut y avoir lieu de se demander si la déclaration antérieure est reproduite intégralement et fidèlement.

41 Hence, although the underlying rationale for the general exclusionary rule may not be as obvious when the declarant is available to testify, it is the same — the difficulty of testing the reliability of the out-of-court statement. The difficulty of assessing W's out-of-court statement is the reason why it falls within the definition of hearsay and is subject to the general exclusionary rule. As one may readily appreciate, however, the degree of difficulty

Ainsi, bien qu'il se puisse que la raison d'être de la règle d'exclusion générale ne soit pas aussi évidente lorsque le déclarant est disponible pour témoigner, elle reste la même, soit la difficulté de vérifier la fiabilité de la déclaration extrajudiciaire. La difficulté d'apprécier la déclaration extrajudiciaire de W explique pourquoi elle est visée par la définition du ouï-dire et est assujettie à la règle d'exclusion générale. Toutefois, on le comprendra aisément, la

may be substantially alleviated in cases where the declarant is available for cross-examination on the earlier statement, particularly where an accurate record of the statement can be tendered in evidence. I will come back to that point later. My point here is simply to explain why, by definition, hearsay extends to out-of-court statements tendered for their truth even when the declarant is before the court.

### 5.3 *Hearsay Exceptions: A Principled Approach*

It has long been recognized that a rigid application of the exclusionary rule would result in the unwarranted loss of much valuable evidence. The hearsay statement, because of the way in which it came about, may be inherently reliable, or there may be sufficient means of testing it despite its hearsay form. Hence, a number of common law exceptions were gradually created. A rigid application of these exceptions, in turn, proved problematic leading to the needless exclusion of evidence in some cases, or its unwarranted admission in others. Wigmore urged greater flexibility in the application of the rule based on the two guiding principles that underlie the traditional common law exceptions: necessity and reliability (*Wigmore on Evidence* (2nd ed. 1923), vol. III, § 1420, at p. 153). This Court first accepted this approach in *Khan* and later recognized its primacy in *Starr*. The governing framework, based on *Starr*, was recently summarized in *R. v. Mapara*, [2005] 1 S.C.R. 358, 2005 SCC 23, at para. 15:

(a) Hearsay evidence is presumptively inadmissible unless it falls under an exception to the hearsay rule. The traditional exceptions to the hearsay rule remain presumptively in place.

(b) A hearsay exception can be challenged to determine whether it is supported by indicia of necessity and reliability, required by the principled approach. The exception can be modified as necessary to bring it into compliance.

difficulté peut être atténuée substantiellement lorsque le déclarant peut être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure, en particulier lorsqu'il est possible de déposer en preuve un compte rendu exact de la déclaration. Je reviendrai sur cette question plus loin. Je ne tiens ici qu'à expliquer pourquoi, par définition, le ouï-dire englobe les déclarations extrajudiciaires présentées pour établir la véracité de leur contenu, et ce, même lorsque le déclarant est devant le tribunal.

### 5.3 *Les exceptions à la règle du ouï-dire : une méthode d'analyse raisonnée*

42 On reconnaît depuis longtemps qu'une application rigide de la règle d'exclusion entraînerait la perte injustifiée d'éléments de preuve très précieux. La déclaration relatée peut, en raison de la manière dont elle a été faite, être intrinsèquement fiable, ou il peut exister suffisamment de moyens de la vérifier en dépit du fait qu'elle est relatée. Partant, un certain nombre d'exceptions de common law ont peu à peu fait leur apparition. Une application rigide de ces exceptions s'est révélée, à son tour, problématique et a donné lieu, dans certains cas, à l'exclusion inutile d'éléments de preuve ou, dans d'autres cas, à leur admission injustifiée. Wigmore a préconisé une application plus souple de la règle, fondée sur les deux principes directeurs qui sous-tendent les exceptions de common law traditionnelles, à savoir la nécessité et la fiabilité (*Wigmore on Evidence* (2e éd. 1923), vol. III, § 1420, p. 153). Notre Cour a d'abord retenu cette approche dans l'arrêt *Khan* et en a, par la suite, reconnu la primauté dans l'arrêt *Starr*. Le cadre d'analyse applicable selon l'arrêt *Starr* a été résumé récemment dans l'arrêt *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358, 2005 CSC 23, par. 15 :

a) La preuve par ouï-dire est présumée inadmissible à moins de relever d'une exception à la règle du ouï-dire. Les exceptions traditionnelles continuent présomptivement de s'appliquer.

b) Il est possible de contester une exception à l'exclusion du ouï-dire au motif qu'elle ne présenterait pas les indices de nécessité et de fiabilité requis par la méthode d'analyse raisonnée. On peut la modifier au besoin pour la rendre conforme à ces exigences.

(c) In "rare cases", evidence falling within an existing exception may be excluded because the indicia of necessity and reliability are lacking in the particular circumstances of the case.

(d) If hearsay evidence does not fall under a hearsay exception, it may still be admitted if indicia of reliability and necessity are established on a *voir dire*.

43 In this case, we are concerned with the admission of evidence under item (d). In particular, the courts below were divided over two main questions: (1) what factors must be considered in deciding whether the evidence is sufficiently reliable to be admitted; and (2) whether the "exception" recognized by this Court in *U. (F.J.)* can be extended to the facts of this case. I will comment first on the second question.

44 In my view, the discussion over whether the "*U. (F.J.)* exception" applies here exemplifies the concern expressed in *U. (F.J.)* itself, that the "new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis" (para. 35). In *U. (F.J.)*, there was a similar debate over whether the "*B. (K.G.)* exception" to the rule against the substantive admission of prior inconsistent statements extended to circumstances where the reliability of the complainant's statement was based, not so much on the circumstances in which it came about as was the case in *B. (K.G.)*, but on its striking similarity to a statement made by the accused. Lamer C.J. explained how his decision in *B. (K.G.)* was an application of the principled approach to hearsay, and how "[i]n addition . . . a threshold of reliability can sometimes be established, in cases where the witness is available for cross-examination, by a striking similarity between two statements" (para. 40). He concluded his analysis by anticipating that yet other situations may arise. He stated the following (at para. 45):

I anticipate that instances of statements so strikingly similar as to bolster their reliability will be rare.

c) Dans de « rares cas », la preuve relevant d'une exception existante peut être exclue parce que, dans les circonstances particulières de l'espèce, elle ne présente pas les indices de nécessité et de fiabilité requis.

d) Si la preuve par ouï-dire ne relève pas d'une exception à la règle d'exclusion, elle peut tout de même être admissible si l'existence d'indices de fiabilité et de nécessité est établie lors d'un voir-dire.

Dans la présente affaire, il est question d'admission de preuve selon l'al. d). En particulier, les tribunaux d'instance inférieure étaient partagés quant à deux questions principales : (1) Quels facteurs doit-on considérer pour décider si la preuve est suffisamment fiable pour être admise? (2) L'« exception » reconnue par notre Cour dans l'arrêt *U. (F.J.)* peut-elle s'appliquer aux faits de la présente affaire? Je vais d'abord commenter la deuxième question.

À mon avis, le débat entourant la question de savoir si « l'exception de l'arrêt *U. (F.J.)* » s'applique en l'espèce illustre le souci exprimé dans l'arrêt *U. (F.J.)* lui-même, à savoir que la « nouvelle façon d'aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories » (par. 35). Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, un débat semblable a porté sur la question de savoir si « l'exception de l'arrêt *B. (K.G.)* » à la règle interdisant l'admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles s'appliquait dans le cas où la fiabilité de la déclaration du plaignant tenait non pas tant aux circonstances dans lesquelles elle avait été faite, comme l'affaire dans *B. (K.G.)*, mais plutôt à sa similitude frappante avec une déclaration de l'accusé. Le juge en chef Lamer a expliqué comment sa décision dans l'affaire *B. (K.G.)* était une application de la méthode d'analyse raisonnée au ouï-dire et comment en outre « l'établissement d'un seuil de fiabilité est parfois possible, dans les cas où le témoin peut être contre-interrogé, lorsqu'il existe une similitude frappante entre deux déclarations » (par. 40). Il a conclu son analyse en prévoyant que d'autres situations peuvent encore se présenter. Voici ce qu'il a affirmé (par. 45) :

Je m'attends à ce que soient rares les cas de déclarations dont la similitude est frappante au point d'étayer

In keeping with our principled and flexible approach to hearsay, other situations may arise where prior inconsistent statements will be judged substantively admissible, bearing in mind that cross-examination alone provides significant indications of reliability. It is not necessary in this case to decide if cross-examination alone provides an adequate assurance of threshold reliability to allow substantive admission of prior inconsistent statements.

As I will discuss later, both *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)* highlight the particular concerns raised in cases of prior inconsistent statements. However, following Lamer C.J.'s own words of caution against "rigid pigeon-holing analysis", it is my view that neither *B. (K.G.)* nor *U. (F.J.)* should be interpreted as creating categorical exceptions to the rule against hearsay based on fixed criteria. The majority judgment in *B. (K.G.)* itself leaves room for appropriate substitutes for the criteria it sets out. Further, to interpret these cases as creating new categories of exceptions would not be in keeping with the flexible case-by-case principled approach. We would simply be replacing the traditional set of exceptions with a new and (for the time being) less ossified one. Rather, these cases provide guidance — not fixed categories — on the application of the principled case-by-case approach by identifying the relevant concerns and the factors to be considered in determining admissibility.

I will review *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)* in this light as well as some other relevant decisions from this Court. Since the issues raised on this appeal relate to the assessment of reliability, my analysis will be focussed on that criterion. However, as I will explain, necessity and reliability should not be considered in isolation. One criterion may impact on the other. For example, as we shall see, in some cases the need for the evidence may, in large part, be based on the fact that the hearsay statement is highly reliable and the fact-finding process would be distorted without it. However, before I discuss the factors relating to reliability, I want to

leur fiabilité. Conformément à notre démarche en matière de ouï-dire fondée sur des principes et souple, il peut y avoir d'autres situations où les déclarations antérieures incompatibles seront jugées admissibles quant au fond, compte tenu du fait que le contre-interrogatoire seul donne d'importants indices de fiabilité. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de décider si le contre-interrogatoire seul donne une assurance suffisante quant au seuil de fiabilité pour permettre l'admission, quant au fond, de déclarations antérieures incompatibles.

45 Comme je l'expliquerai plus loin, les arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)* font tous les deux ressortir les préoccupations particulières suscitées dans des cas de déclaration antérieure incompatible. Toutefois, compte tenu de la mise en garde du juge en chef Lamer contre une « analyse rigide de catégories », j'estime que ni l'arrêt *B. (K.G.)* ni l'arrêt *U. (F.J.)* ne devraient être interprétés comme créant des catégories d'exceptions — fondées sur des critères fixes — à la règle interdisant le ouï-dire. Le jugement majoritaire dans l'affaire *B. (K.G.)* permet lui-même de remplacer par des substituts adéquats les critères qu'il énonce. De plus, interpréter ces arrêts comme créant de nouvelles catégories d'exceptions ne serait pas conforme à la méthode souple d'analyse raisonnée applicable cas par cas. Nous nous trouverions simplement à remplacer la série d'exceptions traditionnelles par une nouvelle série moins sclérosée (pour l'instant). Au lieu d'établir des catégories fixes, ces arrêts donnent plutôt des indications sur l'application cas par cas de la méthode d'analyse raisonnée en décrivant les préoccupations pertinentes et les facteurs à considérer pour déterminer l'admissibilité.

46 J'examinerai sous cet angle les arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)*, de même que certains autres arrêts pertinents de notre Cour. Puisque les questions soulevées dans le présent pourvoi concernent l'appréciation de la fiabilité, mon analyse portera sur ce critère. Toutefois, comme je l'expliquerai, la nécessité et la fiabilité ne devraient pas être examinées séparément. Un critère peut influer sur l'autre. Par exemple, comme nous le verrons, la nécessité de la preuve peut, dans certains cas, découler en grande partie du fait que la déclaration relatée est très fiable et que le processus de constatation des faits serait faussé sans elle. Toutefois, avant d'analyser

say a word on the overarching principle of trial fairness.

### 5.4 *Constitutional Dimension: Trial Fairness*

47 Prior to admitting hearsay statements under the principled exception to the hearsay rule, the trial judge must determine on a *voir dire* that necessity and reliability have been established. The onus is on the person who seeks to adduce the evidence to establish these criteria on a balance of probabilities. In a criminal context, the inquiry may take on a constitutional dimension, because difficulties in testing the evidence, or conversely the inability to present reliable evidence, may impact on an accused's ability to make full answer and defence, a right protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505. The right to make full answer and defence in turn is linked to another principle of fundamental justice, the right to a fair trial: *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262. The concern over trial fairness is one of the paramount reasons for rationalizing the traditional hearsay exceptions in accordance with the principled approach. As stated by Iacobucci J. in *Starr*, at para. 200, in respect of Crown evidence: "It would compromise trial fairness, and raise the spectre of wrongful convictions, if the Crown is allowed to introduce unreliable hearsay against the accused, regardless of whether it happens to fall within an existing exception."

48 As indicated earlier, our adversary system is based on the assumption that sources of untrustworthiness or inaccuracy can best be brought to light under the test of cross-examination. It is mainly because of the inability to put hearsay evidence to that test, that it is presumptively inadmissible. However, the constitutional right guaranteed under s. 7 of the *Charter* is not the right to confront or cross-examine adverse witnesses in itself. The adversarial trial process, which includes

les facteurs liés à la fiabilité, je tiens à dire un mot sur le principe dominant de l'équité du procès.

### 5.4 *La dimension constitutionnelle : l'équité du procès*

Avant d'admettre les déclarations relatées en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, le juge du procès doit décider, lors d'un voir-dire, que la nécessité et la fiabilité ont été établies. Il incombe à la personne qui cherche à présenter la preuve d'établir ces critères selon la prépondérance des probabilités. En matière criminelle, l'examen peut comporter une dimension constitutionnelle parce que la difficulté de vérifier la preuve ou, à l'inverse, l'impossibilité de présenter une preuve fiable peut compromettre la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, qui est un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505. Le droit de présenter une défense pleine et entière est, à son tour, lié à un autre principe de justice fondamentale, à savoir le droit à un procès équitable : *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262. La préoccupation relative à l'équité du procès est l'une des raisons primordiales de rationaliser les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire conformément à la méthode d'analyse raisonnée. Comme l'a précisé le juge Iacobucci, au par. 200 de l'arrêt *Starr*, quant à la preuve du ministère public, « [s]i on permettait au ministère public de présenter une preuve par ouï-dire non fiable contre l'accusé, peu importe qu'elle se trouve ou non à relever d'une exception existante, cela compromettrait l'équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées. »

Comme je l'ai indiqué précédemment, notre système accusatoire repose sur l'hypothèse voulant que le contre-interrogatoire représente le meilleur moyen de révéler les causes d'inexactitude ou de manque de fiabilité. C'est principalement en raison de l'incapacité de la vérifier de cette façon que la preuve par ouï-dire est présumée inadmissible. Toutefois, le droit constitutionnel garanti par l'art. 7 de la *Charte* n'est pas en soi le droit de confronter ou contre-interroger des témoins opposés. Le

cross-examination, is but the means to achieve the end. Trial fairness, as a principle of fundamental justice, is the end that must be achieved. Trial fairness embraces more than the rights of the accused. While it undoubtedly includes the right to make full answer and defence, the fairness of the trial must also be assessed in the light of broader societal concerns: see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 69-76. In the context of an admissibility inquiry, society's interest in having the trial process arrive at the truth is one such concern.

The broader spectrum of interests encompassed in trial fairness is reflected in the twin principles of necessity and reliability. The criterion of necessity is founded on society's interest in getting at the truth. Because it is not always possible to meet the optimal test of contemporaneous cross-examination, rather than simply losing the value of the evidence, it becomes necessary in the interests of justice to consider whether it should nonetheless be admitted in its hearsay form. The criterion of reliability is about ensuring the integrity of the trial process. The evidence, although needed, is not admissible unless it is sufficiently reliable to overcome the dangers arising from the difficulty of testing it. As we shall see, the reliability requirement will generally be met on the basis of two different grounds, neither of which excludes consideration of the other. In some cases, because of the circumstances in which it came about, the contents of the hearsay statement may be so reliable that contemporaneous cross-examination of the declarant would add little if anything to the process. In other cases, the evidence may not be so cogent but the circumstances will allow for sufficient testing of evidence by means other than contemporaneous cross-examination. In these circumstances, the admission of the evidence will rarely undermine trial fairness. However, because trial fairness may encompass factors beyond the strict inquiry into necessity and reliability, even if the two criteria are met, the trial judge has the discretion to exclude hearsay evidence where its

processus judiciaire accusatoire, qui comprend le contre-interrogatoire, n'est que le moyen de parvenir à la fin recherchée. L'équité du procès, en tant que principe de justice fondamentale, est la fin qui doit être atteinte. L'équité du procès englobe plus que les droits de l'accusé. Bien qu'elle comprenne indubitablement le droit de présenter une défense pleine et entière, l'équité du procès doit aussi être évaluée à la lumière de préoccupations sociales plus globales : voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 69-76. Dans le contexte d'un examen de l'admissibilité, l'une de ces préoccupations est l'intérêt qu'a la société à ce que le processus judiciaire permette de découvrir la vérité.

49 La gamme plus vaste d'intérêts compris dans l'équité du procès se reflète dans le double principe de la nécessité et de la fiabilité. Le critère de la nécessité repose sur l'intérêt qu'a la société à découvrir la vérité. Étant donné qu'il n'est pas toujours possible de satisfaire au critère optimal du contre-interrogatoire effectué au moment précis où la déclaration est faite, au lieu de simplement perdre la valeur de la preuve en question, il devient nécessaire dans l'intérêt de la justice de se demander si cette preuve devrait néanmoins être admise sous sa forme relatée. Le critère de la fiabilité vise à assurer l'intégrité du processus judiciaire. Bien qu'elle soit nécessaire, la preuve n'est pas admissible, sauf si elle est suffisamment fiable pour écarter les dangers que comporte la difficulté de la vérifier. Comme nous le verrons, deux motifs différents, qui ne s'excluent pas mutuellement, permettent généralement de satisfaire à l'exigence de fiabilité. Dans certains cas, il se peut que, en raison des circonstances dans lesquelles la déclaration relatée a été faite, le contenu de cette déclaration soit si fiable qu'il aurait été peu ou pas utile de contre-interroger le déclarant au moment précis où il s'est exprimé. Dans d'autres cas, il peut arriver que la preuve ne soit pas aussi convaincante, mais les circonstances permettront de la vérifier suffisamment autrement qu'au moyen d'un contre-interrogatoire effectué au moment précis où elle est présentée. Dans ces circonstances, l'admission de la preuve compromettra rarement l'équité du procès. Toutefois, vu que l'équité du procès peut englober des facteurs allant

probative value is outweighed by its prejudicial effect.

au-delà de l'examen rigoureux de la nécessité et de la fiabilité, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve par ouï-dire lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, et ce, même si les deux critères sont respectés.

## 6. The Admissibility Inquiry

### 6.1 *Distinction Between Threshold and Ultimate Reliability: A Source of Confusion*

50 As stated earlier, the trial judge only decides whether hearsay evidence is admissible. Whether the hearsay statement will or will not be ultimately relied upon in deciding the issues in the case is a matter for the trier of fact to determine at the conclusion of the trial based on a consideration of the statement in the context of the entirety of the evidence. It is important that the trier of fact's domain not be encroached upon at the admissibility stage. If the trial is before a judge and jury, it is crucial that questions of ultimate reliability be left for the jury — in a criminal trial, it is constitutionally imperative. If the judge sits without a jury, it is equally important that he or she not prejudge the ultimate reliability of the evidence before having heard all of the evidence in the case. Hence, a distinction must be made between "ultimate reliability" and "threshold reliability". Only the latter is inquired into on the admissibility *voir dire.*

51 The distinction between threshold and ultimate reliability has been made in a number of cases (see, for example, *B. (K.G.)* and *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043), but we are mainly concerned here with the elaboration of this principle in *Starr.* In particular, the following excerpt from the Court's analysis has been the subject of much of the discussion and commentary (at paras. 215 and 217):

> In this connection, it is important when examining the reliability of a statement under the principled approach to distinguish between threshold and ultimate reliability. Only the former is relevant to admissibility: see *Hawkins, supra*, at p. 1084. Again, it is

## 6. L'examen de l'admissibilité

### 6.1 *La distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse : source de confusion*

Comme nous l'avons vu, le juge du procès décide uniquement si la preuve par ouï-dire est admissible. Il appartient au juge des faits de décider, à l'issue du procès, s'il s'en remettra, en fin de compte, à la déclaration relatée pour trancher les questions en litige, après l'avoir examinée en fonction de l'ensemble de la preuve. Au stade de l'admissibilité, il importe de ne pas empiéter sur la compétence du juge des faits. Si le procès a lieu devant un juge et un jury, il est essentiel que les questions de fiabilité en dernière analyse soient laissées au jury — dans un procès criminel, c'est un impératif constitutionnel. Si le juge siège sans jury, il importe tout autant qu'il ne préjuge pas de la fiabilité en dernière analyse de la preuve avant d'avoir entendu l'ensemble de la preuve au dossier. Il faut donc établir une distinction entre « fiabilité en dernière analyse » et « seuil de fiabilité ». Lors d'un voir-dire portant sur l'admissibilité, l'examen se limite au seuil de fiabilité.

La distinction entre seuil de fiabilité et fiabilité en dernière analyse (ou fiabilité ultime ou absolue) a été établie dans un certain nombre d'arrêts (voir, par exemple, *B. (K.G.)* et *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043). Cependant, nous nous intéressons surtout en l'espèce à l'explication de ce principe contenue dans l'arrêt *Starr.* Une bonne partie des discussions et des commentaires a porté notamment sur l'extrait suivant de l'analyse de la Cour (par. 215 et 217) :

> À cet égard, lorsque la fiabilité d'une déclaration est examinée selon la méthode fondée sur des principes, il importe d'établir une distinction entre le seuil de fiabilité et la fiabilité absolue. Seul le seuil de fiabilité est pertinent relativement à l'admissibilité : voir

not appropriate in the circumstances of this appeal to provide an exhaustive catalogue of the factors that may influence threshold reliability. However, our jurisprudence does provide some guidance on this subject. Threshold reliability is concerned not with whether the statement is true or not; that is a question of ultimate reliability. Instead, it is concerned with whether or not the circumstances surrounding the statement itself provide *circumstantial* guarantees of trustworthiness. This could be because the declarant had no motive to lie (see *Khan*, *supra*; *Smith*, *supra*), or because there were safeguards in place such that a lie could be discovered (see *Hawkins*, *supra*; *U. (F.J.)*, *supra*; *B. (K.G.)*, *supra*).

. . .

At the stage of hearsay admissibility the trial judge should not consider the declarant's general reputation for truthfulness, nor any prior or subsequent statements, consistent or not. These factors do not concern the circumstances of the statement itself. Similarly, I would not consider the presence of corroborating or conflicting evidence. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; see also *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). In summary, under the principled approach a court must not invade the province of the trier of fact and condition admissibility of hearsay on whether the evidence is ultimately reliable. However, it will need to examine whether the circumstances in which the statement was made lend sufficient credibility to allow a finding of threshold reliability. [Underlining added.]

The Court's statement that "[t]hreshold reliability is concerned not with whether the statement is true or not" has created some uncertainty. While it is clear that the trial judge does not determine whether the statement will ultimately be relied upon as true, it is not so clear that in every case threshold reliability is *not* concerned with whether the statement is true or not. Indeed, in *U. (F.J.)*, the rationale for admitting the complainant's hearsay statement was based on the fact that "the only likely explanation" for its striking similarity with the independent statement of the accused was that "they were both telling the truth" (para. 40).

*Hawkins*, précité, à la p. 1084. Là encore, il ne convient pas, dans les circonstances du présent pourvoi, de fournir une liste détaillée des facteurs qui peuvent influer sur le seuil de fiabilité. Toutefois, notre jurisprudence est utile dans une certaine mesure à ce sujet. Le seuil de fiabilité ne concerne pas la question de savoir si la déclaration est véridique ou non; c'est une question de fiabilité absolue. Il concerne plutôt la question de savoir si les circonstances ayant entouré la déclaration elle-même offrent des garanties *circonstancielles* de fiabilité. Ces garanties pourraient découler du fait que le déclarant n'avait aucune raison de mentir (voir *Khan* et *Smith*, précités) ou du fait qu'il y avait des mesures de protection qui permettaient de déceler les mensonges (voir *Hawkins*, *U. (F.J.)* et *B. (K.G.)*, précités).

. . .

À l'étape de l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, le juge du procès ne devrait pas tenir compte de la réputation générale de sincérité du déclarant, ni d'aucune déclaration antérieure ou ultérieure, compatible ou incompatible. Ces facteurs n'ont pas trait aux circonstances de la déclaration elle-même. De même, je ne tiendrais pas compte de la présence d'une preuve corroborante ou contradictoire. Sur ce point, je suis d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; voir également *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). En résumé, en vertu de la méthode fondée sur des principes, le tribunal ne doit pas empiéter sur la compétence du juge des faits ni subordonner l'admissibilité de la preuve par ouï-dire à la question de savoir si la preuve est absolument fiable. Il devra cependant examiner si les circonstances ayant entouré la déclaration confèrent suffisamment de crédibilité pour pouvoir conclure que le seuil de fiabilité est atteint. [Je souligne.]

52 L'affirmation de la Cour selon laquelle « [l]e seuil de fiabilité ne concerne pas la question de savoir si la déclaration est véridique ou non » a créé une certaine incertitude. Même s'il est évident que le juge du procès ne décide pas si la déclaration sera tenue pour véridique en définitive, il n'est pas aussi évident que, dans toute affaire, le seuil de fiabilité *ne* concerne *pas* la question de savoir si la déclaration est véridique ou non. En fait, dans l'arrêt *U. (F.J.)*, on a justifié l'admission de la déclaration relatée de la plaignante par le fait que « la seule explication probable » de la similitude frappante entre cette déclaration et la déclaration faite de façon indépendante par l'accusé était que « tous les deux disaient la vérité » (par. 40).

53 Further, it is not easy to discern what is or is not a circumstance "surrounding the statement itself". For example, in *Smith*, the fact that the deceased may have had a motive to lie was considered by the Court in determining threshold admissibility. As both Rosenberg J.A. and Blair J.A. point out in their respective reasons, "in determining whether the declarant had a motive to lie, the judge will necessarily be driven to consider factors outside the statement itself or the immediately surrounding circumstances" (para. 97).

54 Much of the confusion in this area of the law has arisen from this attempt to categorically label some factors as going only to ultimate reliability. The bar against considering "corroborating or conflicting evidence", because it is only relevant to the question of ultimate reliability, is a further example. Quite clearly, the corroborative nature of the semen stain in *Khan* played an important part in establishing the threshold reliability of the child's hearsay statement in that case.

55 This part of the analysis in *Starr* therefore requires clarification and, in some respects, reconsideration. I will explain how the relevant factors to be considered on an admissibility inquiry cannot invariably be categorized as relating either to threshold or ultimate reliability. Rather, the relevance of any particular factor will depend on the particular dangers arising from the hearsay nature of the statement and the available means, if any, of overcoming them. I will then return to the impugned passage in *Starr*, dealing more specifically with the question of supporting evidence since that reference appears to have raised the most controversy.

### 6.2 *Identifying the Relevant Factors: A Functional Approach*

#### 6.2.1 Recognizing Hearsay

56 The first matter to determine before embarking on a hearsay admissibility inquiry, of course, is whether the proposed evidence is hearsay. This

De plus, il n'est pas facile de discerner ce qui est et ce qui n'est pas une circonstance « ayant entouré la déclaration elle-même ». Par exemple, lorsqu'elle s'est prononcée sur le seuil d'admissibilité dans l'affaire *Smith*, la Cour a tenu compte du fait que la victime pouvait avoir eu une raison de mentir. Comme l'ont souligné les juges Rosenberg et Blair dans leurs motifs respectifs, [TRADUCTION] « pour décider si le déclarant avait une raison de mentir, le juge sera nécessairement amené à considérer des facteurs extérieurs à la déclaration elle-même ou aux circonstances immédiates qui l'ont entourée » (par. 97).

La confusion qui règne dans ce domaine du droit tient en grande partie à cette tentative de classer certains facteurs comme touchant uniquement la fiabilité en dernière analyse. Un autre exemple est l'interdiction de tenir compte d'une « preuve corroborante ou contradictoire » parce qu'elle n'est pertinente qu'en ce qui concerne la question de la fiabilité en dernière analyse. De toute évidence, la nature corroborante de la tache de sperme, dans l'affaire *Khan*, a joué un rôle important dans l'établissement du seuil de fiabilité de la déclaration relatée de l'enfant.

Cette partie de l'analyse de l'arrêt *Starr* a donc besoin d'être clarifiée et, à certains égards, d'être reconsidérée. J'expliquerai comment les facteurs à considérer lors de l'examen de l'admissibilité ne peuvent pas toujours être classés comme ayant trait soit au seuil de fiabilité, soit à la fiabilité en dernière analyse. La pertinence d'un facteur dépendra plutôt des dangers particuliers découlant du fait que la déclaration constitue du ouï-dire, et des moyens possibles, s'il en est, de les écarter. Je reviendrai ensuite au passage contesté de l'arrêt *Starr*, en m'attardant plus précisément à la question de la preuve à l'appui étant donné que cette mention paraît avoir soulevé le plus de controverse.

### 6.2 *Détermination des facteurs pertinents : une approche fonctionnelle*

#### 6.2.1 Reconnaissance du ouï-dire

La première question à trancher avant de procéder à l'examen de l'admissibilité d'une preuve par ouï-dire est bien sûr celle de savoir si la preuve

may seem to be a rather obvious matter, but it is an important first step. Misguided objections to the admissibility of an out-of-court statement based on a misunderstanding of what constitutes hearsay are not uncommon. As discussed earlier, not all out-of-court statements will constitute hearsay. Recall the defining features of hearsay. An out-of-court statement will be hearsay when: (1) it is adduced to prove the truth of its contents *and* (2) there is no opportunity for a contemporaneous cross-examination of the declarant.

proposée constitue du ouï-dire. Cela peut paraître assez évident, mais c'est une première étape importante. Les objections malencontreuses à l'admissibilité d'une déclaration extrajudiciaire, qui tiennent à une méprise sur ce qui constitue du ouï-dire, ne sont pas rares. Comme nous l'avons vu, les déclarations extrajudiciaires ne constituent pas toutes du ouï-dire. Rappelons-nous les caractéristiques déterminantes du ouï-dire. Une déclaration extrajudiciaire constituera du ouï-dire, premièrement, si elle est présentée pour établir la véracité de son contenu *et*, deuxièmement, s'il y a impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait cette déclaration.

Putting one's mind to the defining features of hearsay at the outset serves to better focus the admissibility inquiry. As we have seen, the first identifying feature of hearsay calls for an inquiry into the purpose for which it is adduced. Only when the evidence is being tendered for its truth will it constitute hearsay. The fact that the out-of-court statement is adduced for its *truth* should be considered in the context of the issues in the case so that the court may better assess the potential impact of introducing the evidence in its hearsay form.

57 S'arrêter au départ aux caractéristiques déterminantes du ouï-dire permet de mieux orienter l'examen de l'admissibilité. Comme nous l'avons vu, la première caractéristique particulière du ouï-dire oblige à examiner le but dans lequel la preuve est présentée. Ce n'est que si elle est présentée pour établir la véracité de son contenu que la preuve constitue du ouï-dire. Le fait que la déclaration extrajudiciaire soit présentée pour établir la *véracité* de son contenu devrait être examiné dans le contexte des questions en litige afin que le tribunal soit mieux en mesure d'évaluer l'effet potentiel de la présentation de cette preuve relatée.

Second, by putting one's mind, at the outset, to the second defining feature of hearsay — the absence of an opportunity for contemporaneous cross-examination of the declarant, the admissibility inquiry is immediately focussed on the dangers of admitting hearsay evidence. Iacobucci J. in *Starr* identified the inability to test the evidence as the "central concern" underlying the hearsay rule. Lamer C.J. in *U. (F.J.)* expressed the same view but put it more directly by stating: "Hearsay is inadmissible as evidence because its reliability cannot be tested" (para. 22).

58 Deuxièmement, si on s'arrête au départ à la seconde caractéristique déterminante du ouï-dire, soit l'impossibilité de contre-interroger le déclarant au moment précis où il fait sa déclaration, l'examen de l'admissibilité porte aussitôt sur les dangers d'admettre la preuve par ouï-dire. Dans l'arrêt *Starr*, le juge Iacobucci a décrit l'impossibilité de vérifier la preuve comme étant la « préoccupation majeure » qui sous-tend la règle du ouï-dire. Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, le juge en chef Lamer a exprimé le même point de vue, mais plus directement en ces termes : « Le ouï-dire n'est pas admissible comme preuve parce que sa fiabilité ne peut être vérifiée » (par. 22).

### 6.2.2 Presumptive Inadmissibility of Hearsay Evidence

Once the proposed evidence is identified as hearsay, it is presumptively *inadmissible*. I stress the

### 6.2.2 La présomption d'inadmissibilité de la preuve par ouï-dire

59 Dès que la preuve proposée est désignée comme étant du ouï-dire, elle est présumée

nature of the hearsay rule as a general exclusionary rule because the increased flexibility introduced in the Canadian law of evidence in the past few decades has sometimes tended to blur the distinction between admissibility and weight. Modifications have been made to a number of rules, including the rule against hearsay, to bring them up to date and to ensure that they facilitate rather than impede the goals of truth seeking, judicial efficiency and fairness in the adversarial process. However, the traditional rules of evidence reflect considerable wisdom and judicial experience. The modern approach has built upon their underlying rationale, not discarded it. In *Starr* itself, where this Court recognized the primacy of the principled approach to hearsay exceptions, the presumptive exclusion of hearsay evidence was reaffirmed in strong terms. Iacobucci J. stated as follows (at para. 199):

> By excluding evidence that might produce unfair verdicts, and by ensuring that litigants will generally have the opportunity to confront adverse witnesses, the hearsay rule serves as a cornerstone of a fair justice system.

### 6.2.3 Traditional Exceptions

60 The Court in *Starr* also reaffirmed the continuing relevance of the traditional exceptions to the hearsay rule. More recently, this Court in *Mapara* reiterated the continued application of the traditional exceptions in setting out the governing analytical framework, as noted in para. 42 above. Therefore, if the trial judge determines that the evidence falls within one of the traditional common law exceptions, this finding is conclusive and the evidence is ruled admissible, unless, in a rare case, the exception itself is challenged as described in both those decisions.

### 6.2.4 Principled Approach: Overcoming the Hearsay Dangers

61 Since the central underlying concern is the inability to test hearsay evidence, it follows that under

*inadmissible*. J'insiste sur le fait que la règle du ouï-dire est par nature une règle d'exclusion générale, car l'assouplissement accru du droit canadien de la preuve au cours des dernières décennies a parfois eu tendance à estomper la distinction entre admissibilité et valeur probante. Des modifications ont été apportées à un certain nombre de règles — dont la règle interdisant le ouï-dire — afin de les mettre à jour et d'assurer qu'elles favorisent la réalisation des objectifs de recherche de la vérité, d'efficacité du système judiciaire et d'équité du processus accusatoire, au lieu de l'entraver. Toutefois, les règles de preuve traditionnelles témoignent d'une sagesse et d'une expérience judiciaire considérables. L'approche moderne a consolidé, et non écarté, leur raison d'être fondamentale. Dans l'arrêt *Starr* lui-même, où notre Cour a reconnu la primauté de la méthode d'analyse raisonnée des exceptions à la règle du ouï-dire, la présomption d'exclusion de la preuve par ouï-dire a été réaffirmée de manière non équivoque. Le juge Iacobucci s'est ainsi exprimé (par. 199) :

> En écartant les éléments de preuve susceptibles de donner lieu à des verdicts inéquitables et en assurant que les parties aient généralement la possibilité de confronter des témoins opposés, la règle du ouï-dire est une pierre angulaire d'un système de justice équitable.

### 6.2.3 Les exceptions traditionnelles

Dans l'arrêt *Starr*, la Cour a aussi réaffirmé que les exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire sont toujours pertinentes. Plus récemment, dans l'arrêt *Mapara*, notre Cour a confirmé le maintien des exceptions traditionnelles en établissant le cadre d'analyse applicable, exposé plus haut au par. 42. Par conséquent, si le juge du procès conclut que la preuve relève de l'une des exceptions de common law traditionnelles, cette conclusion est définitive et la preuve est jugée admissible sauf si, dans de rares cas, l'exception elle-même est contestée, comme le précisent ces deux arrêts.

### 6.2.4 La méthode d'analyse raisonnée : écarter les dangers du ouï-dire

Étant donné que la préoccupation majeure sous-jacente est l'impossibilité de vérifier la preuve par

the principled approach the reliability requirement is aimed at identifying those cases where this difficulty is sufficiently overcome to justify receiving the evidence as an exception to the general exclusionary rule. As some courts and commentators have expressly noted, the reliability requirement is usually met in two different ways: see, for example, *R. v. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. v. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (Ont. C.A.); D. M. Paciocco, "The Hearsay Exceptions: A Game of 'Rock, Paper, Scissors'", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003: The Law of Evidence* (2004), 17, at p. 29.

One way is to show that there is no real concern about whether the statement is true or not because of the circumstances in which it came about. Common sense dictates that if we can put sufficient trust in the truth and accuracy of the statement, it should be considered by the fact finder regardless of its hearsay form. Wigmore explained it this way:

> There are many situations in which it can be easily seen that such a required test [i.e., cross-examination] would add little as a security, because its purposes had been already substantially accomplished. If a statement has been made under such circumstances that even a sceptical caution would look upon it as trustworthy (in the ordinary instance), in a high degree of probability, it would be pedantic to insist on a test whose chief object is already secured. [§ 1420, p. 154]

Another way of fulfilling the reliability requirement is to show that no real concern arises from the fact that the statement is presented in hearsay form because, in the circumstances, its truth and accuracy can nonetheless be sufficiently tested. Recall that the optimal way of testing evidence adopted by our adversarial system is to have the declarant state the evidence in court, under oath, and under the scrutiny of contemporaneous cross-examination. This preferred method is not just a vestige of past traditions. It remains a tried and true method, particularly when credibility issues must be resolved. It is one thing for a person to make a damaging

ouï-dire, il s'ensuit que, selon la méthode d'analyse raisonnée, l'exigence de fiabilité vise à déterminer les cas où cette difficulté est suffisamment surmontée pour justifier l'admission de la preuve à titre d'exception à la règle d'exclusion générale. Comme certains tribunaux et commentateurs ont pris soin de le souligner, il y a deux manières de satisfaire à l'exigence de fiabilité : voir, par exemple, *R. c. Wilcox* (2001), 152 C.C.C. (3d) 157, 2001 NSCA 45; *R. c. Czibulka* (2004), 189 C.C.C. (3d) 199 (C.A. Ont.); D. M. Paciocco, « The Hearsay Exceptions : A Game of "Rock, Paper, Scissors" », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 2003 : The Law of Evidence* (2004), 17, p. 29.

62 Une manière consiste à démonter qu'il n'y a pas de préoccupation réelle quant au caractère véridique ou non de la déclaration, vu les circonstances dans lesquelles elle a été faite. Le bon sens veut que, si on peut avoir suffisamment confiance en la véracité et l'exactitude de la déclaration, le juge des faits devrait en tenir compte indépendamment du fait qu'elle est relatée. À cet égard, Wigmore a donné l'explication suivante :

> [TRADUCTION] Dans de nombreux cas, on peut facilement voir qu'une telle épreuve requise [c'est-à-dire le contre-interrogatoire] ajouterait peu comme garantie parce que ses objets ont en grande partie déjà été atteints. Si une déclaration a été faite dans des circonstances où même un sceptique prudent la considérerait comme très probablement fiable (en temps normal), il serait trop pointilleux d'insister sur une épreuve dont l'objet principal est déjà atteint. [§ 1420, p. 154]

63 Une autre manière de satisfaire à l'exigence de fiabilité consiste à démontrer que le fait que la déclaration soit relatée ne suscite aucune préoccupation réelle étant donné que, dans les circonstances, sa véracité et son exactitude peuvent néanmoins être suffisamment vérifiées. Rappelons-nous que, dans notre système accusatoire, la meilleure façon de vérifier la preuve est de faire témoigner le déclarant sous serment devant le tribunal, tout en lui faisant subir un contre-interrogatoire minutieux. Cette méthode privilégiée n'est pas seulement un vestige de traditions passées. Elle demeure une méthode éprouvée et fiable, particulièrement

statement about another in a context where it may not really matter. It is quite another for that person to repeat the statement in the course of formal proceedings where he or she must commit to its truth and accuracy, be observed and heard, and be called upon to explain or defend it. The latter situation, in addition to providing an accurate record of what was actually said by the witness, gives us a much higher degree of comfort in the statement's trustworthiness. However, in some cases it is not possible to put the evidence to the optimal test, but the circumstances are such that the trier of fact will nonetheless be able to sufficiently test its truth and accuracy. Again, common sense tells us that we should not lose the benefit of the evidence when there are adequate substitutes for testing the evidence.

64 These two principal ways of satisfying the reliability requirement can also be discerned in respect of the traditional exceptions to the hearsay rule. Iacobucci J. notes this distinction in *Starr*, stating as follows:

> For example, testimony in former proceedings is admitted, at least in part, because many of the traditional dangers associated with hearsay are not present. As pointed out in Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pp. 278-79:
>
> > . . . a statement which was earlier made under oath, subjected to cross-examination and admitted as testimony at a former proceeding is received in a subsequent trial *because the dangers underlying hearsay evidence are absent.*
>
> Other exceptions are based not on negating traditional hearsay dangers, but on the fact that the statement provides circumstantial guarantees of reliability. This approach is embodied in recognized exceptions such as dying declarations, spontaneous utterances, and statements against pecuniary interest. [Emphasis added by Iacobucci J.; para. 212.]

65 Some of the traditional exceptions stand on a different footing, such as admissions from parties

lorsqu'il faut résoudre des questions de crédibilité. C'est une chose de faire une déclaration préjudiciable à propos d'autrui dans un contexte où il se peut que cette déclaration n'ait pas vraiment d'importance; c'est une toute autre chose que le déclarant répète sa déclaration dans le cadre de procédures formelles où il doit en garantir la véracité et l'exactitude, être observé et entendu, et être appelé à l'expliquer ou à la défendre. Cette dernière situation, en plus de fournir un compte rendu exact de ce qu'a réellement dit le témoin, nous rassure beaucoup plus quant à la fiabilité de la déclaration. Toutefois, dans certains cas, il n'est pas possible de vérifier la preuve de la meilleure façon, mais les circonstances sont telles que le juge des faits sera néanmoins en mesure d'en vérifier suffisamment la véracité et l'exactitude. Là encore, le bon sens nous indique qu'il ne faudrait pas perdre l'avantage de cette preuve lorsqu'il existe d'autres façons adéquates de la vérifier.

Il est également possible de distinguer ces deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité dans le cas des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Le juge Iacobucci note ainsi cette distinction dans l'arrêt *Starr* :

> Par exemple, le témoignage fait dans le cadre d'une instance antérieure est admis, du moins en partie, parce que bien des dangers qui se rattachent traditionnellement à la preuve par ouï-dire ne se posent pas. Comme il a été souligné dans Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, aux pp. 278 et 279 :
>
> > [TRADUCTION] . . . une déclaration qui a été faite antérieurement sous la foi du serment, qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire et qui a été admise en tant que preuve testimoniale lors d'une instance antérieure est admise lors d'un procès ultérieur *parce que les dangers que comporte la preuve par ouï-dire ne se posent pas.*
>
> D'autres exceptions sont fondées non pas sur la suppression des dangers traditionnels de la preuve par ouï-dire, mais sur le fait que la déclaration offre des garanties circonstancielles de fiabilité. Cette méthode se retrouve dans des exceptions reconnues comme les déclarations de mourants, les déclarations spontanées et les déclarations au détriment des intérêts financiers de leur auteur. [Souligné par le juge Iacobucci; par. 212.]

Certaines exceptions traditionnelles ont une assise différente, tels les aveux de parties

(confessions in the criminal context) and co-conspirators' statements: see *Mapara*, at para. 21. In those cases, concerns about reliability are based on considerations other than the party's inability to test the accuracy of his or her own statement or that of his or her co-conspirators. Hence, the criteria for admissibility are not established in the same way. However, in cases where the exclusionary rule is based on the usual hearsay dangers, this distinction between the two principal ways of satisfying the reliability requirement, although not by any means one that creates mutually exclusive categories, may assist in identifying what factors need to be considered on the admissibility inquiry.

*Khan* is an example where the reliability requirement was met because the circumstances in which the statement came about provided sufficient comfort in its truth and accuracy. Similarly in *Smith*, the focus of the admissibility inquiry was also on those circumstances that tended to show that the statement was true. On the other hand, the admissibility of the hearsay statement in *B. (K.G.)* and *Hawkins* was based on the presence of adequate substitutes for testing the evidence. As we shall see, the availability of the declarant for cross-examination goes a long way to satisfying the requirement for adequate substitutes. In *U. (F.J.)*, the Court considered both those circumstances tending to show that the statement was true and the presence of adequate substitutes for testing the evidence. *U. (F.J.)* underscores the heightened concern over reliability in the case of prior inconsistent statements where the trier of fact is invited to accept an out-of-court statement over the sworn testimony from the same declarant. I will briefly review how the analysis of the Court in each of those cases was focussed on overcoming the particular hearsay dangers raised by the evidence.

6.2.4.1 *R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531*

As stated earlier, *Khan* is an example where the reliability requirement was met because the circumstances in which the statement came about

(confessions en matière criminelle) et les déclarations de coconspirateurs : voir l'arrêt *Mapara*, par. 21. Dans ces cas, les préoccupations relatives à la fiabilité tiennent à des considérations autres que l'incapacité de la partie en question de vérifier l'exactitude de sa propre déclaration ou de celles de ses coconspirateurs. Partant, les critères d'admissibilité ne sont pas établis de la même façon. Toutefois, dans les cas où la règle d'exclusion repose sur les dangers habituels du ouï-dire, la distinction entre les deux principales façons de satisfaire à l'exigence de fiabilité — bien qu'elle ne crée aucunement des catégories mutuellement exclusives — peut aider à reconnaître les facteurs à considérer pour déterminer l'admissibilité.

66 L'affaire *Khan* est un exemple où l'exigence de fiabilité était remplie parce que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait été faite étaient suffisamment rassurantes quant à sa véracité et à son exactitude. De même, dans l'affaire *Smith*, l'examen de l'admissibilité était aussi axé sur les circonstances qui tendaient à démontrer la véracité de la déclaration. Par contre, dans les affaires *B. (K.G.)* et *Hawkins*, l'admissibilité de la déclaration relatée reposait sur l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. Comme nous le verrons, la possibilité de contre-interroger le déclarant permet dans une large mesure de satisfaire à l'exigence de substituts adéquats. Dans l'arrêt *U. (F.J.)*, la Cour a pris en considération tant les circonstances tendant à démontrer la véracité de la déclaration que l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. L'arrêt *U. (F.J.)* souligne que la préoccupation relative à la fiabilité augmente dans le cas de déclarations antérieures incompatibles, où le juge des faits est invité à retenir une déclaration extrajudiciaire au lieu du témoignage sous serment du même déclarant. J'examinerai brièvement comment, dans chacune de ces affaires, l'analyse de la Cour était axée sur la possibilité d'écarter les dangers particuliers du ouï-dire soulevés par la preuve.

6.2.4.1 *R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531*

67 Comme je l'ai déjà dit, l'arrêt *Khan* est un exemple où l'exigence de fiabilité était remplie parce que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait

provided sufficient comfort in its truth and accuracy. The facts are well known. *Khan* involved a sexual assault on a very young child by her doctor. The child was incompetent to testify. The child's statements to her mother about the incident were inadmissible under any of the traditional hearsay exceptions. However, the child's statement had several characteristics that suggested the statement was true. Those characteristics answered many of the concerns that one would expect would be inquired into in testing the evidence, had it been available for presentation in open court in the usual way. McLachlin J., in the following oft-quoted statement, summarized them in this way:

> I conclude that the mother's statement in the case at bar should have been received. It was necessary, the child's viva voce evidence having been rejected. It was also reliable. The child had no motive to falsify her story, which emerged naturally and without prompting. Moreover, the fact that she could not be expected to have knowledge of such sexual acts imbues her statement with its own peculiar stamp of reliability. Finally, her statement was corroborated by real evidence. [p. 548]

The facts also revealed that the statement was made almost immediately after the event. That feature removed any concern about inaccurate memory. The fact that the child had no reason to lie alleviated the concern about sincerity. Because the statement was made naturally and without prompting, there was no real danger that it came about because of the mother's influence. Most importantly, as stated in the above excerpt, the event described was one that would ordinarily be outside the experience of a child of her age giving it a "peculiar stamp of reliability". Finally, the statement was confirmed by a semen stain on the child's clothing. These characteristics each went to the truth and accuracy of the statement and, taken together, amply justified its admission. The criterion of reliability was met. There is nothing controversial about the factors considered in *Khan*, except for the supportive evidence of the semen stain. I will come back to that point later.

été faite étaient suffisamment rassurantes quant à sa véracité et à son exactitude. Les faits sont bien connus. Il y était question d'une agression sexuelle commise par un médecin sur une très jeune enfant. L'enfant était inhabile à témoigner. Les déclarations que l'enfant avait faites à sa mère au sujet de l'épisode n'étaient pas admissibles en application des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire. Toutefois, la déclaration de l'enfant présentait plusieurs caractéristiques qui donnaient à penser que la déclaration était véridique. Ces caractéristiques répondaient à de nombreuses préoccupations qui auraient été censées être examinées à l'étape de la vérification de la preuve si celle-ci avait pu être présentée en cour de la façon habituelle. La juge McLachlin les a ainsi résumées dans un énoncé souvent cité :

> Je conclus qu'en l'espèce la déclaration de la mère aurait dû être reçue en preuve. Elle était nécessaire puisque le témoignage de vive voix de l'enfant avait été rejeté. Elle était également fiable. L'enfant n'avait aucune raison d'inventer son histoire qu'elle a racontée naturellement sans être incitée à le faire. En outre, le fait qu'on ne pouvait s'attendre à ce que l'enfant connaisse ce genre d'acte sexuel confère à sa déclaration une fiabilité toute particulière. Enfin, sa déclaration a été corroborée par une preuve matérielle. [p. 548]

Les faits révélaient aussi que la déclaration avait suivi presque immédiatement les faits reprochés. Cette caractéristique écartait toute crainte de souvenir inexact. Le fait que l'enfant n'avait aucune raison de mentir atténuait la préoccupation relative à la sincérité. Puisque la déclaration avait été faite naturellement et sans avoir été provoquée, il n'y avait pas de véritable danger qu'elle ait été faite sous l'influence de la mère. Qui plus est, comme l'indique la citation précédente, les faits décrits dépassaient l'expérience normale d'une enfant de son âge, ce qui conférait à la déclaration une « fiabilité toute particulière ». Enfin, la déclaration était confirmée par la présence d'une tache de sperme sur les vêtements de l'enfant. Chacune de ces caractéristiques touchait la véracité et l'exactitude de la déclaration et, ensemble, elles justifiaient amplement son admission. Le critère de fiabilité était rempli. À l'exception de la preuve à l'appui constituée de la tache de sperme, les facteurs considérés dans l'affaire *Khan* n'avaient rien de controversé. Je reviendrai plus loin sur cette question.

6.2.4.2 *R. v. Smith, [1992] 2 S.C.R. 915*

In *Smith*, this Court's inquiry into the circumstantial guarantees of reliability was also focussed on those circumstances that tended to show that the statement was true.

Smith was charged with the murder of K. The Crown's evidence included the testimony of K's mother about four telephone calls K made to her on the night of the murder. Defence counsel did not object to this evidence. Smith was convicted at trial. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial on the ground that the phone calls were hearsay, and only the first two were admissible for the purpose of establishing K's state of mind. In refusing to apply the curative proviso, the Court of Appeal found that the hearsay had been used to place Smith with K at the time of her death, thereby "buttressing certain identification evidence of questionable reliability" (pp. 922-23). The Crown appealed to this Court.

After ruling that the state of mind, or "present intentions" exception did not apply to the phone calls, Lamer C.J. went on to elaborate on and then apply the approach outlined in *Khan*. After quoting extensively from Wigmore on the underlying rationale for the hearsay rule and its exceptions, he elaborated on the reliability prong of the principled analysis and stated as follows (at p. 933):

> If a statement sought to be adduced by way of hearsay evidence is made under circumstances which substantially negate the possibility that the declarant was untruthful or mistaken, the hearsay evidence may be said to be "reliable", i.e., a circumstantial guarantee of trustworthiness is established. [Emphasis added.]

In determining whether the phone calls were reliable, Lamer C.J. held that the first two were, but the third was not (the fourth was not in issue on appeal to this Court). With respect to the first two, there was no reason to doubt K's veracity — "[s]he had no known reason to lie" — and the traditional dangers associated with hearsay — perception, memory and

6.2.4.2 *R. c. Smith, [1992] 2 R.C.S. 915*

68 Dans l'arrêt *Smith*, l'examen des garanties circonstancielles de fiabilité effectué par notre Cour était axé également sur les circonstances tendant à démontrer la véracité de la déclaration.

69 M. Smith était accusé du meurtre de K. La preuve du ministère public incluait le témoignage de la mère de K au sujet de quatre appels téléphoniques que K lui avait faits la nuit du meurtre. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à la présentation de cette preuve. M. Smith a été déclaré coupable en première instance. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les appels téléphoniques constituaient du ouï-dire et que seuls les deux premiers appels étaient admissibles pour établir l'état d'esprit de K. En refusant d'appliquer la disposition réparatrice, la Cour d'appel a conclu que le ouï-dire avait servi à établir que K était avec M. Smith au moment de son décès, ce qui avait eu pour effet « de renforcer une certaine preuve d'identification d'une fiabilité douteuse » (p. 922-923). Le ministère public s'est pourvu devant notre Cour.

70 Après avoir décidé que l'exception de l'état d'esprit ou des « intentions existantes » ne s'appliquait pas aux appels téléphoniques, le juge en chef Lamer a explicité puis appliqué la méthode exposée dans l'arrêt *Khan*. Après avoir cité longuement Wigmore au sujet de la raison d'être de la règle du ouï-dire et de ses exceptions, il s'est attardé au volet « fiabilité » de la méthode d'analyse raisonnée et a déclaré ce qui suit (p. 933) :

> Si une déclaration qu'on veut présenter par voie de preuve par ouï-dire a été faite dans des circonstances qui écartent considérablement la possibilité que le déclarant ait menti ou commis une erreur, on peut dire que la preuve est « fiable », c'est-à-dire qu'il y a une garantie circonstancielle de fiabilité. [Je souligne.]

71 Au sujet de la fiabilité des appels téléphoniques, le juge en chef Lamer a décidé que les deux premiers appels étaient fiables, mais que le troisième ne l'était pas (le quatrième n'étant pas en cause devant notre Cour). Dans le cas des deux premiers appels, il n'y avait aucune raison de douter de la véracité des propos de K — « [e]lle n'avait aucune raison connue

credibility — "were not present to any significant degree" (p. 935). As we can see, the Court looked at factors that would likely have been inquired into during the course of cross-examination if the declarant had been available to testify and found that these usual concerns were largely alleviated because of the way in which the statements came about. Hence, the Court concluded that the absence of the ability to cross-examine K should go to the weight given to this evidence, not its admissibility.

72 With respect to the third phone call, however, Lamer C.J. held that "the conditions under which the statement was made do not . . . provide that circumstantial guarantee of trustworthiness that would justify its admission without the possibility of cross-examination" (p. 935). First, he held that she may have been mistaken about Smith returning to the hotel, or about his purpose in returning (p. 936). Second, he held that she might have lied to prevent her mother from sending another man to pick her up. With respect to this second possibility, Lamer C.J. held that the fact that K had been travelling under an assumed name with a credit card which she knew was either stolen or forged demonstrated that she was "at least capable of deceit" (p. 936). Again, the Court looked at factors that would likely have been inquired into during the course of cross-examination if the declarant had been available to testify and concluded that these "hypotheses" showed that the circumstances of the statement were not such as to "justify the admission of its contents" since it was impossible to say that the evidence was unlikely to change under cross-examination (p. 937). It is important to note that the Court did not go on to determine whether, on its view of the evidence, the declarant was mistaken or whether she had lied — those would be matters for the ultimate trier of fact to decide. On the admissibility inquiry, it sufficed that the circumstances in which the statement was made gave rise to these issues to bar its admission.

de mentir » — et les dangers traditionnellement associés au ouï-dire, à savoir les problèmes de perception, de mémoire et de crédibilité, « étaient dans une large mesure inexistants » (p. 935). Comme nous pouvons le constater, la Cour a pris en considération des facteurs qui auraient vraisemblablement été examinés en contre-interrogatoire si la déclarante avait été disponible pour témoigner, et a conclu que ces préoccupations habituelles étaient grandement atténuées en raison de la façon dont les déclarations avaient été faites. La Cour a donc conclu que l'incapacité de contre-interroger K devait influer sur le poids accordé à cette preuve et non sur son admissibilité.

Toutefois, en ce qui a trait au troisième appel téléphonique, le juge en chef Lamer a statué que « les conditions dans lesquelles la déclaration a été faite ne fournissent pas la garantie circonstancielle de fiabilité qui justifierait son admission sans possibilité de contre-interroger » (p. 935). Premièrement, il a conclu que K a pu se tromper quant au retour de M. Smith à l'hôtel ou quant à la raison de son retour (p. 936). Deuxièmement, il a décidé qu'elle pouvait avoir menti pour empêcher sa mère d'envoyer un autre homme la chercher. Quant à cette seconde possibilité, le juge en chef Lamer a estimé que le fait que K voyageait sous un nom d'emprunt en utilisant une carte de crédit qu'elle savait volée ou contrefaite démontrait qu'elle était « à tout le moins capable de tromper » (p. 936). Là encore, la Cour a pris en considération des facteurs qui auraient vraisemblablement été examinés en contre-interrogatoire si la déclarante avait été disponible pour témoigner, et a conclu que ces « hypothèses » démontraient que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait été faite n'étaient pas de nature à « justifie[r] l'admission de son contenu » puisqu'il était impossible de dire que cette preuve ne serait pas susceptible de changer lors d'un contre-interrogatoire (p. 937). Il importe de noter que la Cour n'a pas ensuite décidé si, selon sa perception de la preuve, la déclarante était dans l'erreur ou avait menti — ce sont là des questions qui devaient être tranchées en fin de compte par le juge des faits. Lors de l'examen de l'admissibilité, il suffisait que les circonstances dans lesquelles la déclaration avait été faite aient soulevé ces questions pour en empêcher l'admission.

6.2.4.3 *R. v. B. (K.G.), [1993] 1 S.C.R. 740*

*B. (K.G.)* provides an example where threshold reliability was essentially based on the presence of adequate substitutes for the traditional safeguards relied upon to test the evidence.

The issue in *B. (K.G.)* was the substantive admissibility of prior inconsistent statements made by three of B's friends, in which they told the police that B was responsible for stabbing and killing the victim in the course of a fight. The three recanted their statements at trial. (They subsequently plead guilty to perjury.) The Crown sought to admit the prior statements to police for the truth of their contents. Although the trial judge had no doubt the recantations were false, he followed the traditional common law ("orthodox") rule that the statements could be used only to impeach the witnesses. In light of the doubtfulness of the other identification evidence, the trial judge acquitted B.

The issue before this Court was whether the orthodox rule in respect of prior inconsistent statements should be maintained. In reviewing its history, Lamer C.J. noted that, although the prohibition on hearsay was not always recognized as the basis for the rule, similar "dangers" were cited as reasons against admission, namely absence of an oath or affirmation, inability of the trier of fact to assess demeanour, and lack of contemporaneous cross-examination (pp. 763-64). After reviewing the academic criticism, the views of law reform commissioners, legislative changes in Canada and elsewhere, and developments in the law of hearsay, Lamer C.J. concluded that it was the province and duty of the Court to formulate a new rule (p. 777). He held that "evidence of prior inconsistent statements of a witness other than an accused should be substantively admissible on a principled basis, following this Court's decisions in *Khan* and *Smith*" with the requirements of reliability and necessity "adapted and refined in this

6.2.4.3 *R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740*

73 L'arrêt *B. (K.G.)* est un exemple où le seuil de fiabilité reposait essentiellement sur l'existence de substituts adéquats aux garanties traditionnelles invoquées pour vérifier la preuve.

74 La question litigieuse dans l'arrêt *B. (K.G.)* portait sur l'admissibilité quant au fond de déclarations antérieures incompatibles de trois amis de B, dans lesquelles ceux-ci avaient dit à la police que B avait poignardé à mort la victime au cours d'une bagarre. Les trois sont revenus sur leurs déclarations au procès. (Ils ont, par la suite, plaidé coupable à des accusations de parjure.) Le ministère public sollicitait l'admission des déclarations antérieures faites à la police pour établir la véracité de leur contenu. Bien qu'il n'ait aucunement douté de la fausseté des rétractations, le juge du procès a suivi la règle de common law traditionnelle (« orthodoxe ») selon laquelle les déclarations ne pouvaient servir qu'à attaquer la crédibilité des témoins. Vu le caractère douteux des autres éléments de preuve d'identification, le juge du procès a acquitté B.

75 La question soumise à notre Cour était de savoir s'il y avait lieu de maintenir l'application de la règle orthodoxe à l'égard des déclarations antérieures incompatibles. En faisant l'historique, le juge en chef Lamer a constaté que, bien que l'interdiction du ouï-dire n'ait pas toujours été reconnue comme étant le fondement de la règle, des « dangers » semblables avaient été évoqués pour interdire l'admission d'une déclaration, à savoir l'absence de serment ou d'affirmation solennelle, l'incapacité du juge des faits d'apprécier le comportement et l'absence de contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration avait été faite (p. 763-764). Après avoir examiné les critiques d'auteurs de doctrine, les opinions de membres de commissions de réforme du droit, les changements apportés par le législateur au Canada et ailleurs, ainsi que l'évolution de la règle du ouï-dire, le juge en chef Lamer a conclu qu'il était du ressort et du devoir de la Cour de formuler une nouvelle règle (p. 777). Il a estimé que « la preuve des déclarations antérieures incompatibles

particular context, given the particular problems raised by the nature of such statements" (p. 783).

76 The most important contextual factor in *B. (K.G.)* is the availability of the declarant. Unlike the situation in *Khan* or *Smith*, the trier of fact is in a much better position to assess the reliability of the evidence because the declarant is available to be cross-examined on his or her prior inconsistent statement. The admissibility inquiry into threshold reliability, therefore, is not so focussed on the question whether there is reason to believe the statement is true, as it is on the question whether the trier of fact will be in a position to rationally evaluate the evidence. The search is for adequate substitutes for the process that would have been available had the evidence been presented in the usual way, namely through the witness, under oath or affirmation, and subject to the scrutiny of contemporaneous cross-examination.

77 Since the declarant testifies in court, under oath or affirmation, and is available for cross-examination, the question becomes why there is any remaining concern over the reliability of the prior statement. As I have indicated earlier, necessity and reliability should not be considered in isolation. One criterion may have an impact on the other. The situation in *B. (K.G.)* is one example. As noted by Lamer C.J., "[p]rior inconsistent statements present vexing problems for the necessity criterion" (p. 796). Indeed, the declarant is available as a witness. Why should not the usual rule apply and the recanting witness's sworn testimony alone go to the truth of the matter? After all, is that not the optimal test on reliability — that the witness come forth to be seen and heard, swear or affirm to tell the truth in the formal context of court proceedings, and be subjected to

d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après l'analyse fondée sur les principes élaborée dans les arrêts de notre Cour, *Khan* et *Smith* », et que les exigences de fiabilité et de nécessité « doivent être adapté[e]s et raffiné[e]s dans le contexte présent, vu les problèmes particuliers soulevés par la nature de ces déclarations » (p. 783).

Le facteur contextuel le plus important dans l'arrêt *B. (K.G.)* est la disponibilité du déclarant. Contrairement à la situation dans l'affaire *Khan* ou l'affaire *Smith*, le juge des faits est beaucoup mieux en mesure d'apprécier la fiabilité de la preuve parce que le déclarant est disponible pour être contre-interrogé au sujet de sa déclaration antérieure incompatible. Par conséquent, l'examen du seuil de fiabilité applicable en matière d'admissibilité ne porte pas tant sur la question de savoir s'il y a un motif de croire que la déclaration est véridique que sur celle de savoir si le juge des faits sera en mesure d'apprécier rationnellement la preuve. Il faut chercher des substituts adéquats au processus qui aurait été disponible si la preuve avait été présentée de la façon habituelle, à savoir par l'entremise du témoin qui vient déposer sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle et qui subit un contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration est faite.

Étant donné que le déclarant témoigne en cour sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle et qu'il est possible de le contre-interroger, la question est alors de savoir pourquoi se préoccupe-t-on encore de la fiabilité de la déclaration antérieure. Comme je l'ai indiqué précédemment, la nécessité et la fiabilité ne devraient pas être examinées séparément. Un critère peut influer sur l'autre. La situation dans l'affaire *B. (K.G.)* en est un exemple. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Lamer, « [l]es déclarations antérieures incompatibles posent des problèmes embarrassants par rapport au critère de la nécessité » (p. 796). En fait, le déclarant est disponible pour témoigner. Pourquoi la règle habituelle ne devrait-elle pas s'appliquer, et pourquoi le témoignage sous serment du témoin qui se rétracte ne devrait-il pas seul permettre de découvrir la vérité? Après

cross-examination? If a witness recants a prior statement and denies its truth, the default position is to conclude that the trial process has worked as intended — untruthful or inaccurate information will have been weeded out. There must be good reason to present the prior inconsistent statement as substantive proof over the sworn testimony given in court.

tout, n'est-ce pas là le critère optimal en matière de fiabilité — à savoir que le témoin se présente pour être vu et entendu, pour promettre, sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, de dire la vérité dans le cadre formel de procédures judiciaires, et pour faire l'objet d'un contre-interrogatoire? Si un témoin revient sur une déclaration antérieure et en nie la véracité, la solution par défaut consiste à conclure que le procès a eu les résultats escomptés : les renseignements faux ou inexacts ont été éliminés. Il doit y avoir une bonne raison de présenter la déclaration antérieure incompatible comme preuve quant au fond de préférence au témoignage sous serment devant le tribunal.

As we know, the Court ultimately ruled in *B. (K.G.)*, and the principle is now well established, that necessity is not to be equated with the unavailability of the witness. The necessity criterion is given a flexible definition. In some cases, such as in *B. (K.G.)* where a witness recants an earlier statement, necessity is based on the unavailability of the *testimony*, not the witness. Notwithstanding the fact that the necessity criterion can be met on varied bases, the context giving rise to the need for the evidence in its hearsay form may well impact on the *degree* of reliability required to justify its admission. As stated by Lamer C.J. in *B. (K.G.)*, where the hearsay evidence is a prior inconsistent statement, reliability is a "key concern" (at pp. 786-87):

78

Comme nous le savons, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a statué en fin de compte — et ce principe est maintenant bien établi — que la nécessité ne saurait être assimilée à la non-disponibilité du témoin. Le critère de la nécessité reçoit une définition souple. Dans certains cas, comme dans l'affaire *B. (K.G.)* où un témoin revient sur une déclaration antérieure, la nécessité tient à la non-disponibilité du *témoignage* et non du témoin. Malgré le fait qu'il peut être satisfait de diverses manières au critère de la nécessité, le contexte qui engendre la nécessité de la preuve par ouï-dire peut bien avoir une incidence sur le *degré* de fiabilité exigé pour en justifier l'admission. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *B. (K.G.)*, lorsque la preuve par ouï-dire est une déclaration antérieure incompatible, la fiabilité est une « préoccupation fondamentale » (p. 787) :

> The reliability concern is sharpened in the case of prior inconsistent statements because the trier of fact is asked to choose between two statements from the same witness, as opposed to other forms of hearsay in which only one account from the declarant is tendered. In other words, the focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial, and so additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence.

> Cette préoccupation s'accentue dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le juge des faits doit choisir entre deux déclarations faites par le même témoin, par opposition aux autres formes de ouï-dire dans lesquelles une seule version des faits est présentée. Autrement dit, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès, de sorte que des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant que les déclarations de ce genre soient admises quant au fond.

79 Lamer C.J. went on to describe the general attributes of in-court testimony that provide the usual safeguards for reliability. He reviewed at some length the compelling reasons to prefer statements made under oath or affirmation, the value of seeing and hearing the witness in assessing credibility, the importance of having an accurate record of what was actually said, and the value of contemporaneous cross-examination. In considering what would constitute an adequate substitute in respect of the prior inconsistent statement, he concluded (at pp. 795-96) that there will be "sufficient circumstantial guarantees of reliability" to render such statements substantively admissible where

> (i) the statement is made under oath or solemn affirmation following a warning as to the existence of sanctions and the significance of the oath or affirmation, (ii) the statement is videotaped in its entirety, and (iii) the opposing party . . . has a full opportunity to cross-examine the witness respecting the statement . . . . Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires.

80 To say that a statement is sufficiently reliable because it is made under oath, in person, and the maker is cross-examined is somewhat of a misnomer. A lot of courtroom testimony proves to be totally unreliable. However, therein lies the safeguard — in the *process* that has uncovered its untrustworthiness. Hence, the presence of adequate substitutes for that process establishes a threshold of reliability and makes it safe to admit the evidence.

81 Lamer C.J. also added an important proviso, to which I will return later, on the trial judge's discretion to refuse to allow the jury to make substantive use of the statement, even where the criteria outlined above are satisfied when there is any concern that the statement may be the product of some form of investigatory misconduct (pp. 801-2). Here, although the statements were videotaped, and the

Le juge en chef Lamer a ensuite décrit les caractéristiques générales d'un témoignage en cour qui offre les garanties habituelles de fiabilité. Il a examiné longuement les raisons impérieuses de préférer les déclarations faites sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, l'utilité de voir et d'entendre le témoin pour apprécier la crédibilité, l'importance d'avoir un compte rendu exact de ce qui a réellement été dit, et l'avantage du contre-interrogatoire effectué au moment précis où la déclaration est faite. En étudiant ce qui constituerait un substitut adéquat à l'égard de la déclaration antérieure incompatible, il a conclu, aux p. 795-796, qu'il y aura des « garanties circonstancielles de fiabilité suffisantes » pour rendre de telles déclarations admissibles quant au fond

> (i) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation solennelle après une mise en garde quant à l'existence de sanctions et à l'importance du serment ou de l'affirmation solennelle, (ii) si elle est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (iii) si la partie adverse [. . .] a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration [. . .] Subsidiairement, il se peut que d'autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du ouï-dire exige habituellement.

Il n'est pas tout à fait juste d'affirmer qu'une déclaration est suffisamment fiable parce qu'elle est faite en personne et sous serment, et que le déclarant est contre-interrogé. Maints témoignages en cour s'avèrent tout à fait indignes de foi. Toutefois, c'est là que se situe la garantie — dans le *processus* qui en a révélé le manque de fiabilité. L'existence de substituts adéquats à ce processus établit donc un seuil de fiabilité et permet d'admettre sans risque la preuve.

Le juge en chef Lamer a également assujetti à une réserve importante — sur laquelle je reviendrai plus loin — le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de refuser que la déclaration soit soumise au jury comme preuve de fond même dans le cas où les critères susmentionnés sont respectés, s'il y a quelque crainte que la déclaration soit le produit d'une forme d'inconduite de la part des enquêteurs

witnesses were cross-examined, the statements were not made under oath. Whether there was a sufficient substitute to warrant substantive admission was sent back to be determined by the trial judge (p. 805). The appeal was allowed and a new trial ordered. Cory J. (L'Heureux-Dubé J. concurring) agreed with the result but for different reasons that, for the purpose of our analysis, need not be reviewed here.

(p. 801-802). En l'espèce, bien que les déclarations aient été enregistrées sur bande vidéo et que les témoins aient été contre-interrogés, ces déclarations n'ont pas été faites sous serment. La question de savoir s'il y avait un substitut suffisant pour justifier l'admission quant au fond a été renvoyée au juge du procès pour qu'il la tranche (p. 805). Le pourvoi a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné. Le juge Cory (avec l'appui de la juge L'Heureux-Dubé) était d'accord avec le résultat, mais pour des motifs différents qui, pour les besoins de notre analyse, n'ont pas à être examinés ici.

6.2.4.4 *R. v. U. (F.J.), [1995] 3 S.C.R. 764*

6.2.4.4 *R. c. U. (F.J.), [1995] 3 R.C.S. 764*

*U. (F.J.)* brought back to the Court the issue of admissibility of prior inconsistent statements. In an interview with police, the complainant, J.U., told the interviewing officer that the accused, her father, was having sex with her "almost every day" (para. 4). She gave considerable details about the sexual activity and also described two physical assaults. The interviewing police officer later testified that he had attempted to tape the interview, but that the tape recorder had malfunctioned. He subsequently prepared a summary, based partly on notes and partly on his memory.

82 Dans l'affaire *U. (F.J.)*, la question de l'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles a de nouveau été soumise à la Cour. Au cours d'un entretien avec la police, la plaignante, J.U., a déclaré au policier qui l'interrogeait que l'accusé, son père, avait eu des rapports sexuels avec elle [TRADUCTION] « presque chaque jour » (par. 4). Elle a donné de nombreux détails concernant ces activités sexuelles et a également fait état de deux agressions physiques. Le policier qui l'a interrogée a témoigné plus tard qu'il avait tenté d'enregistrer l'entretien, mais que le magnétoscope avait mal fonctionné. Il a, par la suite, préparé un résumé en se fondant en partie sur les notes qu'il avait prises et en partie sur ce qu'il avait retenu.

Immediately after interviewing J.U., the same officer interviewed the accused. Again, the interview was not taped. The accused admitted to having sex with J.U. "many times", describing similar sexual acts and the two physical assaults that J.U. had described (para. 5). At trial, J.U. recanted the allegations of sexual abuse. She claimed to have lied at the behest of her grandmother. The accused denied having told police that he had engaged in sexual activity with J.U.

83 Immédiatement après avoir interrogé J.U., le même policier a interrogé l'accusé. Là encore, l'entretien n'a pas été enregistré. L'accusé a reconnu avoir eu des rapports sexuels avec J.U. [TRADUCTION] « bien des fois », décrivant des actes sexuels similaires et les deux agressions physiques dont elle avait fait état (par. 5). Au procès, J.U. est revenue sur ses allégations d'abus sexuel. Elle a soutenu avoir menti à la demande de sa grand-mère. L'accusé a nié avoir dit à la police qu'il avait eu des rapports sexuels avec J.U.

The focus of the discussion before this Court was whether the "rule" in *B. (K.G.)* applied to this case. Although the criteria in *B. (K.G.)* were based on the principled approach in *Khan* and *Smith*, it was not clear whether *B. (K.G.)* established a distinct "rule"

84 Le débat devant la Cour portait sur la question de savoir si la « règle » de l'arrêt *B. (K.G.)* s'appliquait à l'affaire. Bien que les critères de l'arrêt *B. (K.G.)* aient été fondés sur la méthode d'analyse raisonnée adoptée dans les arrêts *Khan* et *Smith*, il

for admitting prior inconsistent statements. Lamer C.J. sought to clarify the relationship between these cases, stating as follows (at para. 35):

> *Khan* and *Smith* establish that hearsay evidence will be substantively admissible when it is necessary and sufficiently reliable. Those cases also state that both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case and ensuring that our new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis. My decision in *B. (K.G.)* is an application of those principles to a particular branch of the hearsay rule, the rule against the substantive admission of prior inconsistent statements. The primary distinction between *B. (K.G.)*, on the one hand, and *Khan* and *Smith*, on the other, is that in *B. (K.G.)* the declarant is available for cross-examination. This fact alone goes part of the way to ensuring that the reliability criterion for admissibility is met. The case at bar differs from *B. (K.G.)* only in terms of available indicia of reliability. Necessity is met here in the same way it was met in *B. (K.G.)*: the prior statement is necessary because evidence of the same quality cannot be obtained at trial. For that reason, assessing the reliability of the prior inconsistent statement at issue here is determinative.

85 Lamer C.J. went on to determine how the indicia of reliability could be founded on different criteria than those set out in *B. (K.G.)*. The complainant's statement to the police was not made under oath. Nor was it videotaped. Most importantly, however, the declarant was available for cross-examination, thereby significantly alleviating the usual dangers arising from the introduction of hearsay evidence. Yet, the same concerns about the reliability of the prior inconsistent statement arose in this case. The complainant had recanted her earlier allegations. In the usual course of the trial process, this should be the end of the matter. Consider, for example, if the complainant had made the earlier allegations about being sexually assaulted by her father to some girlfriends in the context of playing a game of "Truth or Dare" where each player was being encouraged to outdo the previous one by saying or doing something outrageous. It would be difficult

n'était pas évident que l'arrêt *B. (K.G.)* établissait une « règle » distincte applicable à l'admission des déclarations antérieures incompatibles. Le juge en chef Lamer a cherché à clarifier en ces termes le lien entre ces affaires (par. 35) :

> Il ressort des arrêts *Khan* et *Smith* que la preuve par ouï-dire sera admissible quant au fond lorsqu'elle est nécessaire et suffisamment fiable. Il y est également dit qu'on doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire et veillant à ce que notre nouvelle façon d'aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories. Ma décision dans *B. (K.G.)* est une application de ces principes à une branche particulière de la règle du ouï-dire, la règle interdisant l'admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles. La principale distinction entre l'arrêt *B. (K.G.)* d'une part, et les arrêts *Khan* et *Smith* d'autre part, réside dans le fait que, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, l'auteur de la déclaration peut être contre-interrogé. Ce seul fait contribue à l'assurance du respect du critère de l'admissibilité quant à la fiabilité. L'espèce diffère de l'arrêt *B. (K.G.)* seulement quant aux indices de fiabilité disponibles. Le critère de la nécessité est rempli en l'espèce de la même façon qu'il y est satisfait dans *B. (K.G.)* : la déclaration antérieure est nécessaire parce qu'une preuve de la même qualité ne peut être obtenue au procès. C'est pour cette raison qu'il est déterminant d'évaluer la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible en question en l'espèce.

Le juge en chef Lamer a ensuite déterminé comment les indices de fiabilité pouvaient reposer sur d'autres critères que ceux énoncés dans l'arrêt *B. (K.G.)*. La déclaration de la plaignante à la police n'avait pas été faite sous serment et n'avait pas non plus été enregistrée sur bande vidéo. Qui plus est cependant, la déclarante pouvait être contre-interrogée, ce qui atténuait considérablement les dangers habituels découlant de la présentation d'une preuve par ouï-dire. Pourtant, cette affaire suscitait les mêmes préoccupations quant à la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible. La plaignante était revenue sur ses allégations antérieures. Dans le cours normal du processus judiciaire, cela devrait mettre un terme à l'affaire. Supposons, par exemple, qu'en jouant avec certaines de ses amies au jeu de la vérité « Truth or Dare », dans lequel chaque joueur est encouragé à surpasser le joueur précédent en disant ou faisant quelque chose qui

to find justification for introducing her casual statement as substantive proof over her sworn testimony that the events never happened. Hence, the focus must turn on the reliability of the prior inconsistent statement.

choque, la plaignante aurait allégué avoir été agressée sexuellement par son père. L'utilisation, à titre de preuve quant au fond, de la déclaration qu'elle a faite à brûle-pourpoint — de préférence à son témoignage sous serment voulant que ces faits ne se soient jamais produits — serait difficilement justifiable. L'accent doit donc être mis sur la fiabilité de la déclaration antérieure incompatible.

In *B. (K.G.)*, the Court held that a prior inconsistent statement is sufficiently reliable for substantive admission if it is made in circumstances comparable to the giving of in-court testimony. In *U. (F.J.)*, the reliability requirement was met rather by showing that there was no real concern about whether the complainant was speaking the truth in her statement to the police. The striking similarities between her statement and the independent statement made by her father were so compelling that the only likely explanation was that they were both telling the truth. Again here, the criteria of necessity and reliability intersect. In the interest of seeking the truth, the very high reliability of the statement rendered its substantive admission necessary.

86 Dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a conclu qu'une déclaration antérieure incompatible est suffisamment fiable pour être admise quant au fond si elle est faite dans des circonstances comparables à celles d'un témoignage devant le tribunal. Dans l'affaire *U. (F.J.)*, on a satisfait à l'exigence de fiabilité en démontrant plutôt que la question de savoir si la plaignante avait dit la vérité dans sa déclaration à la police n'était pas vraiment un sujet de préoccupation. Les similitudes frappantes entre sa déclaration et celle faite de façon indépendante par son père étaient si convaincantes que la seule explication vraisemblable était qu'ils disaient tous les deux la vérité. Là encore, les critères de la nécessité et de la fiabilité se recoupent. Par souci de recherche de la vérité, il était nécessaire d'admettre quant au fond la déclaration en raison de sa très grande fiabilité.

Again here, Lamer C.J. added the following proviso (at para. 49):

87 Là encore, le juge en chef Lamer a ajouté la condition suivante (par. 49) :

> I would also highlight here the proviso I specified in *B. (K.G.)* that the trial judge must be satisfied on the balance of probabilities that the statement was not the product of coercion of any form, whether involving threats, promises, excessively leading questions by the investigator or other person in a position of authority, or other forms of investigatory misconduct.

> Je soulignerais également les conditions que j'ai précisées dans *B. (K.G.)*, à savoir que le juge du procès doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la déclaration n'est pas le produit de la coercition, que ce soit menaces, promesses, questions trop suggestives de l'enquêteur ou d'une autre personne en situation d'autorité, ou autres manquements des enquêteurs.

### 6.2.4.5 *R. v. Hawkins, [1996] 3 S.C.R. 1043*

### 6.2.4.5 *R. c. Hawkins, [1996] 3 R.C.S. 1043*

88 This Court's decision in *Hawkins* was concerned mainly with the issue of spousal incompetency. However, it is also instructive on the application of the principled approach to the hearsay rule. My remarks here are confined to the latter aspect of the case. It exemplifies how, in some circumstances, the reliability requirement may be established solely by the presence of adequate substitutes

L'arrêt *Hawkins* de notre Cour portait surtout sur la question de l'inhabilité à témoigner du conjoint. Toutefois, cet arrêt est également intéressant en ce qui concerne l'application de la méthode d'analyse raisonnée à la règle du ouï-dire. Mes remarques ne visent ici que ce dernier aspect de l'arrêt. Il illustre comment, dans certaines circonstances, seule l'existence de substituts adéquats aux garanties

for the safeguards traditionally relied upon to test trial testimony. As we shall see, again here, the opportunity to cross-examine the declarant was a crucial factor. Because there were sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement, the Court concluded that the trial judge erred in excluding the statement based on its perceived lack of probative value.

89 Hawkins, a police officer, was charged with obstructing justice and corruptly accepting money. His then girlfriend, G, testified at his preliminary inquiry. After testifying the first time, G brought an application to testify again and recanted much of what she had said, with explanations. By the time of the trial, Hawkins and G were married and therefore G was incompetent to testify under s. 4 of the *Canada Evidence Act*. After ruling that the common law rule of spousal incompetency applied, and that G's testimony at the preliminary inquiry could not be read in at trial under s. 715 of the *Criminal Code*, the trial judge held that the evidence was not admissible under the principled approach because it was not sufficiently reliable. Hawkins was acquitted. The verdict was overturned by majority decision of the Court of Appeal for Ontario. On further appeal to this Court, the appeal was dismissed but for different reasons. This Court refused to modify the common law rule of spousal incompetency as it was invited to do. The Court agreed with the trial judge that the common law rule applied, and the testimony could not be read in under s. 715. However, a majority of the Court held that the preliminary inquiry testimony could be read in at trial under the principled approach to the admission of hearsay. The three dissenting judges held that this violated the policy underlying s. 4 and should not be permitted.

traditionnelles invoquées pour vérifier le témoignage au procès peut permettre de satisfaire à l'exigence de fiabilité. Comme nous le verrons, là encore, la possibilité de contre-interroger la déclarante était un facteur crucial. Parce qu'il y avait suffisamment d'indices de fiabilité pour que le juge des faits dispose d'une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration, la Cour a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en excluant la déclaration parce qu'il la croyait dépourvue de valeur probante.

M. Hawkins, un policier, a été accusé d'avoir entravé la justice et d'avoir par corruption accepté de l'argent. G, qui était sa petite amie à l'époque, a témoigné à l'enquête préliminaire. Après avoir témoigné la première fois, G a demandé à témoigner de nouveau, et elle est revenue, en s'expliquant, sur une grande partie de ce qu'elle avait dit. Au moment du procès, M. Hawkins et G étaient mariés, et G était, de ce fait, inhabile à témoigner en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Après avoir décidé que la règle de common law de l'inhabilité du conjoint à témoigner s'appliquait et que le témoignage de G recueilli à l'enquête préliminaire ne pouvait pas être lu au procès en application de l'art. 715 du *Code criminel*, le juge du procès a conclu que la preuve n'était pas admissible selon la méthode d'analyse raisonnée parce qu'elle n'était pas suffisamment fiable. M. Hawkins a été acquitté. Le verdict a été écarté par une décision majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario. Le pourvoi formé par la suite devant notre Cour a été rejeté, mais pour des motifs différents. La Cour a refusé de se rendre à l'invitation de modifier la règle de common law de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Elle a convenu avec le juge du procès que la règle de common law s'appliquait et que le témoignage ne pouvait pas être lu en application de l'art. 715. Toutefois, les juges majoritaires de la Cour ont décidé que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire pouvait être lu au procès suivant la méthode d'analyse raisonnée applicable à l'admission du ouï-dire. Les trois juges dissidents ont estimé que cela dérogeait à la politique sous-jacente de l'art. 4 et ne devait pas être permis.

After determining that the necessity criterion was met, Lamer C.J. and Iacobucci J. (Gonthier and Cory JJ. concurring) addressed reliability. In the circumstances of this case, it could hardly be said that the complainant's testimony was inherently trustworthy. She had given contradictory versions, all under oath. Rather, the Court looked for the presence of a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement, stating as follows, at para. 75:

> The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The function of the trial judge is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement. More specifically, the judge must identify the specific hearsay dangers raised by the statement, and then determine whether the facts surrounding the utterance of the statement offer sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for those dangers. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact. [Emphasis added.]

The Court held that, generally, a witness's testimony before a preliminary inquiry will satisfy the test for threshold reliability, since the fact that it was given under oath and subject to contemporaneous cross-examination in a hearing involving the same parties and mainly the same issues will provide sufficient guarantees of its trustworthiness (para. 76). In addition, the accuracy of the statement is certified by a written transcript which is signed by the judge, and the party against whom the hearsay evidence is tendered has the power to call the declarant as a witness. The inability of the trier of fact to observe demeanour was found to be "more than compensated by the circumstantial guarantees of trustworthiness inherent in the adversarial, adjudicative process of a preliminary inquiry" (para. 77). The fact that the early common law was prepared to admit former testimony under certain circumstances indicated an implicit acceptance of its reliability notwithstanding the lack of the declarant's presence (para. 78). Therefore, Lamer C.J. and Iacobucci J. concluded (at para. 79):

Après avoir déterminé que le critère de la nécessité était rempli, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (avec l'appui des juges Gonthier et Cory) ont abordé la question de la fiabilité. Dans les circonstances de cette affaire, on ne pouvait guère affirmer que le témoignage de la plaignante était en soi digne de foi. Les versions qu'elle avait toutes présentées sous serment étaient contradictoires. La Cour a plutôt vérifié s'il existait une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration, affirmant ceci (par. 75) : 90

> Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. La tâche du juge du procès se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d'indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration. Plus particulièrement, le juge doit cerner les dangers spécifiques du ouï-dire auxquels donne lieu la déclaration et déterminer ensuite si les faits entourant cette déclaration offrent suffisamment de garanties circonstancielles de fiabilité pour contrebalancer ces dangers. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder. [Je souligne.]

La Cour a statué qu'en général un témoignage recueilli à l'enquête préliminaire satisfait au critère du seuil de fiabilité puisque le fait qu'il a été présenté sous serment et que le témoin a alors été contre-interrogé dans le cadre d'une audience mettant en cause les mêmes parties et essentiellement les mêmes questions en litige fournit suffisamment de garanties de fiabilité de ce témoignage (par. 76). De plus, l'exactitude de la déclaration est certifiée par une transcription signée par le juge, et la partie contre laquelle la preuve par ouï-dire est présentée a le pouvoir d'assigner le déclarant à témoigner. L'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement a été qualifiée de « plus que contrebalancé[e] par les garanties circonstancielles de fiabilité propres à la procédure décisionnelle de nature accusatoire que constitue l'enquête préliminaire » (par. 77). Le fait qu'à l'origine on était disposé en common law à admettre en preuve un témoignage antérieur dans certaines circonstances indiquait qu'on en reconnaissait implicitement la fiabilité malgré l'absence du déclarant (par. 78). Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont donc conclu ceci (par. 79) : 91

For these reasons, we find that a witness's recorded testimony before a preliminary inquiry bears sufficient hallmarks of trustworthiness to permit the trier of fact to make substantive use of such statements at trial. The surrounding circumstances of such testimony, particularly the presence of an oath or affirmation and the opportunity for contemporaneous cross-examination, more than adequately compensate for the trier of fact's inability to observe the demeanour of the witness in court. The absence of the witness at trial goes to the weight of such testimony, not to its admissibility.

Pour ces motifs, nous sommes d'avis qu'un témoignage enregistré lors d'une enquête préliminaire comporte suffisamment de garanties de fiabilité pour permettre au juge des faits d'en faire une utilisation quant au fond au cours du procès. Les circonstances entourant ce témoignage, tout particulièrement l'existence d'un serment ou d'une affirmation et la possibilité de contre-interrogatoire au moment de la déclaration font plus que contrebalancer l'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement du témoin en cour. L'absence du témoin au procès influe sur le poids et non sur l'admissibilité du témoignage.

Applying this reasoning to the statement at issue, it was found to be reliable (para. 80).

Appliquant ce raisonnement à la déclaration en cause, la Cour a estimé qu'elle était fiable (par. 80).

92 Lamer C.J. and Iacobucci J. added that the trial judge had erred in considering the internal contradictions contained in the testimony because these considerations properly related to the ultimate assessment of the actual probative value of the testimony, a matter for the trier of fact. Although some of the analysis on this last point is couched in terms of categorizing factors as relevant to either threshold or ultimate reliability, an approach which should no longer be adopted, the Court's conclusion on this point exemplifies where the line should be drawn on an inquiry into threshold reliability. When the reliability requirement is met on the basis that the trier of fact has a sufficient basis to assess the statement's truth and accuracy, there is no need to inquire further into the likely truth of the statement. That question becomes one that is entirely left to the ultimate trier of fact and the trial judge is exceeding his or her role by inquiring into the likely truth of the statement. When reliability is dependent on the inherent trustworthiness of the statement, the trial judge must inquire into those factors tending to show that the statement is true or not — recall *U. (F.J.)*.

Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont ajouté que le juge du procès avait commis une erreur en tenant compte des contradictions internes du témoignage parce que ces considérations se rapportaient, à juste titre, à l'appréciation en dernière analyse de la valeur probante même du témoignage, qui doit être faite par le juge des faits. Bien qu'une partie de l'analyse relative à ce dernier point consiste à classer des facteurs comme se rapportant soit au seuil de fiabilité soit à la fiabilité en dernière analyse — méthode qui ne devrait plus être suivie —, la conclusion de la Cour à cet égard illustre où doit être tracée la ligne de démarcation en matière d'examen du seuil de fiabilité. Lorsque l'exigence de fiabilité est remplie parce que le juge des faits dispose d'une base suffisante pour apprécier la véracité et l'exactitude de la déclaration, il n'est pas nécessaire de vérifier davantage si la déclaration est susceptible d'être véridique. Cette question relève alors entièrement, en dernière analyse, du juge des faits et le juge du procès outrepasse son rôle en vérifiant si la déclaration est susceptible d'être véridique. Lorsque la fiabilité dépend de la fiabilité inhérente de la déclaration, le juge du procès doit examiner les facteurs tendant à démontrer que la déclaration est véridique ou non — qu'on se rappelle l'arrêt *U. (F.J.)*.

### 6.3 *Revisiting Paragraphes 215 and 217 in Starr*

### 6.3 *Réexamen des par. 215 et 217 de l'arrêt Starr*

93 As I trust it has become apparent from the preceding discussion, whether certain factors will go only to ultimate reliability will depend on the

Comme le révèle, je l'espère, l'analyse qui précède, la question de savoir si certains facteurs toucheront uniquement la fiabilité en dernière analyse

context. Hence, some of the comments at paras. 215 and 217 in *Starr* should no longer be followed. Relevant factors should not be categorized in terms of threshold and ultimate reliability. Rather, the court should adopt a more functional approach as discussed above and focus on the particular dangers raised by the hearsay evidence sought to be introduced and on those attributes or circumstances relied upon by the proponent to overcome those dangers. In addition, the trial judge must remain mindful of the limited role that he or she plays in determining admissibility — it is crucial to the integrity of the fact-finding process that the question of ultimate reliability not be predetermined on the admissibility *voir dire*.

dépendra du contexte. Partant, certains des commentaires formulés aux par. 215 et 217 de l'arrêt *Starr* ne devraient plus être suivis. Les facteurs pertinents ne doivent plus être rangés dans des catégories de seuil de fiabilité et de fiabilité en dernière analyse. Le tribunal devrait plutôt adopter une approche plus fonctionnelle, comme nous l'avons vu précédemment, et se concentrer sur les dangers particuliers que comporte la preuve par ouï-dire qu'on cherche à présenter, de même que sur les caractéristiques ou circonstances que la partie qui veut présenter la preuve invoque pour écarter ces dangers. De plus, le juge du procès doit demeurer conscient du rôle limité qu'il joue lorsqu'il se prononce sur l'admissibilité — il est essentiel pour assurer l'intégrité du processus de constatation des faits que la question de la fiabilité en dernière analyse ne soit pas préjugée lors du voir-dire portant sur l'admissibilité.

I want to say a few words on one factor identified in *Starr*, namely "the presence of corroborating or conflicting evidence" since it is that comment that appears to have raised the most controversy. I repeat it here for convenience:

94 Je tiens à dire quelques mots sur un facteur décrit dans l'arrêt *Starr*, à savoir « la présence d'une preuve corroborante ou contradictoire », puisqu'il semble que ce soit ce commentaire qui a soulevé le plus de controverse. Pour des raisons de commodité, je reproduis le commentaire en question :

> Similarly, I would not consider the presence of corroborating or conflicting evidence. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; see also *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). [para. 217]

> De même, je ne tiendrais pas compte de la présence d'une preuve corroborante ou contradictoire. Sur ce point, je suis d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608; voir également *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990). [par. 217]

I will briefly review the two cases relied upon in support of this statement. The first does not really provide assistance on this question and the second, in my respectful view, should not be followed.

95 J'examinerai brièvement les deux décisions invoquées à l'appui de cet énoncé. La première n'est pas vraiment utile à cet égard et la seconde, selon moi, ne devrait pas être suivie.

In *R. v. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608 (C.A.), the trial judge, in convicting the accused, had used a co-accused's statement as evidence in support of the complainant's testimony. The Court of Appeal held that this constituted an error. While a statement made by a co-accused was admissible for its truth against the co-accused, it remained hearsay as against the accused. The co-accused had recanted his statement at trial. His statement was not shown to be reliable so as to be admitted as an exception to the hearsay rule against the accused.

96 Dans l'affaire *R. c. C. (B.)* (1993), 12 O.R. (3d) 608 (C.A.), en déclarant l'accusé coupable, le juge du procès avait utilisé la déclaration d'un coaccusé comme preuve étayant le témoignage de la plaignante. La Cour d'appel a conclu que cela constituait une erreur. Alors que la déclaration d'un coaccusé était admissible contre lui comme preuve de sa véracité, elle restait du ouï-dire à l'égard de l'accusé. Le coaccusé était revenu sur sa déclaration au procès. Il n'a pas été démontré que sa déclaration était suffisamment fiable pour être admise

Therefore, this case is of no assistance on the question of whether supporting evidence should be considered or not in determining hearsay admissibility. It simply reaffirms the well-established rule that an accused's statement is only admissible against its maker, not the co-accused.

97 *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805 (1990), is more on point. In that case, five of the nine justices of the United States Supreme Court were not persuaded that "evidence corroborating the truth of a hearsay statement may properly support a finding that the statement bears 'particularized guarantees of trustworthiness'" (p. 822). In the majority's view, the use of corroborating evidence for that purpose "would permit admission of a presumptively unreliable statement by bootstrapping on the trustworthiness of other evidence at trial, a result we think at odds with the requirement that hearsay evidence admitted under the Confrontation Clause be so trustworthy that cross-examination of the declarant would be of marginal utility" (p. 823). By way of example, the majority observed that a statement made under duress may happen to be true, but evidence tending to corroborate the truth of the statement would be no substitute for cross-examination of the declarant at trial. The majority also raised the concern, arising mostly in child sexual abuse cases, that a jury may rely on the partial corroboration provided by medical evidence to mistakenly infer the trustworthiness of the entire allegation.

98 In his dissenting opinion, Kennedy J., with whom the remaining three justices concurred, strongly disagreed with the position of the majority on the potential use of supporting or conflicting evidence. In my view, his reasons echo much of the criticism that has been voiced about this Court's position in *Starr*. He said the following:

> I see no constitutional justification for this decision to prescind corroborating evidence from consideration of the question whether a child's statements are reliable.

contre l'accusé à titre d'exception à la règle du ouï-dire. Cette affaire n'est donc d'aucun secours pour ce qui est de savoir s'il y a lieu de considérer une preuve à l'appui pour décider de l'admissibilité d'un ouï-dire. On y réaffirme simplement la règle bien établie selon laquelle la déclaration d'un accusé n'est admissible que contre lui et non contre un coaccusé.

L'arrêt *Idaho c. Wright*, 497 U.S. 805 (1990), est plus à propos. Dans cette affaire, cinq des neuf juges de la Cour suprême des États-Unis n'étaient pas convaincus que [TRADUCTION] « la preuve corroborant la véracité d'une déclaration relatée puisse étayer, à juste titre, la conclusion que la déclaration comporte "des garanties particulières de fiabilité" » (p. 822). Selon les juges majoritaires, l'utilisation d'une preuve corroborante à cette fin « permettrait d'admettre une déclaration présumée peu fiable en se fondant sur la fiabilité d'un autre élément de preuve au procès, résultat que nous croyons contraire à l'exigence que la preuve par ouï-dire admise en vertu de la clause de confrontation des témoins soit à ce point digne de foi qu'il serait peu utile de contre-interroger le déclarant » (p. 823). Par exemple, les juges majoritaires ont fait observer qu'une déclaration faite sous la contrainte peut se révéler véridique, mais qu'une preuve tendant à corroborer la véracité de cette déclaration ne saurait être substituée au contre-interrogatoire du déclarant au procès. Les juges majoritaires ont aussi exprimé la crainte, surtout dans les affaires d'abus sexuels d'enfants, qu'un jury s'appuie sur la corroboration partielle fournie par la preuve médicale pour inférer à tort la fiabilité de toute l'allégation.

Dans ses motifs dissidents, le juge Kennedy, avec l'appui des trois autres juges, s'est dit en profond désaccord avec le point de vue des juges majoritaires concernant l'utilisation potentielle d'un élément de preuve à l'appui ou contradictoire. À mon avis, ses motifs reprennent une bonne partie des critiques formulées au sujet de la position de notre Cour dans l'arrêt *Starr*. Il a affirmé ceci :

> [TRADUCTION] Je ne vois rien qui justifie constitutionnellement cette décision de dissocier la preuve corroborante de l'examen de la question de savoir si les

It is a matter of common sense for most people that one of the best ways to determine whether what someone says is trustworthy is to see if it is corroborated by other evidence. In the context of child abuse, for example, if part of the child's hearsay statement is that the assailant tied her wrists or had a scar on his lower abdomen, and there is physical evidence or testimony to corroborate the child's statement, evidence which the child could not have fabricated, we are more likely to believe that what the child says is true. Conversely, one can imagine a situation in which a child makes a statement which is spontaneous or is otherwise made under circumstances indicating that it is reliable, but which also contains undisputed factual inaccuracies so great that the credibility of the child's statements is substantially undermined. Under the Court's analysis, the statement would satisfy the requirements of the Confrontation Clause despite substantial doubt about its reliability. [pp. 828-29]

Kennedy J. also strongly disagreed with the majority's view that only circumstances surrounding the making of the statement should be considered:

The [majority] does not offer any justification for barring the consideration of corroborating evidence, other than the suggestion that corroborating evidence does not bolster the "inherent trustworthiness" of the statements. But for purposes of determining the reliability of the statements, I can discern no difference between the factors that the Court believes indicate "inherent trustworthiness" and those, like corroborating evidence, that apparently do not. Even the factors endorsed by the Court will involve consideration of the very evidence the Court purports to exclude from the reliability analysis. The Court notes that one test of reliability is whether the child "use[d] . . . terminology unexpected of a child of similar age." But making this determination requires consideration of the child's vocabulary skills and past opportunity, or lack thereof, to learn the terminology at issue. And, when all of the extrinsic circumstances of a case are considered, it may be shown that use of a particular word or vocabulary in fact supports the inference of prolonged contact with the defendant, who was known to use the vocabulary in question. As a further example, the Court notes that motive to fabricate is an index of reliability. But if the suspect charges that a third person concocted a false case against him and coached the child, surely it is relevant to show that the third person had no contact with the child or no opportunity to suggest false testimony. Given the contradictions inherent in the Court's

déclarations d'un enfant sont fiables. Il va de soi pour la plupart des gens que l'un des meilleurs moyens de savoir si quelqu'un est digne de foi consiste à vérifier si ses propos sont corroborés par une autre preuve. Par exemple, dans un cas de violence envers une enfant, si une partie de la déclaration relatée de l'enfant veut que l'assaillant lui ait lié les poignets ou qu'il ait eu une cicatrice au bas de l'abdomen, et qu'une preuve matérielle ou un témoignage corrobore cette déclaration — preuve que l'enfant n'aurait pas pu fabriquer —, nous serons probablement plus enclins à croire que l'enfant dit la vérité. À l'inverse, on peut penser à la déclaration qu'un enfant fait de manière spontanée ou, par ailleurs dans des circonstances indiquant qu'elle est fiable, mais qui contient aussi des inexactitudes factuelles incontestées si énormes que la crédibilité de ses déclarations s'en trouve considérablement minée. Selon l'analyse de la Cour, la déclaration satisferait aux exigences de la clause de confrontation des témoins malgré un doute ineconsidérable quant à sa fiabilité. [p. 828-829]

Le juge Kennedy était aussi en profond désaccord avec le point de vue des juges majoritaires selon lequel seules les circonstances entourant la déclaration doivent être considérées : 99

[TRADUCTION] L[es juges majoritaires] n'offre[nt] aucune justification pour écarter l'examen de la preuve corroborante, si ce n'est qu'[ils] indique[nt] que celle-ci ne renforce pas la « fiabilité inhérente » des déclarations. Mais pour déterminer la fiabilité des déclarations, je ne vois aucune différence entre les facteurs qui, selon la Cour, indiquent l'existence de « fiabilité inhérente » et ceux qui, comme la preuve corroborante, ne paraissent pas le faire. Même les facteurs retenus par la Cour obligeront à examiner la preuve même que celle-ci entend soustraire à l'analyse de la fiabilité. La Cour note que l'un des critères de fiabilité est de savoir si l'enfant a « utilis[é] [. . .] un vocabulaire inattendu de la part d'un enfant de son âge ». Mais pour se prononcer sur ce point, il faut examiner les connaissances de l'enfant sur le plan du vocabulaire et la possibilité qu'il a eu ou non d'apprendre le vocabulaire en cause. Et lorsque toutes les circonstances extrinsèques d'une affaire sont prises en compte, il peut se révéler que l'usage d'un mot ou d'un vocabulaire particulier étaye en fait l'inférence d'un contact prolongé avec le défendeur, qui était connu pour son utilisation du vocabulaire en question. Comme autre exemple, la Cour note qu'un motif d'inventer une histoire est significatif en ce qui concerne la question de la fiabilité. Mais si le suspect accuse un tiers d'avoir inventé une fausse preuve contre lui et d'avoir préparé l'enfant, il est sûrement utile de démontrer que ce tiers n'a eu aucun contact avec l'enfant ni aucune possibilité

test when measured against its own examples, I expect its holding will soon prove to be as unworkable as it is illogical.

The short of the matter is that both the circumstances existing at the time the child makes the statements and the existence of corroborating evidence indicate, to a greater or lesser degree, whether the statements are reliable. If the Court means to suggest that the circumstances surrounding the making of a statement are the best indicators of reliability, I doubt this is so in every instance. And, if it were true in a particular case, that does not warrant ignoring other indicators of reliability such as corroborating evidence, absent some other reason for excluding it. If anything, I should think that corroborating evidence in the form of testimony or physical evidence, apart from the narrow circumstances in which the statement was made, would be a preferred means of determining a statement's reliability for purposes of the Confrontation Clause, for the simple reason that, unlike other indicators of trustworthiness, corroborating evidence can be addressed by the defendant and assessed by the trial court in an objective and critical way. [References omitted; pp. 833-34.]

100 In my view, the opinion of Kennedy J. better reflects the Canadian experience on this question. It has proven difficult and at times counterintuitive to limit the inquiry to the circumstances surrounding the making of the statement. This Court itself has not always followed this restrictive approach. Further, I do not find the majority's concern over the "bootstrapping" nature of corroborating evidence convincing. On this point, I agree with Professor Paciocco who commented on the reasoning of the majority in *Idaho v. Wright* as follows (at p. 36):

The final rationale offered is that it would involve "bootstrapping" to admit evidence simply because it is shown by other evidence to be reliable. In fact, the "bootstrapping" label is usually reserved to circular arguments in which a questionable piece of evidence "picks itself up by its own bootstraps" to fit within an exception. For example, a party claims it can rely on a hearsay statement because the statement was made under such pressure or involvement that the prospect of concoction can fairly be disregarded, but then relies on the contents of the hearsay statement to prove the existence of that pressure or involvement [*Ratten v. R.*, [1972] A.C. 378 (P.C.)]. Or, a party claims it can rely on the truth of the contents of a statement because it

de proposer un faux témoignage. Vu les contradictions inhérentes du critère de la Cour qui se dégagent de ses propres exemples, je pense que sa conclusion se révélera rapidement aussi inapplicable qu'illogique.

Bref, tant les circonstances entourant les déclarations de l'enfant que l'existence d'une preuve corroborante indiquent plus ou moins si les déclarations sont fiables. Si la Cour veut donner à entendre que les circonstances entourant une déclaration sont les meilleurs indices de fiabilité, je doute qu'il en soit ainsi dans tous les cas. Et, si cela était vrai dans une affaire donnée, cela ne justifie pas de passer sous silence d'autres indices de fiabilité comme la preuve corroborante, s'il n'y a aucune autre raison de les écarter. D'ailleurs, je crois que la preuve corroborante sous forme de témoignage ou de preuve matérielle, outre les circonstances bien précises entourant la déclaration, serait un moyen privilégié de déterminer la fiabilité d'une déclaration pour les besoins de la clause de confrontation, pour la simple raison que, contrairement aux autres indices de fiabilité, la preuve corroborante peut être étudiée par le défendeur et appréciée de façon objective et critique par le tribunal de première instance. [Renvois omis; p. 833-834.]

À mon avis, l'opinion du juge Kennedy reflète mieux l'expérience canadienne sur cette question. Il s'est révélé difficile et parfois paradoxal de limiter l'enquête aux circonstances entourant la déclaration. Notre Cour elle-même n'a pas toujours adopté cette approche restrictive. De plus, je ne juge pas convaincante la préoccupation des juges majoritaires quant au caractère « autocorroborant » de la preuve corroborante. À cet égard, je suis d'accord avec les commentaires suivants du professeur Paciocco concernant le raisonnement majoritaire de l'arrêt *Idaho c. Wright* (p. 36) :

[TRADUCTION] Le raisonnement final proposé veut qu'admettre une preuve simplement parce qu'une autre preuve établit qu'elle est fiable en ferait une preuve « autocorroborante ». En fait, on réserve généralement cette étiquette aux arguments circulaires selon lesquels un élément de preuve douteux « s'appuie sur lui-même » pour s'ériger en exception. Par exemple, une partie soutient qu'elle peut s'appuyer sur une déclaration relatée parce qu'elle a été faite sous une pression ou contrainte telle que la possibilité d'invention peut être écartée à juste titre, mais s'appuie ensuite sur le contenu de cette même déclaration pour prouver l'existence de cette pression ou contrainte [*Ratten c. R.*, [1972] A.C. 378 (P.C.)]. Ou encore, une partie affirme

was a statement made by an opposing party litigant, but then relies on the contents of the statement to prove it was made by an opposing party litigant: see *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869. Looking to *other* evidence to confirm the reliability of evidence, the thing *Idaho v. Wright* purports to prevent, is the very antithesis of "bootstrapping".

qu'elle peut compter sur la véracité d'une déclaration parce qu'elle a été faite par une partie opposée, mais s'appuie ensuite sur le contenu de la déclaration pour prouver qu'elle a été faite par une partie opposée : voir *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. S'en remettre à un *autre* élément de preuve pour confirmer la fiabilité d'une preuve, ce que l'arrêt *Idaho c. Wright* vise à prévenir, est l'antithèse même de la preuve « autocorroborante ».

## 7. Application to This Case

Mr. Skupien's statements to the cook, Ms. Stangrat, to the doctor and to the police constituted hearsay. The Crown sought to introduce the statements for the truth of their contents. In the context of this trial, the evidence was very important — indeed the two charges against Mr. Khelawon in respect of this complainant were entirely based on the truthfulness of the allegations contained in his statements.

Mr. Skupien's hearsay statements were presumptively inadmissible. None of the traditional hearsay exceptions could assist the Crown in proving its case. The evidence could only be admitted under the principled exception to the hearsay rule.

Mr. Skupien's death before the trial made it necessary for the Crown to resort to Mr. Skupien's evidence in its hearsay form. It was conceded throughout that the necessity requirement had been met. The case therefore turned on whether the evidence was sufficiently reliable to warrant admission.

Since Mr. Skupien had died before the trial, he was no longer available to be seen, heard and cross-examined in court. There was no opportunity for contemporaneous cross-examination. Nor had there been an opportunity for cross-examination at any other hearing. Although Mr. Skupien was elderly and frail at the time he made the allegations, there is no evidence that the Crown attempted to preserve his evidence by application under ss. 709 to 714 of the *Criminal Code*. He did not testify at the preliminary hearing. The record does not disclose if he had died by that time. In making these comments, I

## 7. Application à la présente affaire

101 Les déclarations que M. Skupien a faites à la cuisinière, M^me^ Stangrat, au médecin et à la police constituaient du ouï-dire. Le ministère public cherchait à présenter ces déclarations pour établir la véracité de leur contenu. Dans le contexte du présent procès, cette preuve était très importante — en fait, les deux accusations portées contre M. Khelawon relativement à ce plaignant reposaient entièrement sur la véracité des allégations contenues dans les déclarations de ce dernier.

102 Les déclarations relatées de M. Skupien étaient présumées inadmissibles. Aucune des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire ne pouvait aider le ministère public à établir sa preuve. La preuve ne pouvait être admise qu'en application de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

103 Le décès de M. Skupien avant le procès a forcé le ministère public à recourir à son témoignage sous sa forme relatée. Il a été concédé dans toutes les cours que l'on avait satisfait à l'exigence de nécessité. Il s'agissait donc de savoir si le témoignage était suffisamment fiable pour être admis en preuve.

104 Comme M. Skupien était décédé avant le procès, il ne pouvait plus être vu, entendu et contre-interrogé en cour. Il ne pouvait pas être contre-interrogé au moment précis de sa déclaration. Il n'y avait pas eu non plus d'autre possibilité de le contre-interroger à aucune autre audience. Même si M. Skupien était âgé et frêle au moment de ses allégations, rien ne prouve que le ministère public a tenté de préserver son témoignage en application des art. 709 à 714 du *Code criminel*. M. Skupien n'a pas témoigné à l'enquête préliminaire. Le dossier n'indique pas s'il était décédé à cette époque. En

do not question the fact that it was necessary for the Crown to resort to Mr. Skupien's evidence in hearsay form. Necessity is conceded. However, in an appropriate case, the court in deciding the question of necessity may well question whether the proponent of the evidence made all reasonable efforts to secure the evidence of the declarant in a manner that also preserves the rights of the other party. That issue is not raised here.

105 The fact remains however that the absence of any opportunity to cross-examine Mr. Skupien has a bearing on the question of reliability. The central concern arising from the hearsay nature of the evidence is the inability to test his allegations in the usual way. The evidence is not admissible unless there is a sufficient substitute basis for testing the evidence or the contents of the statement are sufficiently trustworthy.

106 Obviously, there was no case to be made here on the presence of adequate substitutes for testing the evidence. This is not a *Hawkins* situation where the difficulties presented by the unavailability of the declarant were easily overcome by the availability of the preliminary hearing transcript where there had been an opportunity to cross-examine the complainant in a hearing that dealt with essentially the same issues. Nor is this a *B. (K.G.)* situation where the presence of an oath and a video were coupled with the availability of the declarant at trial. There are no adequate substitutes here for testing the evidence. There is the police video — nothing more. The principled exception to the hearsay rule does not provide a vehicle for founding a conviction on the basis of a police statement, videotaped or otherwise, without more. In order to meet the reliability requirement in this case, the Crown could only rely on the inherent trustworthiness of the statement.

107 In my respectful view, there was no case to be made on that basis either. This was not a situation

faisant ces commentaires, je ne remets pas en question la nécessité pour le ministère public de recourir au témoignage sous forme relatée de M. Skupien. Je reconnais que c'était nécessaire. Toutefois, dans une instance appropriée, il se peut bien que, pour trancher la question de la nécessité, le tribunal se demande si la partie qui veut présenter la preuve a déployé tous les efforts raisonnables pour préserver la preuve du déclarant de manière à préserver également les droits de l'autre partie. Cette question ne se pose pas en l'espèce.

Il reste toutefois que l'absence de possibilité de contre-interroger M. Skupien a une incidence sur la question de la fiabilité. La préoccupation majeure que suscite le caractère relaté de la preuve est l'incapacité de vérifier de la manière habituelle les allégations que cette preuve comporte. La preuve est inadmissible à moins qu'il y ait un autre motif suffisant de la vérifier ou que le contenu de la déclaration soit suffisamment fiable.

De toute évidence, il n'y avait aucune preuve à faire en l'espèce au sujet de l'existence d'autres moyens adéquats de vérifier la preuve. Il ne s'agit pas d'une situation comme celle dans l'affaire *Hawkins* où les difficultés présentées par la non-disponibilité de la déclarante pouvaient facilement être surmontées par le fait que l'on disposait de la transcription de l'audience préliminaire où on avait eu l'occasion de contre-interroger la plaignante dans le cadre d'une audience portant essentiellement sur les mêmes questions en litige. Il ne s'agit pas non plus d'une situation comme celle dans l'affaire *B. (K.G.)* où un serment et une bande vidéo s'ajoutaient à la disponibilité du déclarant au procès. Il n'y a en l'espèce aucun autre moyen adéquat de vérifier la preuve. Il y a la bande vidéo de la police — rien d'autre. L'exception raisonnée à la règle du ouï-dire ne constitue pas un moyen de fonder une déclaration de culpabilité sur une déclaration faite à la police sur bande vidéo ou autrement, sans plus. Pour satisfaire à l'exigence de fiabilité en l'espèce, le ministère public ne pouvait se fonder que sur la fiabilité inhérente de la déclaration.

À mon avis, il n'y avait aucune preuve à faire sur ce fondement non plus. Il ne s'agissait pas d'une

as in *Khan* where the cogency of the evidence was such that, in the words of Wigmore, it would be "pedantic to insist on a test whose chief object is already secured" (§ 1420, at p. 154). To the contrary, much as in the case of the third statement ruled inadmissible in *Smith*, the circumstances raised a number of serious issues such that it would be impossible to say that the evidence was unlikely to change under cross-examination. Mr. Skupien was elderly and frail. His mental capacity was at issue — the medical records contained repeated diagnoses of paranoia and dementia. There was also the possibility that his injuries were caused by a fall rather than an assault — the medical records revealed a number of complaints of fatigue, weakness and dizziness and the examining physician, Dr. Pietraszek, testified that the injuries could have resulted from a fall (A.R., vol. II, at p. 259). The evidence of the garbage bags filled with Mr. Skupien's possessions provided little assistance in assessing the likely truth of his statement — he could have filled those bags himself. Ms. Stangrat's obvious motive to discredit Mr. Khelawon presented further difficulties. The initial allegations were made to her — Dr. Pietraszek acknowledged in his evidence that when he saw Mr. Skupien, Ms. Stangrat was present and may have helped him by giving some indication of what happened. The extent to which Mr. Skupien may have been influenced in making his statement by this disgruntled employee was a live issue. Mr. Skupien had issues of his own with the way the retirement home was managed. This is apparent from his rambling complaints on the police video itself. The absence of an oath and the simple "yes" in answer to the police officer's question as to whether he understood that it was important to tell the truth do not give much insight on whether he truly understood the consequences for Mr. Khelawon of making his statement. In these circumstances, Mr. Skupien's unavailability for cross-examination posed significant limitations on the accused's ability to test the evidence and, in turn, on the trier of fact's ability to properly assess its worth.

situation comme celle dans l'arrêt *Khan* où la force probante de la preuve était telle que, comme l'a affirmé Wigmore, il serait [TRADUCTION] « trop pointilleux d'insister sur une épreuve dont l'objet principal est déjà atteint » (§ 1420, p. 154). Au contraire, tout comme dans le cas de la troisième déclaration jugée inadmissible dans l'arrêt *Smith*, les circonstances soulevaient un certain nombre de questions sérieuses de sorte qu'il était impossible de dire que cette preuve ne serait pas susceptible de changer lors d'un contre-interrogatoire. M. Skupien était âgé et frêle. Sa capacité mentale était en cause — les dossiers médicaux faisaient état de diagnostics répétés de paranoïa et de démence. Il y avait également la possibilité que ses blessures aient résulté d'une chute plutôt que d'une agression — les dossiers médicaux révélaient un certain nombre de plaintes de fatigue, de faiblesse et d'étourdissements et le médecin traitant, le D^r^ Pietraszek, a témoigné que les blessures pouvaient être dues à une chute (d.a., vol. II, p. 259). Les sacs à ordures remplis d'effets personnels de M. Skupien étaient peu utiles pour déterminer si la déclaration était susceptible d'être véridique — il pouvait avoir rempli ces sacs lui-même. D'autres difficultés résultaient du motif évident que M^me^ Stangrat avait de discréditer M. Khelawon. Les premières allégations ont été formulées devant elle — dans son témoignage, le D^r^ Pietraszek a reconnu que M^me^ Stangrat était présente lorsqu'il a rencontré M. Skupien et qu'elle pouvait avoir aidé ce dernier en fournissant des indices sur ce qui s'était produit. Il fallait déterminer dans quelle mesure cette employée mécontente pouvait avoir influencé M. Skupien lorsqu'il a fait sa déclaration. M. Skupien avait lui-même certaines récriminations au sujet de la façon dont la maison de retraite était gérée. Cela ressort de ses plaintes incohérentes contenues dans l'enregistrement vidéo de la police. L'absence de serment et le simple « oui » répondu lorsque le policier lui a demandé s'il comprenait qu'il était important de dire la vérité n'aident pas beaucoup à déterminer s'il saisissait vraiment les conséquences de sa déclaration pour M. Khelawon. Dans ces circonstances, l'impossibilité de contre-interroger M. Skupien limitait considérablement la capacité de l'accusé de vérifier la preuve et, partant, la capacité du juge des faits d'en déterminer correctement la valeur.

108 As indicated earlier, the crux of the trial judge's finding that the evidence was sufficiently trustworthy was based on the "striking similarities" between the statements of the five complainants. As Rosenberg J.A., I too would not reject the possibility that the presence of a striking similarity between statements from different complainants could well provide sufficient cogency to warrant the admission of hearsay evidence in an appropriate case. However, the statements made by the other complainants in this case posed even greater difficulties and could not be substantively admitted to assist in assessing the reliability of Mr. Skupien's allegations. For example, the videotaped interview with Mr. Dinino which formed the basis of the second conviction against Mr. Khelawon was nine minutes in length. It was preceded by a 30-minute interview with the police. The police officer had no notes of the initial interview. Constable Pietroniro acknowledged that it "was very difficult" to get Mr. Dinino to answer questions and that much of the videotape is inaudible. Constable Pietroniro would generally put to Mr. Dinino what he thought Mr. Dinino was saying and Mr. Dinino would respond "yes" or "yeah". Constable Pietroniro agreed that he was making an educated guess as to what Mr. Dinino was saying and that there were some things said by Mr. Dinino that he did not understand. Quite apart from these difficulties, it is also far from clear on the record on precisely what features the trial judge based his finding that there was a "striking similarity" between the various statements. However, I do not find it necessary to elaborate on this point. The admissibility of the other statements is no longer in issue. The Court of Appeal unanimously ruled them inadmissible.

109 I conclude that the evidence did not meet the reliability requirement. The majority of the Court of Appeal was correct to rule it inadmissible.

8. Conclusion

110 For these reasons, I would dismiss the appeal.

Comme nous l'avons vu, la conclusion du juge du procès que la preuve était suffisamment fiable reposait essentiellement sur les « similitudes frappantes » entre les déclarations des cinq plaignants. À l'instar du juge Rosenberg, je suis moi aussi d'avis de ne pas écarter le fait que l'existence d'une similitude frappante entre les déclarations de divers plaignants pourrait bien être suffisamment probante pour justifier l'admission d'une preuve par ouï-dire dans un cas approprié. Toutefois, les déclarations des autres plaignants en l'espèce présentaient des difficultés encore plus grandes et ne pouvaient être admises quant au fond pour aider à apprécier la fiabilité des allégations de M. Skupien. Par exemple, l'entretien enregistré sur bande vidéo de M. Dinino, sur lequel reposait la deuxième déclaration de culpabilité de M. Khelawon, durait neuf minutes et avait été précédé d'un entretien de 30 minutes avec la police. Le policier ne possédait aucune note de l'entretien initial. L'agent Pietroniro a reconnu qu'il était [TRADUCTION] « très difficile » d'obtenir des réponses de M. Dinino et qu'une grande partie de l'enregistrement était inaudible. Il répétait généralement à M. Dinino ce qu'il croyait que celui-ci avait dit, et M. Dinino répondait par « oui » ou « ouais ». L'agent Pietroniro a reconnu qu'il faisait des suppositions éclairées au sujet de ce que M. Dinino disait et qu'il n'avait pas saisi certains propos de ce dernier. Outre ces difficultés, le dossier est loin d'indiquer clairement sur quelles caractéristiques précises le juge du procès s'est fondé pour conclure à l'existence d'une « similitude frappante » entre les diverses déclarations. Toutefois, je ne juge pas nécessaire de m'étendre sur cette question. L'admissibilité des autres déclarations n'est plus en cause. La Cour d'appel a décidé, à l'unanimité, qu'elles étaient inadmissibles.

Je conclus que la preuve ne satisfait pas à l'exigence de fiabilité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de la déclarer inadmissible.

8. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Fleming, Breen, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Louis P. Strezos and Associate, and Di Luca Barristers, Toronto.*

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Fleming, Breen, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Louis P. Strezos and Associate, et Di Luca Barristers, Toronto.*

**God's Lake First Nation a.k.a. God's Lake Band** *Appellant*

*v.*

**McDiarmid Lumber Ltd.** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Assembly of First Nations and Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin** *Interveners*

**Première Nation de God's Lake, aussi connue sous le nom de bande indienne de God's Lake** *Appelante*

*c.*

**McDiarmid Lumber Ltd.** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, Assemblée des Premières Nations et Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin** *Intervenants*

**INDEXED AS: MCDIARMID LUMBER LTD. *v.* GOD'S LAKE FIRST NATION**

**Neutral citation: 2006 SCC 58.**

File No.: 30890.

2006: April 20; 2006: December 15.

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

**RÉPERTORIÉ : MCDIARMID LUMBER LTD. *c.* PREMIÈRE NATION DE GOD'S LAKE**

**Référence neutre : 2006 CSC 58.**

N° du greffe : 30890.

2006 : 20 avril; 2006 : 15 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Aboriginal law — Property situated on reserve — Exemption from seizure — Creditor of Indian band attempting to garnish funds in off-reserve financial institution — Funds paid to band by federal government pursuant to Comprehensive Funding Arrangement — Whether funds exempted from seizure by virtue of s. 89 or s. 90(1)(b) of Indian Act — Whether funds notionally "situated on a reserve" — Whether funds paid to band pursuant to "treaty or agreement" — Meaning of word "agreement" in s. 90(1)(b) of Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 89, 90(1)(b).*

The appellant Indian band resides on an isolated reserve in northern Manitoba. It has adhered to Treaty No. 5 with the federal government and, in exchange for the extinguishment of claims, the Crown agreed, *inter alia*, to provide annual grants and to maintain schools. The band is entirely funded by the federal government under a Comprehensive Funding Arrangement ("CFA") pursuant to which funds for various programs are

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit des Autochtones — Biens situés sur une réserve — Insaisissabilité — Saisie-arrêt de fonds déposés dans une institution financière hors réserve demandée par un créancier d'une bande indienne — Fonds versés à la bande par le gouvernement fédéral en application d'une entente globale de financement — Les articles 89 et 90(1)b) de la Loi sur les Indiens rendent-ils les fonds insaisissables? — Les fonds sont-ils théoriquement « situés sur une réserve »? — Ont-ils été versés à la bande en vertu d'un « traité ou accord »? — Portée du mot « accord » employé à l'art. 90(1)b) de la Loi sur les Indiens — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 89, 90(1)b).*

La bande indienne appelante habite une réserve isolée au nord-est du Manitoba. Elle a adhéré au Traité n° 5 liant le gouvernement fédéral et, en contrepartie de la renonciation à ses revendications, Sa Majesté a notamment convenu de lui verser des indemnités annuelles et d'établir des écoles. Le financement de la bande est entièrement assuré par une entente globale de financement (« EGF ») conclue avec le gouvernement

deposited monthly into the band's account in a financial institution in Winnipeg. The respondent company sued the band to obtain payment for construction materials and services it had supplied for projects on the reserve. The parties entered into a consent judgment, but the band was unable to pay. The company served a notice of garnishment on the Winnipeg financial institution. The band moved to set aside the garnishment order on the ground that these were CFA funds that were exempt from seizure under ss. 89 or 90(1)(*b*) of the *Indian Act*. The Master released from garnishment the portion of those monies that he found were CFA funds, but set aside the sum of $125,000. The motions judge concluded that the CFA was an "agreement" under s. 90(1)(*b*) of the Act and that the funds were therefore "deemed always to be situated on a reserve" and were exempt from seizure. The Court of Appeal set aside that decision, holding that s. 89 did not apply, as the funds were not "situated on a reserve", nor were they deemed to be situated on a reserve under s. 90, because they were not paid pursuant to an agreement ancillary to Treaty No. 5.

*Held* (Binnie, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: The CFA funds were not situated on a reserve, and the immunity from seizure granted by s. 89 of the *Indian Act* accordingly does not apply. The expression "situated on a reserve" in s. 89 is to be given its plain and ordinary meaning and is subject to common law and statutory *situs* rules. The location of the bank account is objectively easy to determine: it is located off-reserve at the Winnipeg financial institution. This approach to interpretation is overwhelmingly supported in the case law and by the fact that when Parliament wished to depart from the physically situate test for personal property, it did so expressly, as in s. 90(1)(*b*) of the *Indian Act*, which suggests that other provisions of the Act addressing location should not be interpreted according to a "notional" test. [3] [11] [13] [18-21]

Section 90(1)(*b*) of the *Indian Act* does not extend the immunity from seizure to the CFA funds, because the band has not demonstrated that the disputed funding is protected by virtue of its relationship to treaty obligations. The word "agreement" in s. 90(1)(*b*) should not be construed broadly as extending to any agreement between the government and Indians that confers

fédéral et suivant laquelle des fonds destinés à différents programmes sont versés chaque mois sur le compte de la bande dans une institution financière de Winnipeg. La société intimée a poursuivi la bande pour obtenir paiement de matériaux et de services de construction fournis pour la réalisation de travaux dans la réserve. Jugement sur consentement a été rendu, mais la bande n'a pu acquitter sa dette. La société a signifié un avis de saisie-arrêt à l'institution financière de Winnipeg. La bande a présenté une requête pour faire annuler l'ordonnance de saisie-arrêt au motif que, versés en vertu d'une EGF, les fonds étaient insaisissables par application de l'art. 89 ou de l'al. 90(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens*. Le conseiller-maître a levé la saisie-arrêt à l'égard des fonds qui, selon lui, étaient issus de l'EGF, mais il a bloqué la somme de 125 000 $. Le juge des requêtes a conclu que l'EGF était un « accord » au sens de l'al. 90(1)*b*) de la Loi, en sorte que les fonds étaient « toujours réputés situés sur une réserve » et insaisissables. La Cour d'appel a annulé la décision et statué que l'art. 89 ne s'appliquait pas car les fonds n'étaient ni « situés sur une réserve » ni réputés situés sur une réserve en application de l'art. 90, puisqu'ils n'avaient pas été versés en vertu d'un accord accessoire au Traité n° 5.

*Arrêt* (les juges Binnie, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein : Les fonds issus de l'EGF n'étaient pas situés sur une réserve, de sorte que l'insaisissabilité prévue à l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens* ne s'applique pas. Les mots « situés sur une réserve » employés à l'art. 89 doivent être interprétés suivant leur sens ordinaire et naturel, sous réserve des règles relatives au *situs* issues de la common law et de la loi. Le *situs* du compte bancaire est facile à déterminer objectivement : il se trouve à l'extérieur de la réserve, dans l'institution financière de Winnipeg. Une jurisprudence abondante et le fait que lorsqu'il a voulu écarter le critère de l'emplacement physique des biens meubles, le législateur l'a fait expressément, comme à l'al. 90(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens*, appuient cette interprétation, ce qui donne à penser que l'interprétation des autres dispositions de la Loi portant sur l'emplacement ne devrait pas se fonder sur une « fiction ». [3] [11] [13] [18-21]

L'alinéa 90(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens* ne soustrait pas à la saisie les fonds issus de l'EGF, car la bande n'a pas établi leur rattachement à des obligations découlant d'un traité. Le mot « accord » qui y figure ne doit pas être interprété largement de façon à englober toute entente entre le gouvernement et les Indiens qui confère des avantages liés ou non à des « services publics ».

benefits or "public sector services" benefits, but should be confined to property that enures to Indians pursuant to agreements that are ancillary to, or that flesh out, treaty obligations of the Crown. [1] [25] [27] [73]

The history of s. 90(1)(*b*) supports a narrow interpretation of the word "agreement". For decades, Parliament's approach to Indian property was a paternalistic one under which virtually all property that could be traced to treaties with or gifts from the Crown was exempt from seizure. In 1951, Parliament revised the *Indian Act*, signalling an intention to encourage Indian entrepreneurship and self-government. This new approach is consistent with an intention to confine protection from seizure to benefits flowing from treaties. To exempt property broadly would be inconsistent with self-sufficiency, because it would deprive Indian communities of credit, which is a cornerstone of economic development. But to eliminate all protection would neglect the persistent concerns about exploitation. These potentially conflicting policy considerations suggest that Parliament wanted to provide limited protection for treaty entitlements while not interfering with the ability of Indians to achieve great economic independence. Given that our Constitution also grants a special place to treaty obligations, Parliament's decision to distinguish between treaty and non-treaty property in the statutory scheme is not one that the Court can or should disturb. [37] [40] [55] [66-67]

The rules of statutory interpretation also lead to the conclusion that the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) must be interpreted narrowly. Pursuant to the "associated meaning" principle, which functions as an aid to ascertaining Parliament's intention, the words "treaty" and "agreement", being linked, take colour from one another, which limits the scope of the broader term "agreement" such that it is as supplementary to the narrower term "treaty". Furthermore, it is presumed that Parliament avoids superfluous or meaningless words. If "agreement" were to be interpreted broadly to cover all types of agreements between Indians and the government, then the word "treaty" would have no role to play. Lastly, the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) must be read narrowly, because the *Indian Act*'s exemption provisions not only create limited exceptions to the general rule that the provincial credit regimes will apply to Indian property, but also limit the ability of aboriginal peoples to access credit, which is a significant deterrent to financing business activity on-reserve. [31] [34-39] [42]

Seuls doivent être protégés les biens qui échoient aux Indiens en vertu d'accords qui sont accessoires aux obligations de Sa Majesté découlant d'un traité ou qui précisent celles-ci. [1] [25] [27] [73]

L'historique de l'al. 90(1)*b*) étaye l'interprétation stricte du terme « accord ». Pendant des décennies, le législateur a appliqué une politique paternaliste à l'égard des biens des Indiens, les soustrayant à la saisie dans presque tous les cas où ils pouvaient être reliés à un traité ou à un présent de Sa Majesté. En 1951, la *Loi sur les Indiens* a été révisée et le législateur a manifesté l'intention d'encourager l'esprit d'entreprise et l'autonomie des Indiens. Cette nouvelle approche est compatible avec la volonté de ne rendre insaisissables que les avantages découlant de traités. Une exemption générale irait à l'encontre de l'indépendance financière, car elle priverait les collectivités autochtones d'un élément fondamental du développement économique, l'accès au crédit. Or, supprimer toute protection ferait fi des craintes d'exploitation toujours présentes. Ces considérations de politique générale potentiellement contradictoires permettent de conclure que le législateur a voulu accorder une certaine protection aux droits issus de traités sans toutefois empêcher les Indiens d'acquérir une grande indépendance financière. Comme notre Constitution reconnaît par ailleurs une importance particulière aux obligations découlant d'un traité, la décision du législateur d'établir une distinction entre les biens issus d'un traité et les autres n'en est pas une à laquelle la Cour peut ou doit toucher. [37] [40] [55] [66-67]

Les règles d'interprétation législative permettent aussi de conclure que le mot « accord » employé à l'al. 90(1)*b*) doit être interprété de manière stricte. Suivant la règle des mots associés, qui contribue à déterminer l'intention du législateur, les mots « traité » et « accord », du fait de leur juxtaposition, déteignent l'un sur l'autre, ce qui limite la portée du terme général « accord », qui s'entend dès lors d'un accord accessoire à un « traité », terme à la portée restreinte. En outre, le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens. Si on interprète largement le terme « accord » de façon qu'il s'entende de tout accord entre les Indiens et le gouvernement, le mot « traité » ne joue aucun rôle. Enfin, à l'al. 90(1)*b*), le mot « accord » doit être interprété strictement parce que les dispositions en cause de la *Loi sur les Indiens* ne font pas que prévoir des exceptions précises à l'application de la règle générale selon laquelle les biens des Indiens sont assujettis aux régimes provinciaux sur le crédit, mais empêchent également les peuples autochtones d'avoir accès au crédit, ce qui constitue un obstacle important au financement de toute activité commerciale dans les réserves. [31] [34-39] [42]

Here, the record does not permit the Court to make a determination about the precise relationship between the CFA funds and the Crown's treaty obligations. The CFA funds in the case at bar are blended, and if parts of them relate to treaty obligations, they have not been segregated by either the Crown or the band. While any portion of the CFA funds that flows directly from treaty obligations is entitled to protection under s. 90(1)(*b*), the band has failed to discharge its onus to establish the connection between funds it claims were protected and the Crown's treaty obligations. [76]

*Per* Binnie, Fish and Abella JJ. (dissenting): The CFA between the band and the Crown is a "treaty or agreement" pursuant to s. 90(1)(*b*) of the *Indian Act* so that funds flowing to the band under the CFA should be exempt from garnishment. Because the CFA is an agreement to provide on-reserve essential public services, s. 90(1)(*b*) places those CFA funds given by the federal Crown to a band under ss. 87 and 89 protection. Without this protection, seizure of CFA monies would inevitably impair the band's capacity to deliver these essential services to its members. Section 90(1)(*b*) also protects the interest of taxpayers in ensuring that funds transferred by Parliament to a band for housing, education, infrastructure, health and welfare, are used for the designated purposes, and not, as here, diverted to other purposes chosen by the band. [77] [79] [83] [87]

The outcome of the appeal turns on whether s. 90(1)(*b*) truly requires the CFA to be "ancillary" to a "treaty" at all. While the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) draws its meaning from context, that context has little to do with treaties, but rather forms part of a larger legislative initiative taken to protect and encourage the survival of reserves as liveable communities and to ensure that public monies "given" to an Indian band for essential public services on the reserve are used for the intended purposes. Only a purposeful as opposed to restrictive reading of s. 90(1)(*b*) will accomplish that objective. If a narrow interpretation of s. 90(1)(*b*) is adopted, only the more economically developed bands served on the reserve by a deposit-taking financial institution will paradoxically receive their CFA funds free from the threat of attachment and execution. [81] [90] [108] [134] [141]

Section 90(1)(*b*) should apply as much to bands dispossessed of their traditional lands without a treaty as to those with whom treaties were made. CFAs for education, housing, health and welfare are intimately linked to enabling Indians to continue on their lands and are in the nature of government to government

En l'espèce, le dossier ne permet pas à la Cour de discerner un lien précis entre les fonds issus de l'EGF et les obligations de Sa Majesté découlant d'un traité. Ces fonds sont confondus, et si certaines sommes se rattachent à des obligations découlant d'un traité, ni Sa Majesté ni la bande ne l'ont précisé. Toute partie des fonds issus de l'EGF qui est directement liée à de telles obligations est clairement protégée par l'al. 90(1)*b*), mais la bande ne s'est pas acquittée de sa charge d'établir le lien entre les fonds dont elle allègue l'insaisissabilité et les obligations contractées par Sa Majesté dans un traité. [76]

*Les* juges Binnie, Fish et Abella (dissidents) : L'EGF entre la bande et Sa Majesté constitue un « traité ou accord » au sens de l'al. 90(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens*, de sorte que les fonds versés à la bande conformément à l'EGF devraient échapper à la saisie-arrêt. Comme l'EGF vise la prestation de services publics essentiels dans la réserve, l'al. 90(1)*b*) fait bénéficier les fonds versés par l'État fédéral de la protection prévue aux art. 87 et 89. À défaut d'une telle protection, la saisie des fonds issus de l'EGF diminuera inévitablement la capacité de la bande d'offrir ces services essentiels à ses membres. L'alinéa 90(1)*b*) protège également l'intérêt du contribuable en ce qu'il fait en sorte que les fonds publics versés à une bande pour le logement, l'éducation, les équipements, la santé et l'aide sociale soient affectés à ces domaines et non, comme en l'espèce, à d'autres postes au gré de la bande. [77] [79] [83] [87]

L'issue du pourvoi dépend de la question de savoir si l'al. 90(1)*b*) exige même que l'EGF soit « accessoire » à un traité. Le mot « accord » employé à cet alinéa tire son sens du contexte, mais ce dernier a peu à voir avec les traités et s'inscrit plutôt dans une démarche législative générale visant à faire en sorte que les réserves soient des collectivités viables et que les fonds publics « donnés » à une bande indienne pour la prestation de services publics essentiels dans la réserve soient employés à cette fin. Seule une interprétation téléologique plutôt que restrictive de l'al. 90(1)*b*) permet d'atteindre cet objectif. Si cette disposition est interprétée de manière stricte, seules les bandes prospères ayant accès à une institution financière de dépôt dans leurs réserves verront paradoxalement les fonds issus d'une EGF protégés contre la saisie et l'exécution. [81] [90] [108] [134] [141]

L'alinéa 90(1)*b*) doit s'appliquer aux bandes dépouillées de leurs terres ancestrales, qu'elles aient conclu un traité ou non. Les ententes globales de financement visant l'éducation, le logement, la santé et l'aide sociale sont intimement liées à la volonté de permettre aux Indiens de continuer d'occuper leurs terres et

transfer payments. The purpose of these agreements is to provide the same essential services to Aboriginal communities as are provided to other Canadians by their provincial, territorial and municipal governments. If s. 90(1)(*b*) is narrowly construed to cover only funds transferred to Indian bands by the federal Crown pursuant to agreements that "flesh out" treaty terms, bands without treaties would not obtain the same protection from attachment and seizure as treaty bands. This would mean that s. 90(1)(*b*) would operate inequitably among bands in relation to the same types of CFA funding for the same essential on-reserve services. Such a lack of equity ought not to be attributed to Parliamentary intent in the absence of very clear language. In addition, even among the treaties, the enumerated benefits vary greatly and it should not be concluded that Parliament intended that monies could be garnisheed in the case of some Indian reserves but not others. To the extent the exemption in s. 90 is seen as part of the purchase price for the cession of land, it makes little difference to the dispossessed whether dispossession occurred by agreement or not. The narrow interpretation of s. 90(1)(*b*) would result in a checkerboard of exemptions and non-exemptions across the country determined by the vagaries of the treaty-making process rather than rational legislative policy. [95] [103] [106] [116] [121] [123-124] [128]

The expenditures of the appellant band council show that its spending priorities are different from the CFA priorities. If the garnishee is successful there will not be enough CFA money left to pay for essential public services. This means either band members will live in the "third world conditions" described in the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996) ("RCAP"), or the federal government will step in at some stage to fund the delivery of the essential services it had already funded under the CFA but which funds were diverted to other priorities determined by the band council. The first alternative is to perpetuate what RCAP calls a national embarrassment. The other alternative is for the public to pay twice. Neither is palatable public policy. Parliament cannot have intended an interpretation of s. 90(1)(*b*) that creates such a Hobson's choice. [85] [149]

A public sector services funding approach, which would exclude commercial dealings but include CFA funds provided by the federal government for health, education, housing, welfare and infrastructure, is consistent with the text, context and purpose of the relevant provisions of the *Indian Act* for the following reasons. Firstly, the text of s. 90(1)(*b*) does not qualify

constituent des paiements de transfert d'un gouvernement à un autre. Elles visent à fournir aux collectivités autochtones les services essentiels offerts aux autres Canadiens par leurs gouvernements provinciaux, territoriaux ou municipaux. Si l'on interprète strictement l'al. 90(1)*b*) de façon qu'il ne protège que les fonds versés à une bande indienne par Sa Majesté en vertu d'un accord qui « précise » le libellé d'un traité, les bandes non liées par un traité n'ont pas droit à la protection contre les saisies accordée aux bandes liées par un traité. La disposition s'appliquerait donc de manière inéquitable aux différentes bandes pour le même type de financement par EGF visant les mêmes services essentiels dans une réserve. En l'absence d'un libellé très clair en ce sens, le législateur n'a pu vouloir une telle iniquité. De plus, même d'un traité à l'autre, les avantages énumérés varient énormément et l'on ne saurait conclure que le législateur a voulu qu'une somme puisse être saisie-arrêtée dans le cas de certaines réserves indiennes, et pas dans d'autres. Dans la mesure où les exceptions prévues à l'art. 90 sont considérées comme un élément de la contrepartie versée pour la cession des terres, il importe peu au dépossédé que la dépossession soit issue ou non d'un accord. L'interprétation stricte de l'al. 90(1)*b*) donnera lieu à un quadrillage d'exemptions et de non-exemptions fondé sur les aléas de la conclusion des traités plutôt que sur une politique législative rationnelle. [95] [103] [106] [116] [121] [123-124] [128]

Il appert des dépenses engagées par le conseil de la bande appelante que ses priorités diffèrent de celles qui sous-tendent l'EGF. Si les fonds sont saisis-arrêtés, il n'y aura plus assez d'argent pour les services publics essentiels. Cela signifie que les membres de la bande devront vivre dans les conditions misérables décrites dans le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996) (« CRPA ») ou que le gouvernement fédéral devra intervenir à un moment donné pour financer de nouveau les services essentiels visés par l'EGF, les fonds déjà versés ayant été affectés à d'autres priorités du conseil de bande. La première éventualité perpétuerait ce que la CRPA qualifie de situation gênante pour les Canadiens, la deuxième ferait payer le contribuable deux fois. Ni l'une ni l'autre ne constitue une politique gouvernementale acceptable. Le législateur ne peut avoir voulu que l'interprétation de l'al. 90(1)*b*) mène ainsi à un choix qui n'en est pas un. [85] [149]

L'interprétation fondée sur le financement des services publics, qui exclut les opérations commerciales, mais englobe les fonds versés par le gouvernement fédéral en vertu d'une EGF pour la santé, l'éducation, le logement, l'aide sociale et les équipements, est compatible avec le libellé, le contexte et l'objet des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*. Premièrement,

the term "agreement" but is part of a legislative package which bears the impress of the Crown's obligations to native peoples generally. Secondly, the suggested approach would avoid tying the exemption to the historical anomalies created by the treaty-making process. Thirdly, it puts the focus on the reserve where the needs of the band are to be met rather than on where the federal funds voted by Parliament for that purpose happen to be on deposit — in this case, off-reserve. Fourthly, it avoids differential treatment of CFA funds depending on whether the band is rich enough to attract to its reserve a branch of a deposit-taking financial institution. [132-133] [135-139]

To impose an onus on the band to prove which parts of CFA funding on deposit at any particular time "flesh out" treaty commitments of the Crown and which parts of CFA funding do not, is a burden they cannot discharge, given the deposit of blended monthly payments which are not segregated on a project by project basis. The objective of predictability and certainty in economic relations between First Nations and non-aboriginal people is better served by a categorical denial of execution and garnishment of CFA funds whether those funds are parked at a financial institution on or off the reserve. [145-146]

**Cases Cited**

By McLachlin C.J.

**Applied:** *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; **distinguished:** *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; **referred to:** *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34; *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72.

By Binnie J. (dissenting)

*Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Sturgeon Lake Indian Band v. Tomporowski Architectural Group Ltd.* (1991), 95 Sask. R. 302; *Royal Bank of Canada v.*

l'al. 90(1)*b*) ne restreint pas la portée du mot « accord », mais fait partie d'un « ensemble législatif » qui énonce les obligations de Sa Majesté envers les peuples autochtones en général. Deuxièmement, l'interprétation préconisée évite de lier l'exception aux disparités historiques engendrées par le processus de conclusion des traités. Troisièmement, elle s'attache à la réserve, où doivent être satisfaits les besoins de la bande, et non au lieu du dépôt des fonds votés par le Parlement — en l'occurrence, à l'extérieur de la réserve. Quatrièmement, elle permet d'éviter que les fonds versés conformément à une EGF soient traités différemment selon que la bande dispose ou non de moyens suffisants pour attirer une institution financière de dépôt dans sa réserve. [132-133] [135-139]

Exiger de la bande qu'elle départage les fonds issus de l'EGF et versés sur son compte qui concourent à « précis[er] les engagements de Sa Majesté suivant un traité » et ceux qui n'y concourent pas c'est lui imposer un fardeau dont elle ne peut s'acquitter puisque les fonds déposés chaque mois sur son compte sont confondus et non ventilés. La prévisibilité et la certitude des relations financières entre les Premières Nations et les non-Autochtones sont mieux assurées par la protection absolue des fonds issus d'une EGF contre la saisie-arrêt ou l'exécution, que ces fonds soient déposés dans une institution financière située ou non dans la réserve. [145-146]

**Jurisprudence**

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués :** *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; **distinction d'avec l'arrêt :** *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; **arrêts mentionnés :** *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Marche c. Cie d'assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Sturgeon Lake Indian Band c. Tomporowski Architectural Group Ltd.* (1991), 95 Sask. R. 302; *Royal Bank of Canada c.*

*White Bear Indian Band*, [1992] 1 C.N.L.R. 174; *Young v. Wolf Lake Indian Band* (1999), 164 F.T.R. 123; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, aff'g (1989), 58 D.L.R. (4th) 117, aff'g (1984), 15 D.L.R. (4th) 321; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd [1965] S.C.R. vi; *Peace Hills Trust Co. v. Moccasin* (2005), 281 F.T.R. 201, 2005 FC 1364; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37.

**Statutes and Regulations Cited**

*An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42*, S.C. 1869, c. 6.

*An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., c. 74, s. VIII.

*An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ord[i]nance Lands*, S.C. 1868, c. 42.

*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1906, c. 20.

*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1938, c. 31, s. 2.

*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).

*Constitution Act, 1982*, s. 35(3).

*Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 32, 34.

*Indian Act*, R.S.C. 1886, c. 43.

*Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 94B, 108.

*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 87, 88, 89, 90.

*Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, ss. 88, 89.

*Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18.

*Indian Act, 1880*, S.C. 1880, c. 28.

*Trust and Loan Companies Act*, S.C. 1991, c. 45.

**Treaties and Proclamation**

*Royal Proclamation* (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.

Treaty No. 5 (1875).

Treaty No. 6 (1876).

**Authors Cited**

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 4th Sess., 21st Parl., March 16, 1951, p. 1352.

*White Bear Indian Band*, [1992] 1 C.N.L.R. 174; *Young c. Bande de Wolf Lake*, [1999] A.C.F. nº 253 (QL); *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, conf. (1989), 58 D.L.R. (4th) 117, conf. (1984), 15 D.L.R. (4th) 321; *R. c. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, conf. par [1965] R.C.S. vi; *Peace Hills Trust Co. c. Première nation Saulteaux*, [2005] A.C.F. nº 1646 (QL), 2005 CF 1364; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37.

**Lois et règlements cités**

*Acte des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 43.

*Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18.

*Acte modifiant l'Acte des sauvages*, S.C. 1906, ch. 20.

*Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., ch. 74, art. VIII.

*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6.

*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42.

*Acte relatif aux Sauvages, 1880*, S.C. 1880, ch. 28.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(3).

*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 94B, 108.

*Loi modifiant la Loi des Indiens*, S.C. 1938, ch. 31, art. 2.

*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 32, 34.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87, 88, 89, 90.

*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 88, 89.

*Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, ch. 45.

**Traités et proclamation**

*Proclamation royale* (1763), L.R.C. 1985, app. II, nº 1.

Traité nº 5 (1875).

Traité nº 6 (1876).

**Doctrine citée**

Canada. Affaires indiennes et du Nord. Centre de recherches historiques et d'étude des traités. *Historique de la Loi sur les Indiens*, 2e éd. par Robert G. Moore. Ottawa : Le Centre, 1978.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 18th Parl., May 30, 1938, pp. 3349-50.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 135, No. 176, 1st Sess., 36th Parl., February 8, 1999, p. 11602.

Canada. Indian Affairs and Northern Development. *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 1997.

Canada. Indian Affairs and Northern Development. *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan: A Progress Report*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2000.

Canada. Indian and Northern Affairs. Treaties and Historical Research Centre. *The Historical Development of the Indian Act*, 2nd ed. by Robert G. Moore. Ottawa: The Centre, 1978.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.

Canada. Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Indian Act. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 5, p. 187, Fourth Report, June 22, 1948.

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on which They were Based, and Other Information Related Thereto*. Toronto: Prospero Books, 2000, reprint of 1880 edition.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Scott C.J.M. and Philp and Hamilton JJ.A.) (2005), 192 Man. R. (2d) 82, 340 W.A.C. 82, 251 D.L.R. (4th) 93, 8 C.B.R. (5th) 244, 50 C.L.R. (3d) 17, [2005] 2 C.N.L.R. 155, [2006] 1 W.W.R. 486, [2005] M.J. No. 29 (QL), 2005 MBCA 22, allowing an appeal from a decision of Sinclair J. (2004), 186 Man. R. (2d) 31, [2004] 3 C.N.L.R. 192, [2004] M.J. No. 281 (QL), 2004 MBQB 156, dismissing an appeal against an order issued by Senior Master Lee. Appeal dismissed, Binnie, Fish and Abella JJ. dissenting.

Canada. Affaires indiennes et du Nord canadien. *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*. Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997.

Canada. Affaires indiennes et du Nord canadien. *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones : Rapport d'étape*. Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2000.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 4e sess., 21e lég., 16 mars 1951, p. 1380.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3e sess., 18e lég., 30 mai 1938, p. 3423.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, nº 176, 1re sess., 36e lég., 8 février 1999, p. 11602.

Canada. Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour continuer et terminer l'étude de la Loi des Indiens. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule nº 5, p. 23, Quatrième rapport, 22 juin 1948.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, vol. 3, *Vers un ressourcement*. Ottawa : La Commission, 1996.

Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on which They were Based, and Other Information Related Thereto*. Toronto : Prospero Books, 2000, reprint of 1880 edition.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (le juge en chef Scott et les juges Philp et Hamilton) (2005), 192 Man. R. (2d) 82, 340 W.A.C. 82, 251 D.L.R. (4th) 93, 8 C.B.R. (5th) 244, 50 C.L.R. (3d) 17, [2005] 2 C.N.L.R. 155, [2006] 1 W.W.R. 486, [2005] M.J. No. 29 (QL), 2005 MBCA 22, qui a accueilli l'appel contre une décision du juge Sinclair (2004), 186 Man. R. (2d) 31, [2004] 3 C.N.L.R. 192, [2004] M.J. No. 281 (QL), 2004 MBQB 156, qui avait rejeté l'appel contre l'ordonnance du conseiller-maître principal Lee. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, Fish et Abella sont dissidents.

*George J. Orle, Q.C.*, and *Daryl A. Chicoine*, for the appellant.

*James A. Mercury* and *Betty A. Johnstone*, for the respondent.

*Graham R. Garton, Q.C.*, and *John S. Tyhurst*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Jack R. London, Q.C.*, and *Bryan P. Schwartz*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*P. Michael Jerch* and *Louis Harper*, for the intervener Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

1 The appeal concerns the scope of ss. 89 and 90 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. These provisions, designed to prevent the erosion of property belonging to Indians *qua* Indians, confer immunity from seizure by creditors. The question on this appeal is whether ss. 89 and 90 extend this immunity to funds provided under individualized Comprehensive Funding Arrangements ("CFAs") between the federal government and aboriginal bands.

2 The case at bar involves band funds that have been deposited in an off-reserve account pursuant to a CFA between the God's Lake Band and the federal government. As part of a "co-management" approach to governance, the CFA funds are designed to be spent exclusively for certain designated purposes. One of these purposes — namely, on-reserve education — appears closely related to the Crown's obligations under Treaty No. 5 (1875), to which the band adhered in 1909. Others seem only indirectly related to such obligations. Still others seem to fall entirely outside the treaty obligations. The respondent, a creditor of the band that has obtained a consent judgment and garnishment order, is seeking to seize the funds.

*George J. Orle, c.r.*, et *Daryl A. Chicoine*, pour l'appelante.

*James A. Mercury* et *Betty A. Johnstone*, pour l'intimée.

*Graham R. Garton, c.r.*, et *John S. Tyhurst*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Jack R. London, c.r.*, et *Bryan P. Schwartz*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*P. Michael Jerch* et *Louis Harper*, pour l'intervenant Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

Le présent pourvoi a pour objet la portée des art. 89 et 90 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui, afin d'empêcher l'effritement du patrimoine détenu par les Indiens en tant qu'Indiens, soustraient certains biens à la saisie par un créancier. La question en litige est la suivante : l'exception prévue aux art. 89 et 90 s'applique-t-elle aux fonds versés en vertu d'une entente globale de financement (« EGF ») individualisée intervenue entre le gouvernement fédéral et une bande autochtone?

En l'espèce, les fonds ont été versés sur un compte situé à l'extérieur de la réserve en application d'une EGF intervenue entre la bande de God's Lake et le gouvernement fédéral. Conformément au principe de la « cogestion » privilégié en matière de gouvernance, les fonds issus de l'EGF ne doivent être affectés qu'à certains domaines, et l'un d'eux — l'éducation dans la réserve — semble étroitement lié aux obligations de Sa Majesté découlant du Traité nº 5 (1875), auquel la bande a adhéré en 1909. D'autres n'ont apparemment qu'un lien indirect avec ces obligations. D'autres encore y paraissent totalement étrangers. Après avoir obtenu un jugement sur consentement et une ordonnance de saisie-arrêt, l'intimée, un créancier de la bande, tente d'obtenir la saisie des fonds.

I conclude that the funds in question are not protected directly by s. 89 of the *Indian Act*, which protects only property situated on a reserve. Nor, in my opinion, did the band discharge its burden of establishing protection under s. 90(1), which immunizes from seizure funds given "under a treaty or agreement". Accordingly, I would dismiss the appeal.

## 2. Issues

The appeal raises two issues:

1. How should the location of a banking debt be determined for the purposes of s. 89(1)? Is the debt protected because it is notionally on reserve?

2. Do the words "personal property . . . given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty" in s. 90(1)(*b*) apply to the funds provided under the CFA in the case at bar?

## 3. The Statute

Under s. 89 of the *Indian Act*, property situated on a reserve is protected from seizure. Under s. 90, other property may be deemed to be so situated for the purposes of taxation or seizure. The provisions read:

**89.** (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band.

(1.1) Notwithstanding subsection (1), a leasehold interest in designated lands is subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress and execution.

(2) A person who sells to a band or a member of a band a chattel under an agreement whereby the right of property or right of possession thereto remains wholly or in part in the seller may exercise his rights under the

Je conclus que les fonds en cause ne sont pas protégés directement par l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens*, qui ne vise que les biens situés sur une réserve. Je ne crois pas non plus que la bande s'est acquittée de sa charge d'établir qu'ils le sont sous le régime du par. 90(1), qui rend insaisissables les fonds donnés « en vertu d'un traité ou accord ». Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi. 3

## 2. Questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions : 4

1. Comment doit-on déterminer le *situs* d'une dette bancaire pour l'application du par. 89(1)? La dette est-elle protégée du fait qu'elle est théoriquement située dans la réserve?

2. Les « biens meubles [. . .] donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté » au sens de l'al. 90(1)*b*) englobent-ils les fonds versés en application de l'EGF conclue en l'espèce?

## 3. La loi

L'article 89 de la *Loi sur les Indiens* protège contre la saisie les biens situés sur une réserve. L'article 90 dispose que d'autres biens peuvent être réputés situés sur une réserve pour les besoins de la taxation ou de la saisie. Ces dispositions sont rédigées comme suit : 5

**89.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande.

(1.1) Par dérogation au paragraphe (1), les droits découlant d'un bail sur une terre désignée peuvent faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution.

(2) Une personne, qui vend à une bande ou à un membre d'une bande un bien meuble en vertu d'une entente selon laquelle le droit de propriété ou le droit de possession demeure acquis en tout ou en partie au

agreement notwithstanding that the chattel is situated on a reserve.

**90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

(*a*) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(*b*) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

The provisions were initially adopted, in almost identical form, as ss. 88 and 89 in the *Indian Act* reforms of 1951 (S.C. 1951, c. 29).

4. Judicial History

6 Senior Master Lee of the Court of Queen's Bench of Manitoba found that there was a strong likelihood that some of, if not all, the attached monies had been received pursuant to a CFA. He stated that the monies were for essential services on the reserve and were "clearly in keeping with the public policy behind the development of the protection afforded pursuant to ss. 89 and 90 of *The Indian Act*". He rejected arguments regarding *situs* under the *Trust and Loan Companies Act*, S.C. 1991, c. 45. After verification of the portion of the monies received under the CFA, Senior Master Lee ordered $518,838.55 released from garnishment. $125,000 was set aside pending the resolution of the issues before us.

7 On appeal, Sinclair J. of the Court of Queen's Bench first asked whether the funds were "property situated on a reserve" and thus protected from seizure by s. 89 of the *Indian Act*. He rejected the common law natural meaning approach to *situs* in favour of a connecting factors test aimed at identifying a discernible nexus between the property in question and the Indian occupation of reserve land. He identified and considered seven factors: the nature of the CFA; the purpose of the funds provided; the location of the recipient band under the CFA; the location of the account into which the

vendeur, peut exercer ses droits aux termes de l'entente, même si le bien meuble est situé sur une réserve.

**90.** (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été :

*a*) soit achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes;

*b*) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours réputés situés sur une réserve.

Ces dispositions ont été adoptées initialement lors de la réforme de 1951 (*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29), sous une forme quasi identique, à titre d'art. 88 et 89.

4. Historique des procédures judiciaires

Le conseiller-maître Lee, de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, a conclu à la grande probabilité qu'une partie de la somme saisie, sinon la totalité, ait été obtenue en application d'une EGF. Selon lui, les fonds étaient affectés à des services essentiels dans la réserve et le financement était [TRADUCTION] « clairement conforme au principe général sous-tendant la protection prévue aux art. 89 et 90 de la *Loi sur les Indiens* ». Il a rejeté les arguments fondés sur le *situs* au sens de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, ch. 45. Après avoir déterminé la partie des fonds issus de l'EGF, le conseiller-maître Lee a ordonné que la somme de 518 838,55 $ fasse l'objet d'une mainlevée. La somme de 125 000 $ a été bloquée jusqu'au règlement des questions en litige par notre Cour.

En appel, le juge Sinclair, de la Cour du Banc de la Reine, s'est d'abord demandé si les fonds étaient des « biens situés sur une réserve » et, de ce fait, insaisissables en application de l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens*. Pour déterminer le *situs*, il a écarté l'interprétation selon le sens naturel fondée sur la common law, au bénéfice du critère des facteurs de rattachement, qui consiste à établir un lien discernable entre les biens et l'occupation autochtone du territoire de la réserve. Il a retenu sept facteurs : la nature de l'EGF, l'affectation projetée des fonds, le *situs* de la bande bénéficiaire suivant l'EGF, le

funds were deposited; the location of expenditures from the fund; the intended beneficiaries or recipients of payment from the fund; and the importance of the fund to the band's ability to occupy the reserve. Sinclair J. concluded that the funds constituted Indian property closely related to Indian occupation of reserve land and that they ought to be protected from seizure. He held:

> . . . I am satisfied that there is more than a discernable nexus between the funds and the Band's ability to occupy its reserve. The connecting factors in this case are quite strong. That causes me to conclude that the funds are protected from seizure pursuant to s. 89 of the *Indian Act* regardless of s. 90.
>
> ((2004), 186 Man. R. (2d) 31, 2004 MBQB 156, at para. 83)

Sinclair J. went on to consider whether the funds were also protected by s. 90 of the *Indian Act*. He concluded that the CFA was an "agreement" within the meaning of s. 90, rejecting the view expressed in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 134-42, *per* La Forest J., that for an agreement to come within s. 90, it must be connected to a treaty. Turning to the CFA at issue, Sinclair J. found that

> while it seems clear that the agreement between the Band and Canada was intended in part to allow Canada to fulfill its treaty obligations (for health and education for example), for the most part, the CFA covers areas of funding not mentioned in Treaty No. 5. [para. 87]

Being unable to say what portion of the CFA related to the treaty obligation made "no difference" given the broad meaning he accorded to the word "agreement" in s. 90. He concluded:

> I am of the view that the CFA reflects the federal government's responsibilities for Indians and lands reserved for Indians under s. 91(24) of the *Constitution Act 1867*. Such an agreement, therefore, is covered by s. 90 of the *Indian Act*. As such, the funds deposited in the Band's bank account at Peace Hills were deemed always to be

*situs* du compte sur lequel les fonds ont été versés, le *situs* des dépenses imputées aux fonds, les personnes censées toucher des sommes par prélèvement sur les fonds et l'importance des fonds pour la bande et son aptitude à occuper la réserve. Il a estimé que les fonds constituaient des biens détenus par des Indiens, qu'ils avaient un lien étroit avec l'occupation autochtone du territoire de la réserve et qu'ils devaient être soustraits à la saisie. Il a conclu :

> [TRADUCTION] . . . je suis convaincu qu'il y a plus qu'un lien discernable entre les fonds et l'aptitude de la bande à occuper sa réserve. Les facteurs de rattachement sont en l'espèce très nets, ce qui m'amène à conclure que les fonds sont insaisissables suivant l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens*, indépendamment de l'art. 90.
>
> ((2004), 186 Man. R. (2d) 31, 2004 MBQB 156, par. 83)

Le juge Sinclair s'est ensuite demandé si les fonds bénéficiaient également de la protection prévue à l'art. 90 de la *Loi sur les Indiens*. Il a estimé que l'EGF était un « accord » au sens de cet article, faisant fi de l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, où le juge La Forest a opiné que l'accord visé à l'art. 90 doit être lié à un traité (p. 134-142). Le juge Sinclair a conclu ce qui suit au sujet de l'EGF :

> [TRADUCTION] Bien qu'il paraisse évident que l'accord entre la bande et le gouvernement fédéral devait entre autres permettre à ce dernier de s'acquitter de ses obligations suivant le Traité nº 5 (en matière de santé et d'éducation, par exemple), la plupart des domaines visés par l'EGF ne sont pas mentionnés dans le traité. [par. 87]

Le fait qu'il n'a pas pu dire quelle partie de l'EGF était liée aux obligations issues du traité ne changeait rien, vu son interprétation large du mot « accord » employé à l'art. 90. Il a ajouté :

> [TRADUCTION] Je suis d'avis que l'EGF cadre avec les obligations du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens et des terres réservées pour les Indiens suivant le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle est donc visée à l'art. 90 de la *Loi sur les Indiens*. C'est pourquoi les fonds versés sur le compte de la bande à

situated on an Indian Reserve and therefore not attachable. [para. 87]

8 The Manitoba Court of Appeal, *per* Scott C.J.M. and Philp J.A., allowed the appeal, finding that neither s. 89 nor s. 90 of the *Indian Act* applied to the garnished funds: (2005), 192 Man. R. (2d) 82, 2005 MBCA 22. On s. 89, the court rejected the view that the CFA funds received by the band and deposited in the Winnipeg bank were personal property situated on a reserve. The court held that the motions judge had erred in applying a multi-factored "discernible nexus" test to determine whether the property was on the reserve, and in his evaluation of the factors that tied the band's accounts to the reserve. While the provisions of the Act were to be liberally interpreted in favour of Indians, *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161, at paras. 13-15, made clear that the words "situated on a reserve" in s. 87 should be given their ordinary and common sense meaning and that they do not include "notional situation" on a reserve. The only notional *situs* of personal property for the purposes of ss. 87 and 89 was found in the statutory deeming provisions of s. 90.

9 After reviewing the case law, the court determined that it would be inappropriate to apply a highly contextual test to determine the *situs* of personal property that may be subject to seizure. Even if such a test were applied, however, Scott C.J.M. and Philp J.A. found that the location of the funds in Winnipeg would be determinative:

> We conclude, as did Côté, J.A., in the *Enoch Indian Band* decision, that whether one applies the common law *situs* principles or the *Williams* connecting factors test, the funds on deposit at Peace Hills were not property situated on a reserve. The funds were not exempt from garnishment by the plaintiff by virtue of s. 89 of the *Act*. [para. 91]

10 The court then turned to s. 90. It held that the governing authority was *Mitchell*, which restricted

la succursale de Peace Hills sont réputés avoir toujours été situés sur une réserve indienne et, par conséquent, insaisissables. [par. 87]

Le juge en chef Scott et le juge Philp, de la Cour d'appel du Manitoba ont accueilli l'appel, statuant que ni l'art. 89 ni l'art. 90 de la *Loi sur les Indiens* ne s'appliquaient aux fonds saisis-arrêtés : (2005), 192 Man. R. (2d) 82, 2005 MBCA 22. Au sujet de l'art. 89, la Cour d'appel a rejeté la prétention que les fonds touchés par la bande en application de l'EGF et versés sur son compte à Winnipeg étaient des biens situés sur une réserve. Elle a conclu que le juge des requêtes avait eu tort d'appliquer le critère multifactoriel du [TRADUCTION] « lien discernable » pour déterminer si les biens étaient situés sur la réserve et qu'il avait mal apprécié les facteurs qui rattachaient les comptes de la bande à la réserve. Même si les dispositions de la *Loi sur les Indiens* devaient être interprétées libéralement au profit des Indiens, l'arrêt *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161, par. 13-15, établissait clairement que les mots « situés sur une réserve » employés à l'art. 87 devaient être interprétés suivant leur sens ordinaire et naturel et ne s'entendaient pas de l'« emplacement fictif » sur une réserve. Le seul *situs* fictif possible d'un bien meuble pour l'application des art. 87 et 89 était prévu par la disposition déterminative, l'art. 90.

Après avoir examiné la jurisprudence, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer un critère très contextuel pour déterminer le *situs* d'un bien meuble susceptible d'être saisi. Le juge en chef Scott et le juge Philp ont estimé que même si un tel critère était appliqué, l'emplacement des fonds à Winnipeg serait décisif :

> [TRADUCTION] Nous partageons l'avis du juge Côté dans l'arrêt *Enoch Indian Band* : que l'on applique les principes de la common law en matière de *situs* ou le critère des facteurs de rattachement établi dans l'arrêt *Williams*, les fonds déposés à la succursale de Peace Hills n'étaient pas des biens situés sur une réserve. L'article 89 de la *Loi* ne les soustrayait pas à la saisie-arrêt par la demanderesse. [par. 91]

La Cour d'appel s'est ensuite penchée sur l'art. 90. Elle a conclu que suivant l'arrêt *Mitchell*,

the scope of s. 90(1)(*b*) to personal property that enures to Indians through the discharge by Her Majesty of her treaty or ancillary obligations. It followed that the motions judge's broad reading of "agreement" in s. 90 was untenable. The only question was whether the CFA was ancillary to Treaty No. 5. The court noted that the CFA, for the most part, dealt with areas not covered by Treaty No. 5. There was "no evidence that established an explicit connection between the band's treaty rights and the CFA" (para. 126), and the importance of the funds to the band's viability did not change the agreement's nature.

l'al. 90(1)*b*) ne s'appliquait qu'aux biens meubles qui échoient aux Indiens en exécution d'obligations de Sa Majesté découlant d'un traité ou d'un accord accessoire. Le mot « accord » employé à l'art. 90 ne pouvait donc être interprété largement comme l'avait fait le juge des requêtes. La seule question était de savoir si l'EGF était accessoire au Traité n° 5. La Cour d'appel a signalé que la plupart des domaines visés par l'EGF n'étaient pas mentionnés dans ce traité. Selon elle, [TRADUCTION] « aucun élément n'établissait l'existence d'un lien explicite entre le droit de la bande issu du traité et l'EGF » (par. 126), et l'importance des fonds pour l'avenir de la bande ne modifiait pas la nature de l'entente.

## 5. Analysis

## 5. Analyse

### 5.1 *Determining Location Under Section 89(1)*

### 5.1 *Détermination du situs des biens pour l'application du par. 89(1)*

Section 89(1) of the *Indian Act* provides that "the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band". The question is whether the expression "situated on a reserve" is to be given its plain meaning and subjected to the common law and statutory *situs* rules, or whether it has a more abstract meaning unique to the *Indian Act*.

Le paragraphe 89(1) de la *Loi sur les Indiens* dispose que « les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande ». La question est de savoir si les mots « situés sur une réserve » doivent être interprétés selon leur sens ordinaire et conformément aux règles relatives au *situs* issues de la common law et de la loi, ou si on doit leur attribuer un sens plus abstrait, propre à la *Loi sur les Indiens*. 11

The band relies on *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877. In that case, the issue was whether unemployment insurance benefits received by an Indian were "situated" on the reserve for the purposes of exemption from taxation under the *Indian Act*. The Court, *per* Gonthier J., found that the *situs* for this purpose was on the reserve, having regard to "a number of potentially relevant connecting factors" relating to the transaction and the parties involved (p. 893). Gonthier J., in *obiter*, suggested that the same approach would apply to seizures.

La bande invoque l'affaire *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, où notre Cour devait déterminer si les prestations d'assurance-chômage touchées par un Indien étaient « situées » sur la réserve pour l'application de l'exemption fiscale prévue dans la *Loi sur les Indiens*. Au nom de notre Cour, le juge Gonthier a conclu que dans ce cas, le *situs* était sur la réserve, compte tenu de « plusieurs facteurs de rattachement susceptibles d'être pertinents » en ce qui concerne l'opération et les parties en cause (p. 893). Dans une remarque incidente, le juge Gonthier a laissé entendre que cette interprétation valait également en matière de saisie. 12

13 There is no dispute that under traditional common law approaches and the terms of the *Trust and Loan Companies Act*, the debt at issue here is located off-reserve at the Winnipeg bank branch. The question, therefore, is what approach applies to seizures — the concrete approach of the common law, or the multi-factored notional approach applied to taxation in *Williams*.

14 The band argues that the *Williams* approach better reflects the broader purpose of this protective provision of the *Indian Act*. That purpose, it submits, is to protect assets of Indians *qua* Indians where to permit seizure would neglect the realities of the aboriginal community in question or the options available to the parties. This is particularly true, the band contends, if a link to on-reserve activities is established.

15 Despite its evident appeal, this submission does not withstand scrutiny. Principle, policy and jurisprudence stand against it.

16 First, *Williams* is distinguishable. It was based on a different section of the *Indian Act* and referred to a different kind of property. At issue was s. 87, which accords an exemption from taxation for "personal property of an Indian or a band situated on a reserve". The exemption was permitted in *Williams*, because "the benefits, intangible personal property, were effectively on the reserve at the time of taxation": *Union of New Brunswick Indians*, at para. 12 (emphasis added).

17 As Scott C.J.M. and Philp J.A. note, the Court in *Williams* used a "connecting factors" approach to determine the location of "something that is neither tangible personal property nor a chose in action" (para. 59). It makes sense to adopt a highly fact-specific form of analysis with respect to the location of a *transaction*, such as the provision of benefits, for taxation purposes. In this case, however, as Scott C.J.M. and Philp J.A. point out:

Nul ne conteste que suivant les règles d'interprétation classiques de la common law et le libellé de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, la créance de la bande est située à l'extérieur de la réserve, soit à la succursale de la banque, à Winnipeg. La question est donc de savoir quelle méthode d'interprétation appliquer pour les besoins de la saisie — la méthode concrète de la common law ou celle, théorique et multifactorielle, retenue en matière d'imposition dans l'arrêt *Williams*?

La bande prétend que dans l'arrêt *Williams*, l'interprétation est davantage compatible avec l'objectif plus général de cette disposition protectrice de la *Loi sur les Indiens*. Selon elle, cet objectif est de protéger les biens appartenant aux Indiens en tant qu'Indiens dans le cas où la saisie ferait fi de la situation réelle de la collectivité autochtone en cause ou des choix qui s'offrent aux parties, surtout lorsque l'existence d'un lien avec une activité dans la réserve est établie.

Malgré son attrait manifeste, cette prétention ne résiste pas à l'examen. Principes, politique générale et jurisprudence la réfutent.

Premièrement, l'affaire *Williams* se distingue de la présente espèce. Une autre disposition de la *Loi sur les Indiens* et un autre type de biens étaient en cause. Le litige portait sur l'art. 87, qui exempte de la taxation « les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ». L'exemption a été reconnue au motif que « les prestations, qui sont des biens meubles incorporels, étaient de fait dans la réserve au moment de la taxation » : *Union of New Brunswick Indians*, par. 12 (je souligne).

Comme l'ont signalé le juge en chef Scott et le juge Philp, de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Williams*, notre Cour a employé la méthode des « facteurs de rattachement » pour déterminer le *situs* d'une [TRADUCTION] « chose qui n'est ni un bien meuble corporel ni un droit incorporel » (par. 59). Il convient de recourir à une analyse particulièrement factuelle pour déterminer, aux fins de l'imposition, le *situs* d'une *opération* telle que le versement de prestations. Or, en l'espèce, pour reprendre les propos de ces juges :

[W]e are not concerned with where a transaction is located for the purposes of taxation. We are concerned with the garnishment of the band's funds that are deposited in bank accounts at the Winnipeg branch of Peace Hills. The law is well settled that a bank deposit constitutes a debt owing by the bank to its customer. Gonthier, J., reasoned in *Williams*, it is "not apparent how the place where a debt may normally be enforced has any relevance to the question whether to tax . . . would amount to the erosion of the entitlements of an Indian . . .". On the other hand, the place where a debt may be enforced has everything to do with the seizure of a debt. [Emphasis added; para. 60.]

Adopting the contextual form of analysis developed for cases — such as one involving a taxation transaction — where the location is objectively difficult to determine does not mean that the ordinary sense of "location" should be changed where — as is true of the bank account in the case at bar — the location is objectively easy to determine.

Second, the cases overwhelmingly support a concrete common law interpretation. In *Union of New Brunswick Indians*, writing for the majority of this Court, I confirmed the view of Iacobucci J. in *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, that "on the reserve" is to be given "its ordinary and common sense" meaning throughout the *Indian Act*:

The Court had earlier stated at p. 955 [of *Lewis*] that the phrase should be given the same construction wherever it is used throughout the *Indian Act*. The phrase "situated on a reserve" should be interpreted in the same way. The addition of the word "situated" does not significantly alter the meaning of the phrase in the circumstances of this case . . . .

The only qualification the case law admits to the rule that s. 87 catches only property physically located on a reserve is the rule that where property which was on a reserve moves off the reserve temporarily, the court will ask whether its "paramount location" is on the reserve. [paras. 13-14]

The Court of Appeal in the case at bar found this statement to have "foreclosed the existence of a discernible nexus test that would modify the requirement of s. 87 (and of s. 89) that property must be physically located on a reserve" (para. 34). I agree.

[TRADUCTION] [I]l ne s'agit pas de déterminer le *situs* d'une opération aux fins de l'imposition. C'est de la saisie-arrêt de fonds versés sur les comptes bancaires de la bande à la succursale de Peace Hills située à Winnipeg qu'il est question. Il est bien établi en droit qu'un dépôt bancaire constitue une dette de la banque envers son client. Comme l'a expliqué le juge Gonthier dans l'arrêt *Williams*, « [o]n ne voit pas en quoi le lieu d'exécution normal d'une dette est pertinent pour décider si l'imposition [. . .] représenterait une atteinte aux droits détenus par un Indien [. . .] ». Par contre, le lieu d'exécution d'une dette a tout à voir avec la saisie y afférente. [Je souligne; par. 60.]

18 Le recours à l'analyse contextuelle lorsque le *situs* est difficile à déterminer objectivement — dans le cas d'une opération fiscale, par exemple — n'emporte pas la modification du sens ordinaire du « *situs* » lorsque ce dernier est facile à déterminer objectivement comme dans le cas du compte bancaire considéré en l'espèce.

19 Deuxièmement, la jurisprudence appuie abondamment la méthode d'interprétation concrète issue de la common law. Dans l'arrêt *Union of New Brunswick Indians*, j'ai confirmé au nom des juges majoritaires de notre Cour le point de vue du juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, à savoir que l'expression « sur la réserve » doit recevoir son « sens ordinaire et naturel » partout où elle est utilisée dans la *Loi sur les Indiens* :

La Cour avait précisé, à la p. 955 [de l'arrêt *Lewis*], que l'expression devait être interprétée de la même façon partout où elle était utilisée dans la *Loi sur les indiens*. L'expression « situés sur une réserve » devrait être interprétée de la même manière. L'adjonction du mot « situés » ne modifie pas de façon significative le sens de l'expression dans les circonstances de l'espèce . . .

Le seul tempérament apporté par la jurisprudence à la règle voulant que l'art. 87 vise uniquement les biens se trouvant physiquement dans une réserve est que lorsqu'un bien qui était dans une réserve est placé temporairement à l'extérieur de celle-ci, la cour se demande si son « emplacement prépondérant » est dans la réserve. [par. 13-14]

La Cour d'appel a conclu en l'espèce que cet énoncé [TRADUCTION] « écartait l'existence d'un lien discernable de nature à modifier, à l'art. 87 (et à l'art. 89), l'exigence que les biens se trouvent physiquement dans une réserve » (par. 34). Je suis d'accord.

20 Third, this view is supported by the fact that when Parliament wished to depart from the physically situate test for personal property, it did so expressly by statutory language. Thus, s. 90 provides that personal property given to Indians by the Crown under treaty obligations or purchased by moneys appropriated by Parliament for the benefit of Indians "shall be deemed always to be situated on a reserve". The existence of a deeming provision of this kind suggests that other provisions addressing location should not be interpreted according to a "notional" test.

21 I agree with the Court of Appeal that the funds in the Winnipeg bank account were not "situated on a reserve". Accordingly, the exemption granted by s. 89 of the *Indian Act* does not apply.

### 5.2 *The Exemption Under Section 90(1) of the Indian Act*

22 Section 90(1) of the *Indian Act* reads as follows:

> **90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was
>
> (*a*) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or
>
> (*b*) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,
>
> shall be deemed always to be situated on a reserve.

Is the deposited money at issue in this case covered by this deeming provision, and thus protected from garnishment, because of its source in an "agreement" with the Crown?

23 The appellant band is a 1909 adherent to Treaty No. 5, concluded at Norway House in 1875. In exchange for the extinguishment of claims, the Crown agreed, *inter alia*, to protect traditional activities on the surrendered land, provide annual grants, and maintain schools. In the case at bar, the funds in question were provided through a CFA under which funds are to be delivered to the band's off-reserve bank account on a monthly basis. The

Troisième élément militant en faveur de ce point de vue, chaque fois que le législateur a voulu écarter le critère de l'emplacement physique des biens meubles, il l'a fait expressément dans une disposition. Ainsi, l'article 90 dispose que les biens meubles donnés aux Indiens par Sa Majesté en vertu d'un traité ou achetés avec des fonds votés par le Parlement au profit d'Indiens « sont toujours réputés situés sur une réserve ». L'existence d'une telle présomption légale permet de conclure que l'interprétation des autres dispositions portant sur l'emplacement ne doit pas se fonder sur une « fiction ».

Je conviens avec la Cour d'appel que les fonds déposés sur le compte bancaire à Winnipeg n'étaient pas « situés sur une réserve ». Par conséquent, l'exemption prévue à l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens* ne s'applique pas.

### 5.2 *L'exemption prévue au par. 90(1) de la Loi sur les Indiens*

Voici le texte du par. 90(1) de la *Loi sur les Indiens* :

> **90.** (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été :
>
> *a*) soit achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes;
>
> *b*) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,
>
> sont toujours réputés situés sur une réserve.

En l'espèce, les sommes déposées sont-elles visées par cette présomption et donc insaisissables parce qu'elles ont pour origine un « accord » liant Sa Majesté?

En 1909, la bande appelante a adhéré au Traité n° 5 conclu à Norway House en 1875. En échange de la renonciation à certaines revendications, Sa Majesté a notamment convenu de protéger les activités traditionnelles sur le territoire cédé, de verser des indemnités annuelles et d'établir des écoles. En l'espèce, les fonds en cause proviennent d'une EGF prévoyant le versement mensuel d'une somme sur le compte bancaire hors réserve de la bande. Le

motions judge found that the band has "almost no independent sources of funding for its financial needs other than those provided by the federal government" (para. 5). The parties disagree about both the proper interpretation of the word "agreement" in s. 90(1) and the proper characterization of the CFA.

The question is one of statutory interpretation. What is the meaning of "agreement" in s. 90(1)(*b*)? Does it extend to any agreement between the government and an Indian band? Or is it confined to particular types of agreements, and if so, what types of agreements?

Precedent, principle and policy all suggest that Parliament's intent was that the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) should not be accorded a broad meaning, but should instead be confined to agreements ancillary to treaties.

5.2.1 Precedent

This Court has already considered the meaning of "agreement" in s. 90(1)(*b*) and concluded that it should be restricted to agreements that flesh out commitments of the Crown to Indians in the treaty context of the surrender of their homelands: *Mitchell*, at pp. 124, 131 and 134. The band would have us overrule *Mitchell*. It is not the practice of this Court to reverse its previous decisions in the absence of compelling reasons to do so: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1352-53; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 777-78; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 43. In this case, as will be discussed more fully below, no such reasons emerge. On the contrary, *Mitchell* appears to have been correctly decided.

The Court confirmed in *Williams* that the purpose of the exemptions in ss. 87, 88 and 89 of the *Indian Act* "was to preserve the entitlements of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of governments to tax, or creditors to seize" (p. 885). The purpose is to protect what the Indian band was "given" in return for

juge des requêtes a conclu que la bande ne disposait [TRADUCTION] « pratiquement d'aucune autre source de financement que le gouvernement fédéral » (par. 5). Les parties ne s'entendent ni sur le sens du mot « accord » employé au par. 90(1) ni sur la qualification de l'EGF.

24 La question en litige relève de l'interprétation législative. Quel est le sens du mot « accord » employé à l'al. 90(1)*b*)? S'entend-il de tout accord entre le gouvernement et une bande indienne? Vise-t-il seulement certains types d'accord et, dans l'affirmative, lesquels?

25 Il appert de la jurisprudence, des principes et de la politique générale que le législateur n'a pas voulu que le mot « accord » employé à l'al. 90(1)*b*) soit interprété largement, mais bien qu'il s'entende uniquement d'un accord accessoire à un traité.

5.2.1 La jurisprudence

26 Notre Cour s'est déjà penchée sur le sens du mot « accord » à l'al. 90(1)*b*). Elle a conclu qu'il ne devait s'entendre que d'un accord précisant les engagements de Sa Majesté envers les Indiens dans le contexte d'un traité relatif à la cession de leurs terres : arrêt *Mitchell*, p. 124, 131 et 134. La bande nous exhorte à infirmer cette décision. Or, notre Cour n'a pas coutume d'écarter ses décisions antérieures sans de sérieux motifs : *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1352-1353; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 777-778; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, par. 43. Nous le verrons en détail plus loin, de tels motifs n'ont pas été établis en l'espèce. Au contraire, l'arrêt *Mitchell* semble bien fondé.

27 Dans l'arrêt *Williams*, notre Cour a confirmé que les exemptions prévues aux art. 87, 88 et 89 de la *Loi sur les Indiens* visaient à « préserver les droits des Indiens sur leurs terres réservées et à assurer que la capacité des gouvernements d'imposer des taxes, ou celle des créanciers de saisir, ne porte pas atteinte à l'utilisation de leurs biens situés sur leurs terres réservées » (p. 885).

the surrender of Indian lands. The exemptions are tied to the reserve lands and the Indians' ability to preserve their lands against outside intrusion and diminishment. As Gonthier J. stated in *Williams*, "the purpose of the sections was not to confer a general economic benefit upon the Indians" (p. 885). For example, they do not exempt from seizure or taxation contractual arrangements in the commercial mainstream that amount to normal business transactions, but only "property that enures to Indians pursuant to treaties and their ancillary agreements": *Mitchell*, at p. 138. Only the latter is protected by s. 90(1)(*b*).

28 To achieve this purpose, Parliament sought to ensure that the entitlements of Indians under treaties were not defined in a way that was unduly narrow or technical. La Forest J. reasoned that "[i]t must be remembered that treaty promises are often couched in very general terms and that supplementary agreements are needed to flesh out the details of the commitments undertaken by the Crown": *Mitchell*, at p. 124. The word "agreement" in the provision thus served to ensure that agreements that fulfil treaty obligations are treated as such.

29 In reaching this conclusion, the Court relied on the principle of associated meaning, discussed more fully below. Although La Forest J. did not refer to that principle expressly, he used the vocabulary traditionally associated with it and determined that "the terms 'treaty' and 'agreement' in s. 90(1)(*b*) take colour from one another": *Mitchell*, at p. 124.

5.2.2 The Principle of Associated Meaning

30 It is a fundamental principle of statutory interpretation that when two or more words linked by "and" or "or" serve an analogous grammatical and logical function within a provision, they should be interpreted with a view to their common features: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 173. This principle is known as the principle of

L'objectif est de protéger ce qui a été « donné » à la bande indienne en contrepartie de la cession de ses terres. Les exemptions sont liées aux terres des réserves et à la capacité des Indiens de protéger leurs terres contre l'intrusion et l'amoindrissement. Le juge Gonthier l'a dit, « les articles en question ne visent pas à conférer un avantage économique général aux Indiens » (arrêt *Williams*, p. 885). Par exemple, ils ne soustraient pas à la saisie ou à la taxation les biens acquis suivant un contrat commercial assimilable à une opération commerciale ordinaire, mais seulement ceux « qui échoient aux Indiens conformément aux traités et à leurs accords accessoires » (arrêt *Mitchell*, p. 138). Seuls ces derniers sont protégés à l'al. 90(1)*b*).

Pour atteindre cet objectif, le législateur a tenté de faire en sorte que les droits conférés aux Indiens par voie de traité ne soient pas définis de manière trop étroite ou technique. Le juge La Forest a expliqué : « Il faut se rappeler que les promesses contenues dans les traités sont souvent formulées en des termes très généraux et que des accords supplémentaires sont nécessaires pour préciser les engagements pris par la Couronne » (arrêt *Mitchell*, p. 124). L'emploi du mot « accord » dans la disposition visait donc à faire en sorte que l'accord portant exécution des obligations issues d'un traité soit considéré comme un tel accord supplémentaire.

Pour arriver à cette conclusion, notre Cour a appliqué la règle des mots associés, que j'analyse ci-après. Le juge La Forest n'en a pas fait expressément mention, mais il a employé le vocabulaire qui s'y rattache habituellement et a conclu que « les termes "traité" et "accord" à l'al. 90(1)*b*) déteignent l'un sur l'autre » (arrêt *Mitchell*, p. 124).

5.2.2 La règle des mots associés

Suivant un principe fondamental d'interprétation législative, lorsqu'au moins deux mots reliés par la conjonction « et » ou « ou » ont une fonction logique et grammaticale analogue dans une disposition, ils doivent être interprétés à la lumière de leurs caractéristiques communes : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 173. Il s'agit de la règle des

associated meaning or *noscitur a sociis*. It is based on the idea that "[t]he meaning of a term is revealed by its association with other terms: *it is known by its associates*": *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 195 (emphasis in original). As explained by Bastarache J. in *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6, at paras. 66-71, applying the principle enables courts to understand the "immediate context" of the statutory words whose meaning is in dispute.

mots associés (*noscitur a sociis*). Elle veut fondamentalement que « [l]e sens d'un terme [soit] révélé par son association à d'autres termes : *il est connu par ceux auxquels il est associé* » : *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 195 (souligné dans l'original). Comme l'a expliqué le juge Bastarache dans l'arrêt *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6, par. 66-71, l'application de cette règle permet au tribunal de saisir le « contexte immédiat » des mots employés par le législateur et qui font l'objet du litige.

Applying this principle may result in the scope of the broader term being limited to that of the narrower term: *R. v. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.). The question in *Goulis* was whether a bankrupt who had failed to reveal the existence of certain commercial property to his trustee in bankruptcy had "concealed" the property within the meaning of s. 350 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which provided:

31 L'application de ce principe peut faire en sorte que la portée du mot plus général soit ramenée à celle du mot plus spécifique : *R. c. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.). Dans cette affaire, la question était de savoir si un failli ayant omis de révéler au syndic de faillite l'existence de certains biens commerciaux avait « caché » ces biens au sens de l'art. 350 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, dont voici le libellé :

> **350.** Every one who,
>
> (*a*) with intent to defraud his creditors,
>
> (i) makes or causes to be made a gift, conveyance, assignment, sale, transfer or delivery of his property, or
>
> (ii) removes, conceals or disposes of any of his property
>
> . . .
>
> is guilty of an indictable offence . . . .

> **350.** Est coupable d'un acte criminel [. . .] quiconque,
>
> *a*) avec l'intention de frauder ses créanciers,
>
> (i) fait ou fait faire quelque don, transport, cession, vente, transfert ou remise de ses biens, ou
>
> (ii) enlève ou cache un de ses biens, ou s'en défait;
>
> . . .

Although the term "conceals" in subpara. (ii) could be understood broadly to include a failure to disclose, Martin J.A. relied on the associated word principle to justify his adoption of a narrower meaning:

32 Même si le terme « cache » employé au sous-al. (ii) peut être interprété largement de manière à englober l'omission de révéler l'existence, le juge Martin s'est appuyé sur la règle des mots associés pour lui attribuer un sens plus restreint :

> In this case, the words which lend colour to the word "conceals" are, first, the word "removes", which clearly refers to a physical removal of property, and second, the words "disposes of", which, standing in contrast to the kind of disposition which is expressly dealt with in subpara. (i) of the same para. (*a*), namely, one which is

> [TRADUCTION] En l'espèce, les termes qui colorent le mot « cache » sont, premièrement, « enlève », qui renvoie clairement à l'enlèvement physique des biens, et deuxièmement, « s'en défait », qui, contrairement au type d'aliénation expressément visé au sous-al. *a*)(i) (« don, transport, cession, vente, transfert ou remise »)

made by "gift, conveyance, assignment, sale, transfer or delivery", strongly suggests the kind of disposition which results from a positive act taken by a person to physically part with his property. In my view the association of "conceals" with the words "removes" or "disposes of" in s. 350(*a*)(ii) shows that the word "conceals" is there used by Parliament in a sense which contemplates a positive act of concealment. [p. 61]

renvoie vraisemblablement à l'aliénation qui résulte de l'acte accompli par une personne pour se défaire concrètement d'un bien. À mon avis, au sous-al. 350*a*)(ii), le mot « cache » est associé aux termes « enlève » ou « s'en défait » parce que le législateur a voulu que « cache » s'entende de « dissimule activement ». [p. 61]

Having identified the shared feature of the three linked words as a physical act of some sort, Martin J.A. then used this feature to narrow the range of possible meanings of "conceal".

Après avoir déterminé la caractéristique commune aux trois mots liés — l'accomplissement d'un acte —, le juge Martin a circonscrit la signification possible du verbe « cache ».

33 This Court applied the principle of associated meaning to similar effect in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031. It had been alleged that s. 13(1)(*a*) of Ontario's *Environmental Protection Act*, which targeted a contaminant that "causes or is likely to cause impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it", was unconstitutionally vague. The majority of the Court, *per* Gonthier J., stated:

Dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, notre Cour a appliqué la règle des mots associés pour arriver à un résultat semblable. Dans cette affaire, on alléguait l'imprécision inconstitutionnelle de l'al. 13(1)*a*) de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, qui visait un contaminant « caus[ant] ou risqu[ant] de causer la dégradation de la qualité de l'environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait ». Au nom des juges majoritaires de notre Cour, le juge Gonthier a affirmé :

[A]s I observed in *Nova Scotia Pharmaceutical Society* . . . legislative provisions must not be considered in a vacuum. The content of a provision "is enriched by the rest of the section in which it is found . . .". Thus, it is significant that the expression challenged by CP as being vague . . . appears in s. 13(1)(*a*) alongside various other environmental impacts which attract liability. It is apparent from these other enumerated impacts that the release of a contaminant which poses only a trivial or minimal threat to the environment is not prohibited by s. 13(1). Instead, the potential impact of a contaminant must have some significance in order for s. 13(1) to be breached. The contaminant must have the potential to cause *injury or damage* to property or to plant or animal life (s. 13(1)(*b*)), cause *harm or material discomfort* (s. 13(1)(*c*)), *adversely affect* health (s. 13(1)(*d*)), *impair* safety (s. 13(1)(*e*)), render property or plant or animal life *unfit for use* by man (s. 13(1)(*f*)), cause *loss* of enjoyment of normal use of property (s. 13(1)(*g*)), or *interfere* with the normal conduct of business (s. 13(1)(*h*)). The choice of terms in s. 13(1) leads me to conclude that polluting conduct is only prohibited if it has the potential to impair a use of the natural environment in a manner which is more than trivial. Therefore, a citizen may not be convicted under s. 13(1)(*a*) EPA for releasing a contaminant which could have only a

[C]omme je l'ai dit dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society* [. . .] il ne faut pas étudier les dispositions législatives dans l'absolu. Le contenu d'une disposition « est enrichi par le reste de l'article dans lequel il est situé [. . .] ». Par conséquent, il est significatif que l'expression qualifiée d'imprécise par CP [. . .] figure à l'al. 13(1)*a*) avec diverses autres atteintes à l'environnement entraînant la responsabilité de leurs auteurs. Il ressort de ces autres atteintes énumérées que le rejet d'un contaminant qui ne crée qu'une menace négligeable ou minime pour l'environnement n'est pas prohibé par le par. 13(1). Au contraire, la répercussion potentielle d'un contaminant doit avoir une certaine importance pour qu'il y ait violation du par. 13(1). Le contaminant doit être susceptible de causer *du tort ou des dommages* à des biens, des végétaux ou des animaux (al. 13(1)*b*)), de causer de la *nuisance ou des malaises sensibles* (al. 13(1)*c*)), de causer l'*altération* de la santé (al. 13(1)*d*)), de causer une *atteinte* à la sécurité (al. 13(1)*e*)), de rendre des biens, des végétaux ou des animaux *impropres à l'usage* des êtres humains (al. 13(1)*f*)), de causer la *perte* de jouissance de l'usage normal d'un bien (al. 13(1)*g*)) ou d'*entraver* la marche normale des affaires (al. 13(1)*h*)). Le choix des termes figurant au par. 13(1) me porte à conclure que la conduite polluante n'est prohibée que lorsqu'elle est susceptible de détériorer l'usage

minimal impact on a "use" of the natural environment. [Emphasis in original; para. 64.]

Thus, the Court relied on a shared feature of the paragraphs of s. 13(1) of the Act to narrow the broad ambit of s. 13(1)(*a*).

The principle of associated meaning must be considered in the context of all relevant sources of legislative meaning: see Sullivan, at p. 175, citing *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72. As with all rules of interpretation, the principle functions as an aid to ascertaining the intention of the legislature. Where the legislature links two concepts, ambiguity in one of them may be resolved by having regard to the other. As a result, a broad provision may be read more narrowly. This "immediate context" of the disputed words is important, but is just one factor among many that should be considered in examining the different contexts of a disputed provision: *Marche*, at para. 66; Sullivan, at pp. 260-62.

In *Mitchell*, this Court applied the principle of associated meaning to clarify the meaning of "agreement" in s. 90(1)(*b*) of the *Indian Act*. La Forest J. echoed the language of Martin J.A. in the earlier case of *Goulis*, at p. 61, stating that "the terms 'treaty' and 'agreement' . . . take colour from one another" (p. 124). In my view, the Court did not err in applying this principle.

5.2.3 The Presumption Against Tautology

It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain: Sullivan, at p. 158. Thus, "[e]very word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose" (p. 158). This principle is often invoked by courts to resolve ambiguity or to determine the scope of general words.

If "agreement" is interpreted broadly to cover all types of agreements between Indians and the

de l'environnement naturel d'une façon qui est plus que négligeable. Par conséquent, un citoyen peut ne pas être reconnu coupable d'infraction sous le régime de l'al. 13(1)*a*) LPE s'il a rejeté un contaminant qui ne pourrait avoir qu'un effet minime sur un « usage » de l'environnement naturel. [Souligné dans l'original; par. 64.]

Notre Cour a donc restreint la portée générale de l'al. 13(1)*a*) en se fondant sur une caractéristique commune aux alinéas du par. 13(1).

34 La règle des mots associés doit être considérée à la lumière de toutes les sources pertinentes d'interprétation législative : voir Sullivan, p. 175, citant l'arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72. À l'instar de toutes les règles d'interprétation, elle contribue à déterminer l'intention du législateur. Lorsque ce dernier lie deux notions, l'ambiguïté de l'une peut être résolue au regard de l'autre. Par conséquent, une disposition générale peut être interprétée de manière plus restrictive. Ce « contexte immédiat » du terme litigieux revêt de l'importance, mais ce n'est qu'un élément parmi de nombreux autres qu'il faut prendre en compte dans l'examen des différents contextes de la disposition en cause : arrêt *Marche*, par. 66; Sullivan, p. 260-262.

35 Dans l'arrêt *Mitchell*, notre Cour a appliqué la règle des mots associés pour clarifier la portée du terme « accord » employé à l'al. 90(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens*. Le juge La Forest a fait siens les propos du juge Martin à la p. 61 de l'arrêt *Goulis*, à savoir que « les termes "traité" et "accord" [. . .] déteignent l'un sur l'autre » (p. 124). À mon avis, notre Cour n'a pas eu tort d'appliquer ce principe.

5.2.3 La présomption d'absence de tautologie

36 Le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s'exprimer en vain : Sullivan, p. 158. Partant, [TRADUCTION] « [c]haque mot d'une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l'objectif du législateur » (p. 158). Les tribunaux recourent souvent à ce principe pour résoudre une ambiguïté ou déterminer la portée d'un terme général.

37 Si on interprète largement le terme « accord » de façon qu'il s'entende de tout accord entre les

government, the word "treaty" has no role to play. Treaties are special and particularly solemn agreements, but they are agreements nonetheless. This supports the view taken in *Mitchell* that "agreement" in s. 90(1)(*b*) should be read more narrowly as supplementing "treaty".

### 5.2.4 The Strict Construction of Exceptions and the Protection of Rights

38 The provincial credit regimes shape an important part of economic life in Canada. They are designed, almost by necessity, to apply universally. The provisions at issue in the case at bar serve to interfere with that scope. They act to carve out certain forms of Indian property from under the applicable credit regime, but leave others in. In short, they establish specific exceptions to the general rule that the provincial credit regime will apply to Indian property.

39 The wording of the provisions makes clear that Parliament did not seek to exempt Indian property in a broad sense. Instead, specific criteria were set out to describe the features of property that Parliament wanted to exclude from the credit regimes established by the provinces. Given the importance of access to the credit economy, and given Parliament's choice to create only limited exceptions to its application, it is not for the courts to adopt a reading of the statute that distorts that choice. Courts should be hesitant to find exceptions where they are not explicit, particularly when their effect is to materially affect the rights of citizens under statute or common law. The exceptional effect of the provisions at issue here is limited by the precise wording Parliament used and the underlying purpose that the provision serves. It should not be read more broadly than necessary to give meaning to the words and to give effect to Parliament's purpose.

40 The fact that the effect of the provisions is to suspend the rights of both creditors and debtors provides further support for a narrow interpretation of the exceptions. Provincial credit regimes create important and enforceable rights for the debtors

Indiens et le gouvernement, le mot « traité » ne joue aucun rôle. Un traité est un accord particulier et solennel, mais il s'agit néanmoins d'un accord. Cette conclusion est conforme à l'arrêt *Mitchell*, où notre Cour a statué que le mot « accord » employé à l'al. 90(1)*b*) doit être interprété en liaison étroite avec « traité ».

### 5.2.4 L'interprétation stricte des exceptions et la protection des droits

Les régimes provinciaux applicables au crédit façonnent en grande partie l'économie canadienne. Ils sont conçus, presque par nécessité, en vue d'une application universelle. Les dispositions invoquées en l'espèce visent à limiter cette portée. Elles ont pour effet de soustraire certains biens des Indiens, et seulement ceux-là, au régime applicable en matière de crédit. Elles prévoient donc des exceptions précises à la règle générale voulant que les biens des Indiens soient assujettis aux dispositions provinciales sur le crédit.

Il ressort du libellé des dispositions que le législateur n'a pas voulu exempter les biens des Indiens en général. En fait, il a établi des critères pour déterminer les caractéristiques des biens qu'il voulait soustraire à l'application des dispositions provinciales sur le crédit. Vu l'importance de l'accès au crédit dans notre économie et le choix du législateur de ne créer que quelques exceptions à l'application des dispositions en cause, les tribunaux doivent s'abstenir d'interpréter la loi d'une manière qui va à l'encontre de ce choix. Ils doivent se garder de conclure à l'existence d'une exception non explicite, surtout lorsque cela porterait sensiblement atteinte aux droits des citoyens découlant d'une loi ou de la common law. L'exception créée par les dispositions considérées en l'espèce est délimitée par les mots précis qu'emploie le législateur et l'objectif sous-jacent. L'interprétation doit être juste assez large pour que les mots aient un sens et que soit atteint l'objectif du législateur.

Le fait que les dispositions écartent les droits des créanciers et des débiteurs militent de plus en faveur de l'interprétation stricte des exceptions. Les régimes provinciaux confèrent aux créanciers et aux débiteurs qu'ils régissent des droits importants

and creditors who are governed by them. They enable debtors to leverage assets and creditors to take measured risks. They are the modern incarnation of the panoply of rules of credit developed at common law. It is against this backdrop that the exceptions created by the *Indian Act* provisions must be understood.

In the absence of express language, it is not the place of courts to read the *Indian Act* exceptions in such a way that would transform them into significant forms of interference with the applicable provincial regime and rights thereunder. Subject to the constraints established by the Constitution, it is for Parliament to make policy choices of that nature. Particularly in the case of a credit regime, courts have a responsibility to ensure a degree of certainty and predictability in the law and to approach the task of statutory interpretation with restraint.

5.2.5 Limiting Access to Credit

A further reason that the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) should be read narrowly is that the section limits the ability of aboriginal peoples to access credit. This conclusion was reached by the Royal Commission on Aboriginal Peoples ("RCAP"). In its report, RCAP noted the difficulties that aboriginal peoples have in gaining access to capital, and listed a number of barriers that contribute to this problem: see *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 2, *Restructuring the Relationship*, at pp. 906-31. Among the barriers listed, the *first* barrier identified was the restrictions imposed by the *Indian Act*. RCAP described these barriers as follows at pp. 906-7: "The *Indian Act* contains certain provisions that make it very difficult for lenders to secure loans using land and other assets located on-reserve as collateral. These provisions serve as a significant deterrent to financing business activity on-reserve." RCAP considered a number of ways to overcome these barriers, including abolishing the restrictions in the *Indian Act*. Although this Court clearly cannot abolish the *Indian Act* restrictions, the concern about limited access to credit resulting from these restrictions is yet another reason that the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) should be read narrowly.

et exécutoires. Ils permettent aux débiteurs de tirer parti d'actifs et aux créanciers de courir un risque calculé. Ils sont l'incarnation moderne de la foule de règles établies par la common law en matière de crédit. C'est dans ce contexte que doivent être considérées les exceptions prévues par les dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

41 Faute d'un libellé exprès, les tribunaux ne peuvent interpréter ces exceptions d'une manière qui porterait sensiblement atteinte aux régimes provinciaux applicables en la matière et aux droits qui en découlent. C'est au Parlement qu'il incombe, sous réserve du respect de la Constitution, de faire de tels choix de politique générale. Dans le cas précis des règles sur le crédit, les tribunaux doivent faire en sorte que le droit applicable soit relativement certain et prévisible et faire preuve de retenue en matière d'interprétation législative.

5.2.5 Limitation de l'accès au crédit

42 Une autre raison justifie l'interprétation stricte du mot « accord » : l'al. 90(1)*b*) limite l'accès des peuples autochtones au crédit. C'est la conclusion à laquelle est arrivée la Commission royale sur les peuples autochtones (« CRPA »), qui signale dans son rapport la difficulté qu'ont les peuples autochtones à obtenir des capitaux et y énumère certains des obstacles auxquels ils se heurtent : voir *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 2, *Une relation à redéfinir*, p. 1019-1046. Parmi ces obstacles, les exceptions prévues par la *Loi sur les Indiens* figurent au *premier* rang. Voici la description qu'en fait la CRPA à la p. 1020 : « Elle [la *Loi sur les Indiens*] contient des dispositions qui empêchent presque les prêteurs de garantir un prêt au moyen du nantissement de terres et d'autres biens situés dans une réserve. Ces dispositions exercent donc un effet dissuasif sur le financement d'entreprises dans les réserves. » La CRPA a examiné divers moyens de surmonter ces obstacles, y compris l'abolition des exceptions prévues par la *Loi sur les Indiens*. Même si notre Cour ne peut manifestement pas abolir ces exceptions, la limitation de l'accès au crédit qui en découle constitue une autre raison d'interpréter strictement le mot « accord » employé à l'al. 90(1)*b*).

5.2.6 Sections 90(2) and 90(3)

43 Further support for the view that s. 90(1)(*b*) should be interpreted narrowly comes from ss. 90(2) and 90(3) of the *Indian Act*. The subsections read:

(2) Every transaction purporting to pass title to any property that is by this section deemed to be situated on a reserve, or any interest in such property, is void unless the transaction is entered into with the consent of the Minister or is entered into between members of a band or between the band and a member thereof.

(3) Every person who enters into any transaction that is void by virtue of subsection (2) is guilty of an offence, and every person who, without the written consent of the Minister, destroys personal property that is by this section deemed to be situated on a reserve is guilty of an offence.

44 These subsections are difficult to reconcile with an expansive reading of "treaty or agreement". If ministerial consent is required for *every transaction* that deals with property deemed to be situated on reserve by subs. (1), a broad interpretation of "treaty or agreement" could result in significant delays in the delivery of needed programs and services to band members.

45 My colleague, Binnie J., disagrees. He suggests that, in cases involving a CFA, the agreement itself will constitute ministerial consent for the transaction (para. 141). If the agreement directs funds to be used for a particular purpose, and those funds are indeed used for that purpose, I agree that the agreement itself may constitute ministerial consent for "the transaction". If, however, an agreement does not specify how funds are to be spent, or it does so, but the funds are not put to the proper use, I do not agree that the agreement itself would constitute ministerial consent for "the transaction". If this Court were to adopt a broad interpretation of "treaty or agreement", the result would be litigation about whether the agreement itself constitutes ministerial consent, followed by delays in the delivery of needed programs and services in those cases where the agreement did not constitute ministerial

5.2.6 Les paragraphes 90(2) et (3)

Les paragraphes 90(2) et (3) de la *Loi sur les Indiens* me confortent également dans l'opinion que l'al. 90(1)*b*) doit être interprété strictement. En voici le libellé :

(2) Toute opération visant à transférer la propriété d'un bien réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve, ou un droit sur un tel bien, est nulle à moins qu'elle n'ait lieu avec le consentement du ministre ou ne soit conclue entre des membres d'une bande ou entre une bande et l'un de ses membres.

(3) Quiconque conclut une opération déclarée nulle par le paragraphe (2) commet une infraction; commet aussi une infraction quiconque détruit, sans le consentement écrit du ministre, un bien meuble réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve.

Ces dispositions se concilient difficilement avec une interprétation large des mots « traité ou accord ». Si le consentement du ministre est requis pour *toute opération* visant un bien réputé situé sur une réserve au sens du paragraphe premier, une interprétation large des termes « traité ou accord » pourrait retarder sensiblement l'obtention des programmes et des services dont ont besoin les membres de la bande.

Mon collègue le juge Binnie n'est pas d'accord. Il laisse entendre que l'EGF emporte consentement du ministre à l'opération (par. 141). Lorsque l'entente précise l'affectation des fonds et que ceux-ci sont employés comme convenu, je reconnais qu'elle peut emporter consentement du ministre à « l'opération ». Par contre, lorsque l'entente ne précise pas comment les fonds doivent être dépensés, ou qu'elle le prévoit, mais qu'ils sont employés autrement, je ne crois pas qu'elle emporte consentement du ministre à « l'opération ». Si notre Cour interprétait largement les mots « traité ou accord », la question de savoir si l'EGF emporte consentement du ministre donnerait lieu à des litiges et la mise en œuvre des programmes et des services nécessaires serait retardée advenant une réponse négative. Voilà une autre raison pour laquelle notre Cour devrait se montrer réticente à

consent. This is yet another reason that this Court should be cautious about adopting a broad interpretation of "agreement" in s. 90(1)(*b*).

5.2.7 The History of Section 90(1)(*b*)

It is often helpful to consider the history of a provision in assigning meaning to a disputed term. The events and debates surrounding the adoption of the provision may provide insight into Parliament's purpose.

The *Indian Act* seizure exemptions have a long history. The current provision, adopted in 1951 as s. 89 of the *Indian Act*, replaced s. 108 of the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, which in turn was preceded by similar provisions in the 1906, 1886 and 1880 Acts. Section 108 and its predecessors made no reference to property given under a "treaty" or "agreement". Instead they protected from seizure "presents given to Indians or non-treaty Indians", "annuities or interest on funds" and "moneys appropriated by Parliament, held for any band of Indians", as well as related property purchased with those funds. The 1850 *Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury* also protected "annuities and presents" and associated property (S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., c. 74, s. VIII).

The scope of these protections was broad. Basically, any monies or gifts from the government to Indians appear to have been covered. By contrast, the words adopted in 1951 and retained to the present are more circumscribed; what is protected is a particular type of money or gifts — personal property which was purchased by the government and personal property "given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and His Majesty". The change in the language used by Parliament is striking.

Why did Parliament in 1951 abandon the former approach of exempting certain kinds of property,

interpréter largement le mot « accord » employé à l'al. 90(1)*b*).

5.2.7 L'historique de l'al. 90(1)*b*)

46 Il est souvent utile d'examiner l'historique d'une disposition pour déterminer le sens d'un terme qui y est employé. Les événements et les débats entourant l'adoption de la disposition peuvent permettre de cerner l'intention du législateur.

47 Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à l'insaisissabilité ne datent pas d'hier. Adoptée en 1951, la disposition actuelle, l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens*, a remplacé l'art. 108 de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, qui avait lui-même été précédé par une disposition semblable des lois de 1906, 1886 et 1880. L'article 108 et les dispositions antérieures ne faisaient pas mention de biens donnés en vertu d'un « traité » ou d'un « accord ». Ils prévoyaient plutôt l'insaisissabilité des « présents faits aux Indiens ou aux Indiens non soumis au régime d'un traité », des « annuités, ou intérêts sur les fonds » et des « deniers votés par le Parlement et détenus pour une bande d'Indiens », ainsi que des biens achetés avec ces fonds. L'*Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages* de 1850 prévoyait également l'insaisissabilité des « annuités et présents » et des biens y afférents (S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., ch. 74, art. VIII).

48 L'étendue de cette protection était vaste. En somme, tous les fonds ou les présents donnés par le gouvernement aux Indiens paraissent avoir été visés. En revanche, le libellé adopté en 1951 et conservé jusqu'à ce jour a une portée plus limitée; la protection vise un type précis de fonds ou de présents — les biens meubles achetés par le gouvernement et ceux « donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté ». La différence des termes employés par le législateur est frappante.

49 Pourquoi le législateur a-t-il laissé tomber en 1951 la politique consistant à exempter certains biens en

in favour of an approach that based the exemption on whether the property was given under a treaty or agreement? The record reveals no definitive answer. What it does reveal, however, is a change in philosophy after 1951.

50 The 19th century exemption provisions were born of a fear that Indians and their lands and property were subject to exploitation by others. The aim was thus to provide broad protection for their property. The Preamble of the 1850 legislation is revealing:

> . . . it is expedient to make provision for the protection of the Indians in Upper Canada, who, in their intercourse with the other inhabitants thereof, are exposed to be imposed upon by the designing and unprincipled, as well as to provide more summary and effectual means for the protection of such Indians in the unmolested possession and enjoyment of the lands and other property in their use or occupation . . . .

This concern with the protection of Indians from those who might take advantage of them and divert funding provided by the Crown is consistent with broad protection against seizure. The section of the 1850 Act setting out the exemption notes that the provision of support was directed at "the common use and benefit" of Indians and "the encouragement of agriculture and other civilizing pursuits among them" (s. VIII).

51 The paternalism of the 19th century continued to animate many Indian policies and social and political attitudes well into the 20th century. By the 1930s and 1940s, however, other values had also become important. Increasingly, there was a realization that the paternalistic model that had been in place was no longer entirely appropriate. Self-determination and self-government had emerged as an aspiration, if not a reality, and bands were beginning to embark on projects to improve their economic situation.

52 The role of the federal government in supporting different forms of development was also changing. In 1938, s. 94B of the 1927 *Indian Act*, which enabled the federal government to introduce

fonction de leur nature pour la remplacer par une autre accordant une exemption fondée sur leur origine — l'exécution d'un traité ou d'un accord? Le dossier n'offre aucune réponse concluante, mais il révèle qu'un changement de philosophie s'est produit dès 1951.

Les dispositions du XIX$^{e}$ siècle établissaient des exceptions de crainte que les Indiens ne soient victimes d'exploitation par autrui. L'objectif était donc de faire bénéficier leurs terres et leurs autres biens d'une protection étendue. Le préambule de la loi de 1850 est révélateur :

> . . . il est expédient de protéger les sauvages dans le Haut Canada, qui, dans leurs relations avec les autres habitants de cette partie de la province, sont exposés à être fraudés par des gens mal intentionnés et sans principes, et de pourvoir à des moyens plus sommaires et plus efficaces pour assurer aux sauvages la possession et la jouissance paisible des terres et autres propriétés qu'ils occupent . . .

Ce souci de protéger les Indiens contre l'abus et la réaffectation de fonds publics est compatible avec une protection étendue contre la saisie. La disposition de la loi de 1850 établissant l'exception précise que l'aide financière est destinée à « l'usage et [au] bénéfice » des Indiens, ainsi qu'à « l'encouragement de l'agriculture et autres occupations civilisatrices parmi [eux] » (art. VIII).

Pendant une bonne partie du XX$^{e}$ siècle, le paternalisme du siècle précédent a continué d'imprégner bon nombre de politiques et de comportements socio-politiques à l'égard des Autochtones. Toutefois, les années trente et quarante ont vu émerger d'autres valeurs importantes. Peu à peu, on s'est rendu compte que le modèle paternaliste ne convenait plus tout à fait. Le droit à l'auto-détermination et à l'autonomie gouvernementale était devenu une aspiration, voire une réalité, et les bandes s'étaient lancées dans des entreprises en vue d'améliorer leur situation financière.

Le rôle du gouvernement fédéral dans l'appui des différentes formes de développement se transformait lui aussi. Adopté en 1938, l'art. 94B de la *Loi des Indiens* de 1927 autorisait le gouvernement

a "revolving loan fund" for aboriginal communities, was enacted (S.C. 1938, c. 31, s. 2). The words of the Minister of Mines and Resources in Parliament reflect some change in old attitudes:

> The second point involved is really a new departure in Indian administration. It is the creation of what is popularly called a revolving fund. . . . As it stands at present the Indians are, and of course will remain even under this legislation, the wards of the government. At present parliament appropriates certain moneys year by year for Indian welfare work. But these votes of money are expended the same as any other vote, and consequently are looked upon more in the way of grants or gifts . . . . One of the things that has impressed itself on my mind in the brief period I have had to do with Indian administration is the need to develop a spirit of self-reliance and independence in our Indian wards. My reading of the story of the relation between governments and Indians in Canada leads me to the conclusion that the expectation originally was, and indeed is still largely entertained, that the Indians will in course of time become absorbed into the ordinary citizenship of the country, and cease to be wards . . . . I must confess that I think in the past our attitude has often not been conducive to the achievement of that very desirable end. [Emphasis added.]
>
> (*House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 18th Parl., May 30, 1938, at pp. 3349-50)

These changing attitudes were reflected in the work of the Special Joint Committee on the *Indian Act*, struck in 1946 in response to an increasing sense of a need to modernize Indian policy. The participation of Indians in the Second World War and a growing concern for human rights following that conflict had drawn the attention of the public and of Parliament to the conditions faced by Indians: see R. G. Moore, *The Historical Development of the Indian Act* (2nd ed. 1978), at p. 132. The Committee's unprecedented consultative reach in the Indian community revealed the degree to which the needs of Indians varied from region to region and according to socio-economic conditions which were often unique to particular communities. The final report in 1948 made a series of recommendations "designed to make possible the gradual transition of Indians from wardship to citizenship and to help them to advance

fédéral à créer une « caisse de crédit renouvelable » au bénéfice des collectivités autochtones (S.C. 1938, ch. 31, art. 2). Les propos du ministre des Mines et des Ressources à la Chambre des communes témoignent d'une certaine évolution des mentalités :

> Le deuxième point comporte en réalité une innovation dans l'administration des affaires indiennes. Il s'agit de créer une caisse renouvelable. [. . .] Il va sans dire que les Indiens demeureront, comme par le passé, les pupilles de l'État. Aujourd'hui, le Parlement affecte chaque année des fonds aux services de bienfaisance chez les Indiens. Mais ces fonds sont dépensés comme les autres et par conséquent on y voit des subventions ou des dons [. . .] Dans la courte période où j'ai dû m'occuper des affaires indiennes, je me suis rendu parfaitement compte de l'importance qu'il y a de développer chez nos pupilles indiens l'esprit d'initiative et d'indépendance. L'historique des relations entre l'État et les Indiens du pays m'a convaincu qu'à l'origine on prévoyait, et on y compte encore, l'intégration des Indiens dans notre vie politique; on espérait qu'ils cesseraient un jour d'être des pupilles [. . .] Je dois avouer que notre conduite passée me semble souvent n'avoir pas contribué à atteindre cette fin très désirable. [Je souligne.]
>
> (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3e sess., 18e lég., 30 mai 1938, p. 3423)

53 Ce changement de mentalité a imprégné les travaux du Comité spécial mixte sur la *Loi des Indiens* mis sur pied en 1946 pour donner suite au besoin ressenti plus vivement de moderniser la politique sur les Autochtones. La participation des Autochtones à la Seconde Guerre mondiale et l'intérêt accru pour les droits de la personne après ce conflit avaient rendu la population et les élus plus sensibles à la situation des Indiens : R. G. Moore, *Historique de la Loi sur les Indiens* (2e éd. 1978), p. 189. D'une portée sans précédent, la consultation a montré à quel point les besoins des Indiens variaient d'une région à l'autre et en fonction de facteurs socio-économiques souvent propres à certaines collectivités. Le rapport final déposé en 1948 contenait une série de recommandations ayant « pour objet de permettre aux Indiens de passer graduellement de la tutelle à la citoyenneté et de favoriser leur avancement » : Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre

themselves": Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Indian Act, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 5, at p. 187, Fourth Report, June 22, 1948. The recommendations addressed electoral rights, increased funding to communities and the end of Indian-specific alcohol regulation, and revealed a new focus on accession to full citizenship and some form of greater self-government at the band level.

54 Yet tension between the old ways and the new remained. Two of the final report's recommendations capture this tension. On the one hand, the Committee asked that "financial assistance be granted to Band Councils to enable them to undertake, under proper supervision, projects for the physical and economic betterment of the Band members" (p. 187). On the other hand, the Committee urged that the new Act include "provisions to protect from injustice and exploitation such Indians as are not sufficiently advanced to manage their own affairs" (p. 187).

55 The adoption of the revised *Indian Act* in 1951, and of the present s. 90(1)(*b*), was born of this tension. Indians were to be encouraged to manage their own affairs and enter into commercial arrangements for their own betterment and economic advantage. This was incompatible with exemption from seizure of virtually all property that could be traced to government gifts and funds. At the same time, it was felt that basic protection from exploitation by others in society was still required. This was consistent with maintaining protection for funds flowing from treaty obligations, as well as for property situated on reserves. Minister Walter Edward Harris recognized the tension in Indian policy more generally:

> The problem is to maintain the balance of administration of the Indian Act in such a way as to give self-determination and self-government as the circumstances

des communes institué pour continuer et terminer l'étude de la Loi des Indiens, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 5, p. 23, Quatrième rapport, 22 juin 1948. Les recommandations portaient sur le droit de vote, l'augmentation de l'aide financière consentie aux collectivités et la suppression des dispositions particulières sur la consommation d'alcool par les Indiens. Elles témoignaient d'un intérêt nouveau pour l'accès à la pleine citoyenneté et une plus grande autonomie gouvernementale à l'échelon de la bande.

L'approche ancienne et la nouvelle ont toutefois continué de s'opposer. Deux des recommandations du rapport final illustrent bien la tension entre les deux. D'une part, le comité demande que « de l'aide financière soit accordée aux conseils des bandes afin de leur permettre d'entreprendre, sous la surveillance voulue, des projets visant à l'amélioration de la condition physique et économique des membres de la bande » (p. 23-24). D'autre part, il exhorte le législateur à prévoir dans la nouvelle loi des « dispositions protégeant contre l'injustice et l'exploitation les Indiens qui ne sont pas assez avancés pour administrer leurs propres affaires » (p. 23).

L'adoption de la nouvelle *Loi sur les Indiens* en 1951 et de l'actuel al. 90(1)*b*) résulte de cette tension. D'une part, il fallait encourager les Indiens à gérer leurs propres affaires et à conclure des ententes commerciales en vue d'améliorer leur situation, notamment financière, ce qui était incompatible avec l'insaisissabilité de presque tous les biens pouvant être reliés à des présents ou à des fonds d'origine gouvernementale. D'autre part, on croyait toujours nécessaire une protection minimale contre l'exploitation par les autres membres de la société, ce qui était compatible avec la protection des fonds versés en exécution d'obligations découlant d'un traité, ainsi que des biens situés sur une réserve. De façon plus générale, le ministre Walter Edward Harris a reconnu cette contradiction de la politique sur les Indiens :

> Il s'agit de répartir l'administration de la loi sur les Indiens de façon à accorder à tous les Indiens du pays la liberté d'action et l'autonomie administrative qui

may warrant to all Indians in Canada, but that in the meantime we should have the legislative authority to afford any necessary protection and assistance.

(*House of Commons Debates*, vol. II, 4th Sess., 21st Parl., March 16, 1951, at p. 1352)

The record does not reveal precisely why Parliament chose to define the exemption from seizure in what is now s. 90(1)(*b*) in terms of funds given under a "treaty" or "agreement". It is therefore not possible to say that the history of the provision dictates a particular approach. However, what can be said is that the use of these terms is consistent with the recognition in 1951 that Indians should be encouraged to take steps toward greater self-governance and participation in economic enterprise.

Against this background, why did Parliament not content itself with personal property given under a "treaty"? Why did it add the word "agreement"?

As already discussed, La Forest J. in *Mitchell* identified an important reason: "It must be remembered that treaty promises are often couched in very general terms and that supplementary agreements are needed to flesh out the details of the commitments undertaken by the Crown" (p. 124). Thus, "agreement" includes supplementary or ancillary agreements that describe the treaty obligations in greater detail. These are still treaty obligations, in the sense that they merely make more precise the obligations imposed by the treaty. On this view, the word "agreement" was added to ensure that personal property given pursuant to a treaty would be protected. Creditors would not be able to argue that property conferred in fulfillment of the treaty was not protected because the obligation was not expressly spelled out in the original treaty.

An alternative explanation is that "agreement" was added to cover those agreements between the federal government and treaty and non-treaty Indians providing funds for "basic" or "essential" public services. My colleague, Binnie J., prefers a variant of this alternative explanation, which he calls the "public sector services approach". Under

paraîtront opportunes, tout en nous assurant, dans l'intervalle, l'autorité législative dont nous avons besoin pour les protéger et les aider.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 4e sess., 21e lég., 16 mars 1951, p. 1380)

56 Le dossier ne précise pas pourquoi le législateur a choisi de rendre insaisissables — aujourd'hui à l'al. 90(1)*b*) — les fonds donnés en vertu d'un « traité » ou d'un « accord ». On ne peut donc affirmer que l'historique de la disposition commande une interprétation plutôt qu'une autre. Cependant, on peut dire que ce libellé concorde avec la reconnaissance en 1951 de l'opportunité d'encourager les Indiens à exercer une plus grande autonomie gouvernementale et à prendre part à l'activité économique.

57 Dans ce contexte, pourquoi le législateur ne s'est-il pas contenté de faire mention des biens meubles donnés en vertu d'un « traité »? Pourquoi a-t-il ajouté le mot « accord »?

58 Je l'ai dit précédemment, dans l'arrêt *Mitchell*, le juge La Forest a relevé un motif important : « Il faut se rappeler que les promesses contenues dans les traités sont souvent formulées en des termes très généraux et que des accords supplémentaires sont nécessaires pour préciser les engagements pris par la Couronne » (p. 124). Le terme « accord » s'entend donc d'un accord supplémentaire ou accessoire qui énonce plus en détail les obligations découlant d'un traité. Il s'agit toujours d'obligations découlant d'un traité, l'accord ne faisant que les préciser davantage. Dans cette optique, l'adjonction du mot « accord » visait à assurer la protection des biens meubles donnés en vertu d'un traité de sorte qu'un créancier ne puisse prétendre qu'un bien transféré en exécution d'un traité n'est pas protégé parce que l'obligation ne figurait pas expressément dans le traité au départ.

59 L'autre explication possible est que le mot « accord » ait été ajouté pour englober les ententes entre le gouvernement fédéral et les Indiens, soumis ou non au régime d'un traité, conclues pour le financement de services publics « essentiels ». Mon collègue le juge Binnie privilégie cette thèse ou, plutôt, une variante appelée « approche fondée

this approach, s. 90(1)(*b*) is construed to protect monies provided by the federal government to Indian bands for education, housing, health and welfare and other similar government-type essential services on reserve (para. 129). Funding provided under CFAs would be wholly protected (para. 146).

60 Binnie J. suggests that this broader interpretation of "treaty or agreement" is justified for several reasons. First, it is justified, he suggests, because it avoids the differential treatment of treaty and non-treaty Indians, by protecting all "public sector services" funding, regardless of whether it is ancillary to a treaty. Given that non-treaty Indians had property protections under the older and much broader seizure provisions, this justification for a broader reading of "treaty or agreement" seems appealing at first blush. However, on further reflection, it seems much more likely that Parliament actually intended to single out property related to treaty entitlements for special treatment under s. 90(1)(*b*). Why? It seems to me that the answer may lie, at least in part, in the finality of the treaty-making process. Parliament may have intended to give special protection to property given under a treaty, because this property was considered to be unique, in the sense that, under most treaties, it represented the complete package of property that would be given to the band(s) in return for the surrender of Indian lands, and the extinguishment of possible claims. (This is not to say, that the package given to a band in exchange for the surrender of lands was fair or just.) As La Forest J. noted in *Mitchell*, at p. 124, the word "given" in s. 90(1)(*b*) "can be taken as a distinct and pointed reference to the process of cession of Indian lands".

61 Although this was perhaps not in the contemplation of Parliament in 1951, in retrospect, there seems to be a good reason for the differential treatment of treaty Indians and non-treaty Indians. It is open to the Crown to include provisions intended to protect the particular band in any funding agreements that it makes with the band. As was put to us in argument, the CFAs themselves often have

sur les services publics » suivant laquelle l'al. 90(1)*b*) protège les fonds versés aux bandes indiennes par le gouvernement fédéral pour les services d'éducation, de logement, de santé, d'aide sociale et autres apparentés dans la réserve (par. 129). Les fonds versés conformément à une EGF seraient entièrement protégés (par. 146).

Le juge Binnie laisse entendre que cette interprétation large des mots « traité ou accord » est justifiée pour plusieurs raisons. Premièrement, la protection du financement de tous les « services publics », que celui-ci soit accessoire ou non à un traité, permettrait d'éviter que les Indiens soumis au régime d'un traité soient traités différemment de ceux qui ne le sont pas. Comme les biens des Indiens non soumis au régime d'un traité étaient protégés par les anciennes dispositions — beaucoup plus générales — sur l'insaisissabilité, cette raison paraît valable au premier abord. Mais à la réflexion, il paraît beaucoup plus vraisemblable que le législateur ait voulu, à l'al. 90(1)*b*), accorder un traitement particulier aux biens liés aux droits issus de traités. Pourquoi? La réponse pourrait résider, en partie du moins, dans la finalité du processus de conclusion d'un traité. Peut-être le législateur a-t-il voulu accorder une protection spéciale aux biens donnés en vertu d'un traité en raison du caractère unique de l'opération. En effet, dans la plupart des traités, ces biens représentent la totalité de la contrepartie versée pour la cession des terres et la renonciation à d'éventuelles revendications. (Ce qui ne veut pas dire que la contrepartie versée pour la cession des terres était juste ou équitable.) Dans l'arrêt *Mitchell*, le juge La Forest a signalé à la p. 124 que l'emploi du mot « donnés » à l'al. 90(1)*b*) « peut être considéré comme une mention distincte et significative du processus de cession des terres indiennes ».

Même si, rétrospectivement, ce n'est peut-être pas ce que le législateur a envisagé en 1951, la différence de traitement entre les Indiens soumis au régime d'un traité et ceux qui ne le sont pas semble justifiée. Sa Majesté peut inclure dans toute entente de financement conclue avec une bande des dispositions visant à protéger cette dernière. Comme on l'a fait valoir devant nous, les EGF comportent

numerous provisions to ensure that the monies are used to provide the benefits and the services that they are intended to cover. If the band is not using the money in that way, there is often a provision for a third-party manager to step in to remedy the problem. Different bands have different needs and desires. It may be best to let the federal government and the particular band determine what protective provisions will govern the funds in question, rather than imposing a "one size fits all" solution to protection from garnishment that may not suit the needs and desires of the band in question.

Second, Binnie J. suggests that his broader reading of "treaty or agreement" is justified because, unlike the *Mitchell* interpretation of "treaty or agreement", it would not adversely affect bands, like the God's Lake Band, that do not have on-reserve banking facilities. There are two problems with this justification. The first problem is that it fails to consider that, even if there is no deposit-taking financial institution on the God's Lake Reserve, it was open to the God's Lake Band to deposit its funding in financial institutions on other reserves. The funds would then have been protected, by virtue of s. 89 of the *Indian Act*. As Gonthier J. noted in *Williams*, at p. 887, "under the *Indian Act*, an Indian has a choice with regard to his personal property. . . . Whether the Indian wishes to remain within the protected reserve system or integrate more fully into the larger commercial world is a choice left to the Indian." The second problem is that this justification runs counter to the reasoning of this Court in *Union of New Brunswick Indians*, at paras. 37-42, in which, writing for the majority, I rejected the argument that the tax exemption in s. 87 of the *Indian Act* should be given an expansive scope, so as to protect property that Indians are obliged to purchase off the reserve for their needs on the reserve.

Third, Binnie J. suggests that his broader reading of "treaty or agreement" is justified because, unlike the *Mitchell* interpretation of "treaty or agreement", it would not result in the differential treatment of treaty Indians, *inter se*, resulting from

souvent elles-mêmes de nombreuses dispositions visant à faire en sorte que les fonds versés servent à la prestation des avantages et des services en cause. Une disposition prévoit souvent l'intervention d'un tiers gestionnaire lorsque la bande affecte les fonds à autre chose. Les besoins et les vœux varient d'une bande à l'autre. Peut-être vaut-il mieux laisser le gouvernement fédéral et la bande convenir des dispositions qui protégeront les fonds au lieu d'imposer une insaisissabilité « universelle » qui peut ne pas répondre aux besoins et aux vœux de toutes les bandes.

62 Deuxièmement, le juge Binnie laisse entendre que l'interprétation large des termes « traité ou accord » est justifiée en ce que, contrairement à l'interprétation retenue par notre Cour dans l'arrêt *Mitchell*, elle n'aurait pas d'effet préjudiciable sur les bandes qui, comme celle de God's Lake, n'ont pas accès à des services bancaires sur la réserve. Cette raison pose deux problèmes. D'abord, malgré l'absence d'une institution financière de dépôt sur la réserve, la bande de God's Lake pouvait déposer ses fonds dans une institution financière établie sur une autre réserve, auquel cas ils auraient été protégés par l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens*. Comme l'a signalé le juge Gonthier dans l'arrêt *Williams*, à la p. 887, « en vertu de la *Loi sur les Indiens*, un Indien jouit d'un choix en ce qui concerne ses biens personnels. [. . .] Il appartient à l'Indien de décider s'il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s'il veut s'intégrer davantage dans l'ensemble du monde des affaires. » En second lieu, cette justification va à l'encontre du raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *Union of New Brunswick Indians*, par. 37-42, où, au nom des juges majoritaires, j'ai rejeté l'argument selon lequel la portée de l'exemption fiscale prévue à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens* devait être étendue pour protéger les biens que les Indiens doivent acheter à l'extérieur des réserves en vue de leur utilisation dans celles-ci.

63 Troisièmement, le juge Binnie fait valoir que contrairement à l'interprétation des termes « traité ou accord » dans l'arrêt *Mitchell*, l'interprétation large qu'il préconise ne se traduirait pas par une différence de traitement d'une bande d'Indiens

the "vagaries of the treaty-making process" (para. 124) and "serendipitous differences in the wording of the treaties" (para. 92). If, as I conclude, it seems likely that Parliament actually intended to protect only treaty entitlements, it is reasonable to assume that Parliament contemplated and accepted the differential treatment of treaty Indians, as it would logically flow that treaty Indians would receive different levels of protection, depending on the property "given" under the particular treaty. If Parliament now feels that treaty Indians (or, for that matter, treaty Indians and non-treaty Indians) should be treated equally under s. 90(1)(*b*), it is open to it to amend the *Indian Act* to so provide.

64 In my view, the key difficulty with the approach advocated by Binnie J. is that it would require the courts to engage in political decision-making. Absent statutory language or relevant constitutional imperatives, it is not the place of the judicial system to determine which elements of public spending relate to "essential services" and which do not. The purpose of the exemption provisions is neither to confer a "general economic benefit" on aboriginal communities or to nurture a particular model of public expenditure.

65 In addition, my colleague's approach would require courts to draw a line between "public sector services" agreements (which are included under s. 90) and those with "a more commercial orientation" (which are not included under s. 90) (paras. 129-30). This would involve difficult issues of interpretation, and is likely to lead to expensive and time-consuming litigation. Binnie J. attempts to circumvent this problem, by finding that all funds provided under a CFA are protected under s. 90(1)(*b*). The difficulty with this solution is that it would result in a sweeping extension of the protections that have up to now been conferred on the property of Indians. In a constitutional democracy, the task of extending the law in this manner falls properly to the legislature, as the elected branch of government, not the courts.

soumis au régime d'un traité à une autre en raison des « aléas de la conclusion des traités » (par. 124) et « de la variation providentielle du libellé des traités » (par. 92). Si, comme je le crois, le législateur n'a voulu protéger que les droits issus d'un traité, il est raisonnable de présumer qu'il a envisagé et accepté que les Indiens soumis au régime d'un traité fassent l'objet d'une différence de traitement. Il est en effet logique que ces Indiens bénéficient d'une protection variant en fonction des biens « donnés » en vertu du traité. Si le législateur est maintenant d'avis que les Indiens soumis au régime d'un traité (ou, du reste, les Indiens soumis au régime d'un traité et les Indiens non soumis au régime d'un traité) doivent être traités également en application de l'al. 90(1)*b*), il lui est loisible de modifier la *Loi sur les Indiens* en conséquence.

À mon avis, le principal problème de l'interprétation préconisée par le juge Binnie est qu'elle oblige les tribunaux à s'immiscer dans le domaine politique. À défaut d'une disposition législative ou d'un impératif constitutionnel en ce sens, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de déterminer quels éléments des dépenses publiques se rattachent aux « services essentiels » et lesquels ne s'y rattachent pas. L'objectif des dispositions d'insaisissabilité n'est ni de conférer un « avantage économique général » aux collectivités autochtones ni de favoriser un modèle de dépenses publiques en particulier.

Qui plus est, l'interprétation que privilégie mon collègue oblige les tribunaux à distinguer entre l'accord relatif à des « services publics » (visé à l'art. 90) et l'accord « à vocation plus commerciale » (non visé à l'art. 90) (par. 129-130), ce qui donnerait lieu à de sérieuses difficultés d'interprétation et, par conséquent, à de longs et coûteux litiges. Le juge Binnie tente de contourner le problème en concluant que tous les fonds versés en application d'une EGF sont protégés à l'al. 90(1)*b*). L'inconvénient de cette solution est qu'elle élargit considérablement la protection accordée jusqu'à ce jour aux biens des Indiens. Dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative — le corps élu du gouvernement —, et non aux tribunaux, de procéder à un tel élargissement de la protection légale.

To sum up, the record does not disclose precisely why Parliament chose to replace the pre-1951 categories of protected property with protection based on whether the property had been given pursuant to a "treaty" or "agreement" with the Crown. Nor does it disclose precisely why the word "treaty" was supplemented with "agreement". However, Parliament's documented desire to move away from a purely paternalistic approach and encourage Indian entrepreneurship and self-government is consistent with an intention to confine protection from seizure to benefits flowing from treaties. Exempting property broadly would be inconsistent with self-sufficiency because it would deprive Indian communities of a cornerstone of economic development: credit. Eliminating all protection would neglect the persistent concerns about exploitation. These documented and potentially conflicting policy considerations suggest that Parliament wanted to provide limited protection for treaty entitlements while not interfering with the ability of Indians to achieve great economic independence. This supports the restricted meaning of "agreement" in s. 90(1)(*b*) adopted by this Court in *Mitchell*.

66 En résumé, la raison précise pour laquelle le législateur a remplacé la protection d'avant 1951, fondée sur la nature des biens, par une autre fondée sur leur origine, soit leur obtention en vertu d'un « traité » ou d'un « accord » intervenu avec Sa Majesté, ne ressort pas du dossier. Ce dernier ne révèle pas non plus la raison précise pour laquelle le mot « accord » a été accolé au mot « traité ». Cependant, selon la preuve documentaire, le vœu du législateur était de rompre avec l'approche purement paternaliste et d'encourager l'esprit d'entreprise et l'autonomie gouvernementale des Indiens, ce qui est compatible avec l'intention de ne rendre insaisissables que les avantages issus de traités. Une exemption générale irait à l'encontre de l'indépendance financière, car elle priverait les collectivités autochtones d'un élément fondamental du développement économique, l'accès au crédit. Supprimer toute protection ferait fi des craintes toujours présentes que les Autochtones soient victimes d'exploitation. Ces considérations de politique générale documentées et susceptibles d'être contradictoires permettent de conclure que le législateur a voulu accorder une certaine protection aux droits issus de traités sans toutefois empêcher les Indiens d'acquérir une grande indépendance financière. L'interprétation restrictive du mot « accord » à l'al. 90(1)*b*), retenue par notre Cour dans l'arrêt *Mitchell*, demeure donc valable.

Indian bands may be the recipients of property under treaty obligations. They may also receive property in their capacity as partners in policy implementation, as representatives of local interests, or as administrators of public spending destined to improve conditions in Indian communities. All of this funding may be important, but the *Indian Act* singles out treaty funding as representing a different kind of property that benefits from special protections. The legislative protection acts to preserve the basic treaty patrimony of the band for present and future generations. Given that our Constitution also grants a special place to treaty obligations, Parliament's decision to distinguish between treaty and non-treaty property in the statutory scheme is not one that the Court can or should disturb.

67 Les bandes indiennes peuvent recevoir des biens en exécution d'obligations découlant de traités. Elles peuvent également en obtenir à titre de partenaires dans la mise en œuvre de politiques, de représentants d'intérêts locaux ou d'administrateurs de programmes de dépenses publiques visant à améliorer la situation des collectivités autochtones. Toutes ces formes de financement peuvent être importantes, mais la *Loi sur les Indiens* accorde une protection spéciale au financement issu d'un traité. La protection légale a pour effet de préserver le patrimoine fondamental issu d'un traité pour la génération actuelle et les générations qui suivront. Comme notre Constitution reconnaît une importance particulière aux obligations découlant d'un traité, la décision du législateur d'établir une distinction entre les biens issus d'un traité et les autres n'en est pas une à laquelle la Cour peut ou doit toucher.

68 The position of Indians in Canada has greatly changed. Many bands have achieved a substantial degree of economic independence. Aboriginal owned and operated commercial enterprises are common across the country. Other bands, however, remain substantially dependent on federal revenues. Often, bands rely on a mix of government and self-generated revenues. Some of the government revenues provided to aboriginal peoples represent basic treaty entitlements and their modern counterparts or equivalents. Despite this different environment, Parliament has chosen not to repeal or reform the *Indian Act* provisions at issue, and so the case before us requires that we give them meaning 55 years after their introduction. By not reforming the *Indian Act* despite these new funding arrangements and evolving socio-economic and political conditions, Parliament has signalled its intent to maintain the distinction between those funds that give effect to treaty obligations and those that serve other ends. The task of the courts is to give effect to that intention.

La situation des Indiens au Canada a beaucoup évolué. Nombre de bandes ont acquis une grande autonomie financière. La propriété et l'exploitation d'entreprises commerciales par des Autochtones sont chose courante au pays. D'autres bandes vivent cependant encore en grande partie de revenus fédéraux. Souvent, les bandes comptent à la fois sur les fonds fédéraux et des revenus indépendants. Une partie des fonds fédéraux versés aux Autochtones représentent des droits fondamentaux issus d'un traité et leurs équivalents modernes. Malgré ce contexte différent, le législateur a choisi de ne pas abroger ou modifier les dispositions en cause de la *Loi sur les Indiens*, de sorte qu'il nous faut en l'espèce les interpréter 55 ans après leur adoption. En omettant de réviser la *Loi sur les Indiens* malgré ces nouvelles ententes de financement et l'évolution de la situation socio-économique et politique, le législateur a manifesté son intention de conserver la distinction entre les fonds versés en exécution d'une obligation découlant d'un traité et ceux versés à d'autres fins. Il incombe aux tribunaux de respecter cette intention.

### 5.2.8 Conclusion on the Meaning of "Agreement"

### 5.2.8 Conclusion sur le sens du mot « accord »

69 Textual, historical and policy considerations all support the conclusion of this Court in *Mitchell* that the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) of the *Indian Act* should not be construed broadly as extending to any agreement between the government and Indians that confers benefits, or any agreement between the government and Indians that confers "public sector services" benefits. Rather, it should be understood in the sense of an arrangement that fleshes out treaty obligations of the Crown.

Le texte de la disposition, son historique et les considérations de politique générale étayent la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Mitchell* selon laquelle, à l'al. 90(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens*, le mot « accord » ne doit pas être interprété largement de façon à englober toute entente entre le gouvernement et les Indiens qui confère des avantages ou toute entente entre le gouvernement et les Indiens qui confère des avantages liés à des « services publics ». Il faut plutôt y voir une entente qui précise les obligations contractées par Sa Majesté dans un traité.

70 I note, for the sake of clarity, that modern land claims agreements (e.g., the *Nisga'a Final Agreement* (1999)) are protected under the *Mitchell* interpretation of "treaty or agreement". This conclusion flows logically from s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that "'treaty rights' includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so

Par souci de clarté, je signale que les accords plus récents relatifs à des revendications territoriales (tel l'*Accord définitif Nisga'a* (1999)) sont protégés suivant l'interprétation retenue dans l'arrêt *Mitchell*. Cette conclusion découle logiquement du par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dispose que sont compris parmi les « droits issus de traités [. . .] les droits existants issus d'accords sur

acquired". This serves to mitigate, in some small measure, the exclusion of non-treaty Indians from s. 90 protection. Non-treaty Indians that are not currently protected under s. 90 may acquire protection in the future, if their band negotiates a land claims agreement with the federal government.

des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis ». Cela atténue un peu le fait que les Indiens non soumis au régime d'un traité ne bénéficient pas de la présomption établie à l'art. 90. Ces Indiens pourraient un jour en bénéficier si leur bande concluait avec le gouvernement fédéral un accord sur des revendications territoriales.

### 5.3 *Is the CFA at Issue Protected by Section 90(1)(b) of the Indian Act?*

Is the CFA at issue here an "agreement" that expressly, or by necessary implication, gives effect to the Crown's treaty obligations? This question is complicated for two reasons.

### 5.3 *L'EGF en cause est-elle visée à l'al. 90(1)b) de la Loi sur les Indiens?*

71 L'EGF en cause dans le présent pourvoi est-elle un « accord » qui donne effet, expressément ou par déduction nécessaire, aux obligations de Sa Majesté découlant d'un traité? Difficile de répondre, et ce, pour deux raisons.

First, the fund created by the CFA is blended and is thus difficult to characterize for the purposes of applying s. 90(1)(*b*). It is a pool of money provided for several different purposes, reflecting the reach of the modern welfare state. It includes funds provided by the federal government in order to enhance the self-sufficiency and living standards of the band in a wide range of areas. If parts of the fund relate to treaty obligations, these have not been segregated by either the Crown or the band.

72 Premièrement, les fonds issus de l'EGF ne sont pas ventilés, ce qui rend difficile la qualification de l'entente pour les besoins de l'al. 90(1)*b*). Il s'agit d'un montant global destiné à différents usages correspondant au vaste champ d'action de l'État providence moderne. Il englobe des sommes versées par le gouvernement fédéral pour accroître l'autonomie de la bande et améliorer son niveau de vie dans de nombreux domaines. Si les fonds sont liés en partie à des obligations découlant d'un traité, ni Sa Majesté ni la bande ne l'ont précisé.

The solution of the law where blended funds are concerned is usually to require the party claiming protection to segregate or trace the protected portion of the fund from unprotected portions. The same rationale applies to parties claiming protection under the *Indian Act*, but this brings us to the second complication in this case. The record in the case at bar does not permit us to delineate the extent of the Crown's treaty obligations to determine whether, and to what extent, some of the funds may flow directly from those obligations. At the Court of Queen's Bench, Sinclair J. made reference to the Crown's treaty obligation in respect of education, but he failed to engage in an analysis of the relationship, if any, between the treaty obligation and the pool of funds in question. Given his reasoning that s. 90(1)(*b*) provided broad protection, this determination was unnecessary. Under the proper interpretation of the provision set out

73 En droit, lorsque des fonds sont confondus, celui qui invoque la protection doit habituellement établir quelle partie est protégée et quelle partie ne l'est pas. Il en va de même pour celui qui prétend bénéficier de la protection de la *Loi sur les Indiens*, ce qui nous amène à la deuxième raison pour laquelle il est difficile de répondre à la question que pose le pourvoi. Le dossier ne permet pas de délimiter l'étendue des obligations de Sa Majesté découlant d'un traité de manière que nous puissions déterminer quels fonds se rattachent directement à ces obligations. Le juge Sinclair, de la Cour du Banc de la Reine, fait mention d'une obligation de Sa Majesté découlant d'un traité en matière d'éducation, mais il n'analyse pas le lien éventuel entre cette obligation et les fonds en cause. Selon lui, vu le caractère général de la protection conférée par l'al. 90(1)*b*), cela n'était pas nécessaire. Or, suivant l'interprétation préconisée précédemment, une telle analyse

above, however, it would be determinative of the issues before us.

74 It is clear that any portion of the CFA funds that flows directly from treaty obligations is entitled to protection under s. 90(1)(*b*). The manner in which the Crown has decided to discharge its obligations under treaties does not alter the degree to which Parliament has decided to protect funds spent for that purpose. To put it another way, there is no magic in the label CFA. The *Indian Act* confers protection on property flowing from treaty obligations, and the onus is on the party claiming the protection to establish that the property it claims to be protected falls within that category. On the findings of the courts below, that burden was not discharged.

75 Funds given pursuant to treaty obligations will be protected under s. 90(1)(*b*). The nature and extent of those obligations should be determined according to the interpretive principles that this Court has set out in the past, and with due regard to the particular historical context of the relationship between the Crown and the band in each case. The fact that the Crown provides funding for general public services, however, does not alter the fundamental treaty relationship that is the focus of these provisions. The underlying purpose of this statutory protection, as noted by La Forest J. in *Mitchell*, is not to improve socio-economic conditions but instead to protect the treaty property of Indians *qua* Indians. In all cases, the burden will be on the band to demonstrate that disputed funding is protected by virtue of its relationship to treaty obligations.

6. Conclusion

76 The record before us does not permit us to make a determination about the precise relationship between the funds in question and the treaty obligations of the Crown. As it is the burden of the band to demonstrate this connection, we cannot find that s. 90(1)(*b*) operates in this case to protect the funds. Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

serait décisive pour le règlement des questions en litige.

Toute partie des fonds prévus par l'EGF qui est directement liée à des obligations découlant d'un traité est clairement protégée par l'al. 90(1)*b*). La manière dont Sa Majesté a décidé de s'acquitter des obligations qu'elle a contractées dans des traités ne modifie pas le degré de protection que le législateur a choisi d'accorder aux fonds affectés à leur exécution. Autrement dit, l'appellation EGF n'est pas déterminante. La *Loi sur les Indiens* protège les biens donnés en vertu d'un traité, et il incombe à la partie qui invoque la protection d'établir que les biens en cause en bénéficient. Il ressort des conclusions des juridictions inférieures que l'appelante ne s'est pas acquittée de cette charge.

Les fonds donnés en exécution d'obligations issues de traités sont protégés par l'al. 90(1)*b*). Il convient de déterminer la nature et l'étendue de ces obligations à l'aide des principes d'interprétation déjà établis par notre Cour et en tenant dûment compte du contexte historique particulier du lien entre Sa Majesté et la bande en cause. Que Sa Majesté assure le financement de services publics généraux ne change rien au lien fondamental établi par traité et visé par la disposition. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell*, l'objectif de cette protection légale n'est pas d'améliorer la situation socio-économique des Indiens, mais plutôt de protéger les biens qu'ils obtiennent en vertu d'un traité en tant qu'Indiens. Dans tous les cas, il incombe à la bande de démontrer que les fonds en cause sont protégés du fait qu'ils sont liés aux obligations issues d'un traité.

6. Conclusion

Le dossier dont nous sommes saisis ne permet pas de discerner un lien précis entre les fonds en cause et les obligations contractées par Sa Majesté dans un traité. Puisqu'il incombe à la bande d'établir ce lien, nous ne pouvons conclure que l'al. 90(1)*b*) protège les fonds considérés en l'espèce. Par conséquent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

The reasons of Binnie, Fish and Abella JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and I agree with much of her analysis. I disagree, however, with the narrowness of her interpretation of the words "treaty or agreement between a band and Her Majesty" in s. 90(1)(*b*) of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. In my view, the Comprehensive Funding Arrangement ("CFA") between the God's Lake Band and Her Majesty is such an "agreement", and it follows that funds flowing to the band from Her Majesty under the CFA should be exempt from garnishment.

The *Indian Act* is a law of general application to Indians and lands reserved for Indians across Canada. I believe Parliament intended s. 90(1)(*b*) to operate equitably to all Indian bands, and should not be given an interpretation that favours treaty bands over non-treaty bands, and those with certain types of provision in their treaties over others. The *Indian Act* should be taken to reflect rational public policy, equitably administered, rather than a vehicle to perpetuate the anomalies of an on-again off-again treaty making process with a dodgy record that stretches back more than 250 years. If Parliament had intended such an inequitable result it could have said so in clear language. It did not do so, and I do not believe the Court should impose such a discriminatory result by a process of restrictive interpretation.

There is another important purpose served by s. 90(1)(*b*). It protects the interest of taxpayers in ensuring that funds appropriated by Parliament and transferred under an agreement with an Indian band are used for the designated purposes, and not, as here, diverted to other purposes chosen by the band council.

Having regard to both aspects, I would allow the appeal.

Version française des motifs des juges Binnie, Fish et Abella rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — J'ai lu les motifs de la Juge en chef et je souscris en grande partie à son analyse. Je ne suis toutefois pas d'accord avec son interprétation restrictive de l'expression « traité ou accord entre une bande et Sa Majesté » figurant à l'al. 90(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. À mon avis, l'entente globale de financement (« EGF ») intervenue entre la bande de God's Lake et Sa Majesté constitue un tel « accord », de sorte que les fonds versés à la bande par Sa Majesté conformément à l'EGF devraient échapper à la saisie-arrêt. 77

La *Loi sur les Indiens* est une loi qui s'applique généralement aux Indiens et aux terres qui leur sont réservées à la grandeur du Canada. Selon moi, le législateur a voulu que l'al. 90(1)*b*) s'applique équitablement à toutes les bandes indiennes, et non qu'il soit interprété de façon à favoriser les bandes soumises au régime d'un traité par rapport à celles qui ne le sont pas ou encore, les bandes soumises à un traité qui comporte certaines dispositions par rapport à celles qui sont assujetties à un traité n'en renfermant pas. Il faut voir dans la *Loi sur les Indiens* l'expression d'une politique générale rationnelle, appliquée équitablement, et non un moyen de perpétuer les disparités créées depuis plus de 250 ans par un processus de conclusion de traités intermittent au bilan peu reluisant. Si le législateur avait voulu un tel résultat inéquitable, il aurait pu le dire clairement. Il ne l'a pas fait et je ne crois pas que la Cour doive imposer une telle discrimination en adoptant une interprétation restrictive. 78

L'alinéa 90(1)*b*) permet la réalisation d'un autre objectif important. Il protège l'intérêt des contribuables en faisant en sorte que les fonds votés par le Parlement puis transférés conformément à une entente conclue avec une bande indienne soient employés comme convenu et non au gré du conseil de bande, comme en l'espèce. 79

Pour ces deux motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. 80

I. Overview

81 I agree with the Chief Justice that the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) draws its meaning from context, but its proper context is broader than its juxtaposition (disjunctively) with the word "treaty", although that juxtaposition itself suggests "agreement" means something *different* from a treaty, and thus favours a broader not a more restrictive meaning of "agreement".

82 My colleague's argument that native reserves would benefit by greater access to credit in the market economy is an attractive concept for those bands in a position to take advantage of it, but Parliament must be taken to be aware of the realities of life on most reserves. There is the attractive concept, but then there is the reality. The God's Lake Reserve lies 1,037 kilometers northeast of Winnipeg. No conventional roads or railways link God's Lake to the rest of the province. The reserve is accessible only by air or by winter ice road after freeze-up. Sinclair J. found that local employment is limited to band government or its subsidiaries and small entrepreneurs, e.g., grocery stores ((2004), 186 Man. R. (2d) 31, 2004 MBQB 156, at para. 79). The band is entirely funded by the federal government through the annual CFA (para. 5). For the appellant, the prospect of significant participation in the off-reserve economy is likely as remote as their geographic location.

83 Of much greater immediacy is the need to protect the integrity of funds appropriated by Parliament for CFA disbursement. Parliament should be taken to intend to avoid making Canadian taxpayers pay twice over for delivery of the CFA services. The Attorney General of Canada acknowledges in his factum "the valid concern that garnishment of the funds in [the band's] accounts could lead to hardship or a loss of its capacity to deliver essential services". The small community of God's Lake, consisting of fewer than 1,300 people, accounts for 10 percent of all tuberculosis cases in Manitoba (*House of Commons Debates*, vol. 135, No. 176,

I. Vue d'ensemble

Je conviens avec la Juge en chef que le mot « accord » employé à l'al. 90(1)*b*) tire son sens du contexte, mais j'estime que ce contexte ne se résume pas à sa juxtaposition (disjonctive) au mot « traité », quoique cette même juxtaposition donne à penser qu'« accord » signifie *autre* chose que « traité » et milite en faveur d'une interprétation large plutôt que restrictive.

L'argument de ma collègue selon lequel les réserves indiennes retireraient un avantage d'un plus grand accès au crédit dans une économie de marché est une idée séduisante pour les bandes qui sont en mesure de s'en prévaloir, mais le législateur n'a pu ignorer la situation réelle dans la plupart des réserves. Il y a cette théorie séduisante d'une part, et la réalité de l'autre. La réserve de God's Lake est située à 1 037 kilomètres au nord-est de Winnipeg. Aucune route véritable ou voie ferrée ne la relie au reste de la province. Elle n'est accessible que par avion ou, l'hiver, par un pont de glace. Selon le juge Sinclair, les seuls emplois locaux sont ceux qu'offrent le gouvernement de la bande ou les organismes qui en dépendent et les petits entrepreneurs, tels les épiciers ((2004), 186 Man. R. (2d) 31, 2004 MBQB 156, par. 79). Le financement de la bande est entièrement assuré par l'EGF conclue chaque année avec le gouvernement fédéral (par. 5). Pour l'appelante, l'économie hors-réserve, dans l'optique d'une éventuelle participation notable, est aussi peu accessible que ne l'est la réserve sur le plan géographique.

Il est beaucoup plus urgent de préserver l'intégrité des fonds votés par le Parlement puis versés en vertu d'une EGF. Le législateur n'a pu vouloir que les contribuables paient deux fois la prestation des services visés par une EGF. Le procureur général du Canada reconnaît dans son mémoire [TRADUCTION] « la crainte légitime que la saisie-arrêt des fonds versés sur [les] comptes [de la bande] puisse causer des difficultés à la bande ou nuire à sa capacité de fournir les services essentiels ». La petite collectivité de God's Lake, qui compte moins de 1 300 personnes, regroupe pourtant 10 p. 100 de tous les cas de tuberculose diagnostiqués au

1st Sess., 36th Parl., February 8, 1999, at p. 11602). Only about 10 percent of the homes on the reserve have basic sewer systems. I agree with the Attorney General of Canada that CFA services are essential. Being essential, Parliament can be taken to be aware that, if garnishment of CFA funds is to be permitted, at some point the government will feel obliged to step in with more funds to ensure their continuance even if it means paying twice.

Manitoba (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, nº 176, 1re sess., 36e lég., 8 février 1999, p. 11602). Environ 10 p. 100 seulement des maisons de la réserve sont desservies par un réseau d'égouts. Je conviens avec le procureur général du Canada que les services fournis en vertu d'une EGF sont essentiels. Et parce qu'ils sont essentiels, le législateur n'a pu ignorer que si les fonds issus d'une EGF étaient saisissables, l'État devrait tôt ou tard réinjecter des fonds pour que se poursuive la prestation des services, même s'il se trouvait ainsi à payer deux fois.

Quite apart from, and in addition to, the respondent's claim, the appellant's banker, Peace Hills Trust, asserts priority for $1,668,872 in respect of various lines of credit obtained by the band council outside the CFA framework. The record discloses that the total non-CFA debt run up by this band council is about $3 million. When this is compared with total annual CFA funding at the relevant time of $7,354,404, it demonstrates the scale of the public policy dilemma.

84 Dans un tout autre ordre d'idée, l'institution financière de l'appelante, Peace Hills Trust, fait valoir en outre qu'elle a droit en priorité à 1 668 872 $ pour diverses marges de crédit consenties au conseil de bande indépendamment de l'EGF. Selon le dossier, la dette globale du conseil de bande contractée indépendamment de l'EGF s'élève à environ 3 millions de dollars. Au regard du financement annuel de 7 354 404 $ prévu par l'EGF au moment considéré, on peut constater l'ampleur du dilemme qui se pose sur le plan de la politique gouvernementale.

In making these observations, I do not suggest the band council's priorities were bad or wasteful. The details of those expenditures are not before us. My point is simply that the band council priorities seem to be different from the CFA priorities, and by permitting garnishment of CFA funds, the Court enables the band council to substitute its spending priorities for those of the CFA. Public funds set aside for CFA priorities will now be diverted to payment of debts run up by the band council outside the CFA framework. I appreciate the fact that if the band succeeds here it will on this occasion both have its cake and eat it too, but at least potential creditors of the appellant and other bands would be put on notice that CFA funds are not now or in future to be available for garnishment or execution.

85 Mon propos n'est pas de laisser entendre que les priorités du conseil de bande n'étaient pas valables. Nous ne sommes pas saisis du détail de ces dépenses. Je dis simplement que les priorités du conseil de bande semblent différentes de celles visées par l'EGF et que la Cour, en autorisant la saisie-arrêt des fonds issus de l'EGF, permet au conseil de bande de substituer ses priorités à celles prévues dans l'EGF. Les fonds publics destinés aux priorités énoncées dans l'EGF serviront maintenant à régler la dette accumulée par le conseil de bande indépendamment de l'EGF. Je reconnais que si la bande avait gain de cause en l'espèce, elle aurait à la fois le beurre et l'argent du beurre, mais, au moins, les créanciers éventuels de l'appelante et des autres bandes sauraient que les fonds issus d'une EGF ne peuvent ni ne pourront faire l'objet d'une saisie-arrêt ou d'une exécution.

My colleague points out, correctly, that the Crown can endeavour to protect CFA funds from diversion by contractual means. The Chief Justice writes:

86 Ma collègue signale à juste titre que Sa Majesté peut emprunter la voie contractuelle pour empêcher la réaffectation des fonds issus d'une EGF. La Juge en chef dit :

It is open to the Crown to include provisions intended to protect the particular band in any funding agreements that it makes with the band. As was put to us in argument, the CFAs themselves often have numerous provisions to ensure that the monies are used to provide the benefits and the services that they are intended to cover. If the band is not using the money in that way, there is often a provision for a third-party manager to step in to remedy the problem. [para. 61]

Sa Majesté peut inclure dans toute entente de financement conclue avec une bande des dispositions visant à protéger cette dernière. Comme on l'a fait valoir devant nous, les EGF comportent souvent elles-mêmes de nombreuses dispositions visant à faire en sorte que les fonds versés servent à la prestation des avantages et des services en cause. Une disposition prévoit souvent l'intervention d'un tiers gestionnaire lorsque la bande affecte les fonds à autre chose. [par. 61]

The problem, as will be discussed, is that such "protections" were included in *this* band's CFA and a "third-party manager" *was* put in place "to remedy the problem" but all of these contractual protections were circumvented by the band council. It incurred non-CFA debts it had no money to pay for, then consented to judgment in favour of the respondent which led to the seizure of the CFA funds. The result of the Court's decision today is that the band council was able simply to walk around the CFA contractual provisions designed to prevent this from happening.

Or, même si, *en l'espèce*, une telle « protection » a été prévue dans l'EGF et un « tiers gestionnaire » *a été* nommé, le conseil de bande a agi à sa guise. Il a engagé indépendamment de l'EGF des dépenses supérieures à ses moyens, puis il a consenti à ce que jugement soit rendu en faveur de l'intimée, d'où la saisie des fonds issus de l'EGF. La décision que rend la Cour aujourd'hui permet en somme au conseil de bande de contourner les dispositions contractuelles de l'EGF censées l'empêcher d'agir de la sorte.

87 Placing s. 90(1)(*b*) in the broader context of the *Indian Act* as a whole, and Parliament's legislative assumption of responsibilities for Indian bands under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, I conclude for the reasons that follow that s. 90(1)(*b*) places under ss. 87 and 89 protection monies given by the federal Crown to Indians or a band, whether or not under treaty, pursuant to an agreement to provide on-reserve essential public services including housing, education, infrastructure, health and welfare. The CFA is such an agreement.

Considérant l'al. 90(1)*b*) dans le contexte plus large de la *Loi sur les Indiens* dans son ensemble et de l'exercice par le Parlement de la compétence que lui confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à l'égard des bandes indiennes, pour les motifs qui suivent, j'arrive à la conclusion que l'al. 90(1)*b*) fait bénéficier de la protection prévue aux art. 87 et 89 les sommes données par Sa Majesté aux Indiens ou à une bande, soumis ou non au régime d'un traité, en vertu d'une entente pour la prestation de services publics essentiels (logement, éducation, équipements, santé, aide sociale, etc.) sur la réserve. L'EGF constitue une telle entente.

## II. The Absence of On-Site Banking Facilities

## II. L'absence de services bancaires dans la réserve

88 Opinions may differ, of course, as to whether exemption from execution and garnishment is ultimately to the benefit of Indian bands, who thereby may have difficulty in providing security and establishing credit worthiness in a market economy. (There is no doubt that exemption from *taxation* is a benefit.) These exemptions have been a feature of successive *Indian Acts* since before Confederation, as my colleague describes in some detail. The

Certes, les opinions peuvent différer quant à savoir si l'exception relative à l'exécution et à la saisie profite ultimement aux bandes indiennes, celles-ci pouvant avoir du mal à fournir des garanties et à établir leur solvabilité dans une économie de marché. (Il ne fait aucun doute que l'exemption *fiscale* est un avantage.) Cette exception figure dans les diverses lois sur les Indiens adoptées depuis avant la Confédération, comme l'explique plus en

question before us is not the wisdom of the exemptions in ss. 87-90 but the scope of their intended application.

Section 90 "deems" certain personal property of Indians (including bank accounts) to be located on a reserve despite the fact that according to ordinary legal rules governing *situs* they are located elsewhere.

The God's Lake Band is too poor and its reserve too remote to attract a branch of a deposit-taking financial institution. If it were rich enough to have an on-site branch, the CFA deposit would constitute a debt located on the reserve and thus a form of personal property exempt from seizure or execution under s. 89 of the *Indian Act*. One of the recommendations of the Royal Commission on Aboriginal Peoples ("RCAP") was to improve the access of bands to on-reserve banking facilities: see, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996) (*"RCAP Report"*), vol. 2, *Restructuring the Relationship*, at p. 911. Although the Chief Justice suggests that her conclusion will empower Indian bands to pursue economic opportunities, the reality is that as a result of today's decision only the more fortunate and economically developed bands, the handful of bands served on site by a deposit-taking financial institution, will receive their CFA funds free of taxation (s. 87) and "not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band" (s. 89(1)). The less advantaged bands will have their off-reserve funds subject to taxation and seizure. My colleague suggests (at para. 62) that a band council could avoid the impact of the narrow interpretation of s. 90(1)(*b*) by making use of the handful of on-reserve banking branches elsewhere in the province. It is possible, of course, that some of the over 50 bands in Manitoba will move their banking to the three or so reserves which do have on-site banking, thereby circumventing the "access to capital" rationale favoured by the Chief Justice, but this proposal doesn't address the fundamental problem in this case. Band councils which (as here) want to use the CFA income stream as collateral for

détail ma collègue. Il s'agit de se prononcer non pas sur l'opportunité des exceptions prévues aux art. 87 à 90, mais sur la portée que le législateur a voulu leur donner.

89 L'article 90 dispose que certains biens meubles des Indiens (y compris leurs comptes bancaires) sont « réputés » situés sur une réserve même si suivant les critères juridiques habituels, ils sont situés ailleurs.

90 La bande de God's Lake est trop pauvre et sa réserve, trop éloignée pour qu'une institution de dépôt y établisse une succursale. Si elle avait été suffisamment prospère pour avoir une succursale sur place, les fonds issus de l'EGF qu'elle y aurait déposés auraient constitué une créance située sur la réserve et, par conséquent, un bien meuble soustrait à la saisie ou à l'exécution par l'application de l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens*. L'une des recommandations formulées par la Commission royale sur les peuples autochtones (« CRPA ») était d'accroître l'accès des bandes aux services bancaires dans les réserves : voir *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996) (« *Rapport de la CRPA* »), vol. 2, *Une relation à redéfinir*, p. 1025. Même si la Juge en chef laisse entendre que sa conclusion permettra aux bandes indiennes de prendre part à l'activité économique, en réalité, seules les bandes fortunées et économiquement développées — les quelques bandes desservies directement par une institution de dépôt — toucheront en application d'une EGF des fonds exemptés de taxation (art. 87) et ne pouvant « faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande » (par. 89(1)). Les fonds détenus hors réserve par les bandes les plus démunies seront taxables et saisissables. Au paragraphe 62 de ses motifs, ma collègue laisse entendre qu'un conseil de bande pourrait échapper aux conséquences de l'interprétation restrictive de l'al. 90(1)*b*) en recourant aux services des quelques succursales bancaires établies dans les réserves de la province. Il est bien sûr possible que parmi la cinquantaine de bandes au Manitoba, certaines fassent affaire avec les succursales situées dans quelque trois réserves,

other loans and priorities will now have little incentive to make on-reserve banking arrangements that if made would frustrate achievement of their non-CFA objectives.

écartant ainsi la justification invoquée par la Juge en chef, à savoir que les Indiens puissent « obtenir des capitaux », mais cette conjecture ne règle pas le problème fondamental en l'espèce. Désormais, le conseil de bande qui (comme dans la présente affaire) voudrait utiliser les revenus tirés de l'EGF pour garantir un prêt contracté pour d'autres priorités ne sera guère incité à conclure avec une institution financière située sur la réserve une entente qui l'empêcherait de réaliser ses objectifs non liés à l'EGF.

### III. Unnecessary Entrenchment of Anomalies

### III. Consécration inutile de disparités

91 If, as the Chief Justice holds, s. 90(1)(*b*) applies only to treaties and agreements that "flesh out commitments of the Crown" (para. 26), an interpretation which is the most restrictive and least generous to band members of all those under consideration, further anomalies are presented. For example, in the present case my colleague acknowledges that CFA funding directed to education would be exempt from garnishment because such monies can be construed as "fleshing out" Treaty No. 5 (1875). But equivalent CFA funding to a treaty-less band in British Columbia would not be similarly protected because in that case the monies could not be attributed to a treaty or an ancillary agreement fleshing out a treaty. This is not equitable treatment. Nor would it be rational legislative policy.

Si, comme le conclut la Juge en chef, l'al. 90(1)*b*) ne s'applique qu'au traité et à l'accord qui « précis[e] les engagements de Sa Majesté » (par. 26) — interprétation, parmi toutes celles examinées, la plus restrictive et la moins généreuse envers les membres de la bande —, de nouvelles disparités voient le jour. Par exemple, dans le présent pourvoi, ma collègue reconnaît que les fonds affectés à l'éducation dans l'EGF échappent à la saisie car on peut y voir une « précision » apportée au Traité n° 5 (1875). Pourtant, les mêmes fonds versés à une bande de la Colombie-Britannique non soumise au régime d'un traité ne bénéficient pas de la même protection parce qu'ils ne sont pas liés à un traité ou à un accord accessoire précisant les obligations découlant d'un traité. Cela ne constitue ni un traitement équitable ni une politique législative rationnelle.

92 Then, too, what is to be made of serendipitous differences in the wording of the treaties? Treaty No. 6 (1876), for example, obliges the Crown to keep a medicine chest on the reserve. Leaving aside the question of what the "medicine chest" clause means in 2006, it is difficult to identify any legislative purpose that would be served by protecting payments for on-reserve medical services in the case of Treaty No. 6 bands but not Treaty No. 5 bands (because Treaty No. 5 does not mention a medicine chest) or medical services provided on reserves to bands that have no treaty at all.

Que faut-il conclure par ailleurs de la variation providentielle du libellé des traités? Le Traité n° 6 (1876), par exemple, oblige Sa Majesté à doter la réserve d'un « buffet à médicaments ». Sans même se demander en quoi peut consister cette obligation en 2006, il est difficile de déterminer quel objectif législatif serait poursuivi si les fonds destinés aux services médicaux sur la réserve étaient protégés dans le cas des bandes soumises au Traité n° 6, mais pas dans celui des bandes signataires du Traité n° 5 (qui ne fait pas mention d'un « buffet à médicaments ») ou des bandes qui n'ont conclu aucun traité.

93 What about the east coast "peace and friendship" treaties that had fewer benefits than the

Qu'en est-il des traités « de paix et d'amitié » de la côte Est, moins avantageux que les traités

post-Confederation numbered treaties, and vastly fewer benefits than the modern comprehensive land claims settlements (which are included in the definition of "treaty" under s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*)? I do not agree with my colleague that entrenchment of such disparities for the purposes of taxation, seizure and garnishment was in the contemplation of Parliament when it enacted s. 90(1)(*b*).

The Chief Justice argues that her restrictive interpretation fosters self-reliance, self-government and economic development. In fact, however, the opposite is more likely to be true. A band concerned about such matters as taxation seizure and garnishment would be better off letting the government provide services directly to the reserve rather than attempting to provide the public services themselves through CFA funding. In the latter case, the monies (unlike direct government services) may be intercepted off-reserve by creditors.

I am in respectful agreement with Sinclair J. who concluded that the CFA reflects the responsibilities assumed by the Crown under laws in relation to Indians and lands reserved for Indians enacted under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (para. 87). The responsibilities accepted by the Crown are not limited to *treaty* Indians. Indian bands have been recognized as possessing greater or lesser powers in the nature of self-governing institutions since the 1869 amendments (S.C. 1869, c. 6) to *An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ord[i]nance Lands*, S.C. 1868, c. 42. This legislation predated even the initial phase of Treaty No. 5 negotiations. The adhesion of the God's Lake Band on August 6, 1909 also post-dated passage of the *Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18. These early enactments not only recognized exemptions from taxation seizure and execution, as noted by the Chief Justice, but also acknowledged that to a large extent Indian bands could, should and would continue to govern themselves. The trouble was (and is) that dispossession from much of their traditional economic base and subsequent changes in the economy have left most

numérotés postérieurs à la Confédération et beaucoup moins encore que les accords plus récents sur des revendications territoriales globales (assimilés à des « traités » au par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*)? Contrairement à ma collègue, je ne crois pas que le législateur a voulu créer de telles disparités en matière de taxation et de saisie en édictant l'al. 90(1)*b*).

94 La Juge en chef fait valoir que l'interprétation restrictive qu'elle privilégie favorise l'indépendance, l'autonomie gouvernementale et le développement économique. Dans les faits, c'est plutôt le contraire. Il est plus avantageux pour une bande soucieuse d'échapper à toute taxation ou saisie, par exemple, de laisser au gouvernement le soin de fournir directement des services publics à la réserve, plutôt que de conclure une EGF pour le faire elle-même, auquel cas un créancier pourrait saisir les fonds (contrairement aux services gouvernementaux directs) à l'extérieur de la réserve.

95 Avec déférence, je partage plutôt l'avis du juge Sinclair selon lequel l'EGF cadre avec les obligations de Sa Majesté suivant les lois relatives aux Indiens et aux terres réservées pour eux adoptées sur le fondement du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (par. 87). Ces obligations n'existent pas au seul bénéfice des Indiens soumis au régime d'un *traité*. Depuis la modification en 1869 (S.C. 1869, ch. 6) de l'*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42, on reconnaît à une bande indienne des pouvoirs plus ou moins étendus apparentés à ceux d'une institution autonome. Cette loi a même précédé la phase initiale des négociations du Traité n° 5. L'adhésion de la bande de God's Lake le 6 août 1909 est également postérieure à l'*Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18. Ces premiers textes législatifs reconnaissaient non seulement les exceptions relatives à la taxation, à la saisie et à l'exécution, comme le signale la Juge en chef, mais aussi que, dans une large mesure, les bandes indiennes continueraient de se gouverner, qu'elles pouvaient le faire et qu'elles le devaient. Le problème était (et demeure)

band governments too few resources to be self-sufficient. CFA funding is in the nature of government to government transfer payments, covering essential services such as education, housing, health and welfare. These are matters that were characterised in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 134-35, as the type of program targeted by s. 90(1)(*b*). If, as *Mitchell* holds, a primary purpose of the *Indian Act* is to protect reserves and its members from economically induced dispossession, why should s. 90(1)(*b*) not be interpreted as applicable to *all* reserves to achieve that objective?

96 All of the members of our Court in *Mitchell* agreed with the *Nowegijick* principle "that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians" (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36): La Forest J., at p. 142, and Dickson C.J., at pp. 107-8. It is not necessary to resort to the *Nowegijick* principle in this case as I reach my conclusion based on ordinary principles of statutory construction, but *Nowegijick* certainly reinforces the conclusion I have reached.

## IV. Facts

### A. *Treaty No. 5*

97 In 1909, the God's Lake First Nation adhered to Treaty No. 5 which covers much of what is present day Manitoba and parts of northwestern Ontario. The Indian signatories to the treaty surrendered more than a hundred thousand square kilometers of land in two stages. In the first phase (1875), the Crown accepted the surrender of the southern prairie lands of Manitoba by the Saulteaux (or Chippewa) and Swampy Cree First Nations. The surrender was considered "essential" to the westward expansion of non-aboriginal Canadians, as Alexander Morris, then Lieutenant-Governor of

que la dépossession des bandes indiennes d'une grande partie de leurs activités économiques traditionnelles et l'évolution subséquente de l'économie ont privé la plupart d'entre elles des ressources nécessaires à leur autonomie. Le financement par voie d'EGF s'effectue au moyen de paiements de transfert d'un gouvernement à l'autre pour des services essentiels comme l'éducation, le logement, la santé et l'aide sociale, lesquels ont été assimilés dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 134-135, aux programmes visés par l'al. 90(1)*b*). Si, comme l'a conclu la Cour dans cet arrêt, un des objectifs premiers de la *Loi sur les Indiens* est de protéger les réserves et d'empêcher que leurs membres ne se départissent de leurs biens pour des raisons financières, pourquoi ne pas l'atteindre en faisant bénéficier *toutes* les réserves de l'application de l'al. 90(1)*b*)?

Dans l'arrêt *Mitchell*, la Cour a unanimement souscrit au principe dégagé dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36, à savoir « que les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens » (le juge La Forest, p. 142; le juge en chef Dickson, p. 107-108). L'application de ce principe n'est pas nécessaire en l'espèce puisque je m'en remets aux principes ordinaires d'interprétation législative, mais l'arrêt *Nowegijick* étaye assurément ma conclusion.

## IV. Les faits

### A. *Traité n^o^ 5*

En 1909, la Première Nation de God's Lake a adhéré au Traité n^o^ 5, qui vise en grande partie l'actuel Manitoba et en partie le nord-ouest de l'Ontario. Les Indiens signataires ont cédé en deux étapes plus de cent mille kilomètres carrés de territoire. En 1875, Sa Majesté a d'abord accepté la cession des terres des prairies du sud du Manitoba par les Premières Nations des Saulteux (ou des Chippaouais) et des Cris de la Savane. Cette cession était jugée « essentielle » à la progression vers l'Ouest des Canadiens non autochtones, comme l'a alors écrit le lieutenant-gouverneur des Territoires

the North-West Territories, Manitoba and Kee-wa-tin, wrote at the time:

> This treaty [the Winnipeg Treaty, Number Five], covers an area of approximately about 100,000 square miles. The region is inhabited by Chippewas and Swampy Crees. The necessity for it had become urgent. The lake is a large and valuable sheet of water, being some three hundred miles long. The Red River flows into it and the Nelson River flows from it into Hudson's Bay. Steam navigation had been successfully established by the Hudson's Bay Company on Lake Winnipeg. . . . Moreover, until the construction of the Pacific Railway west of the city of Winnipeg, the lake and Saskatchewan River are destined to become the principal thoroughfare of communication between Manitoba and the fertile prairies in the west. . . .
>
> For these and other reasons, the Minister of the Interior reported "that it was essential that the Indian title to all the territory in the vicinity of the lake should be extinguished so that settlers and traders might have undisturbed access to its waters, shores, islands, inlets and tributary streams." [Emphasis added.]

(A. Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on which They were Based, and Other Information Related Thereto* (2000), at pp. 143-44, originally published in 1880.)

du Nord-Ouest, du Manitoba et de Kee-wa-tin, Alexander Morris :

> [TRADUCTION] Le présent traité [le traité de Winnipeg, numéro cinq] vise un territoire d'environ 100 000 milles carrés. La région est habitée par les Chippaouais et les Cris de la Savane. La signature du traité était devenue urgente. Le lac est une étendue d'eau vaste et précieuse, d'une longueur d'environ trois cents milles. Il reçoit les eaux de la rivière Rouge et le fleuve Nelson y prend sa source pour se jeter dans la Baie d'Hudson. La Compagnie de la Baie d'Hudson a ouvert le lac Winnipeg à la navigation à vapeur. [. . .] De plus, jusqu'à la construction du Chemin de fer du Pacifique à l'ouest de la ville de Winnipeg, le lac et la rivière Saskatchewan deviendront la principale voie de communication entre le Manitoba et les prairies fertiles de l'Ouest. . .
>
> Pour ces raisons et bien d'autres, le ministre de l'Intérieur a affirmé « qu'il était essentiel d'éteindre le droit de propriété des Indiens sur l'ensemble du territoire situé à proximité du lac afin que colons et commerçants puissent accéder librement à ses eaux, rives, îles, ruisseaux et affluents ». [Je souligne.]

(A. Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on which They were Based, and Other Information Related Thereto* (2000), p. 143-144, publié initialement en 1880.)

At the second stage, between 1908 and 1909, the surrender of more northerly lands in Manitoba as well as some areas of northwestern Ontario were negotiated with a number of other Cree First Nations, including the God's Lake Band, as well as bands at Split Lake, Nelson House, Norway House, Cross Lake, Fisher River, Oxford House, and Island Lake.

Puis, entre 1908 et 1909, la cession de terres situées dans le nord du Manitoba, ainsi que de certains territoires du nord-ouest de l'Ontario, a été négociée avec d'autres Premières nations Cris, y compris la bande de God's Lake, ainsi que les bandes du lac Split, de Nelson House, de Norway House, du lac Cross, de la rivière Fisher, d'Oxford House et du lac-de-l'Île.

In exchange for the surrender of the aboriginal interest in these vast lands "Her Majesty the Queen" agreed to set aside certain reserves and undertook as well, among other things, to provide for the maintenance of schools on reserves, the right to pursue hunting and fishing throughout the unoccupied lands surrendered in the treaty, to provide farming and carpentry tools to families and bands, to provide seeds for planting, to provide cattle to each band, an amount of $500 per annum

98

En contrepartie des droits ancestraux sur ces vastes territoires, « Sa Majesté la Reine » a convenu de mettre des terres en réserve et elle s'est notamment engagée à y assurer l'éducation, à autoriser la chasse et la pêche dans toute partie inoccupée du territoire cédé dans le traité, à fournir des outils agricoles et de charpenterie aux familles et aux bandes, à fournir des semences et du bétail à chacune des bandes, à partager annuellement entre tous les Indiens liés par le traité une somme de

for ammunition and twine for nets to be divided among all Indians covered by the treaty and an annual grant of five dollars for each Indian person covered by the treaty (Treaty No. 5 between Her Majesty the Queen and the Saulteaux and Swampy Cree Tribes of Indians, 1875 and 1909).

B. *The God's Lake Reserve*

99 The God's Lake Band presently has inadequate resources to achieve financial independence in a market economy. Its CFA funds are administered according to the budget and the terms of the CFA, which is co-managed by Haugen Morrish Angers Chartered Accountants, who were appointed by the federal government. The co-manager is required to approve all proposed spending in order to ensure compliance with the CFA (Sinclair J., at para. 6). The funds are transferred by Indian and Northern Affairs Canada to the band's financial institution (Peace Hills Trust Company) in Winnipeg.

100 Under the CFA, the band is restricted to spending its money in specific budget areas which for convenience I would collect under the following headings:

Education

Instructional services formula
Low cost special education
Student transportation services
Guidance and counselling
Post-secondary education
Administration of post-secondary education
Schools operation and management
Teaching/Residences/Group homes operation and management
Special education
First Nations & Inuit career promotion and awareness program
First Nations & Inuit science and technology program
First Nations & Inuit student summer employment opportunities program

cinq cents dollars pour l'achat de munitions et de ficelle pour les rets et à verser à chaque indien lié par le traité une indemnité annuelle de cinq dollars (Traité n° 5 entre Sa Majesté la Reine et les Saulteux et les Cris de la Savane, 1875 et 1909).

B. *La réserve God's Lake*

Actuellement, la bande de God's Lake ne dispose pas de ressources suffisantes pour accéder à l'indépendance financière dans une économie de marché. Les fonds qu'elle reçoit en vertu d'une EGF sont administrés conformément aux priorités et aux conditions prévues dans l'EGF, laquelle est cogérée par les comptables agréés Haugen Morrish Angers, nommés par le gouvernement fédéral. La bande doit obtenir du cogestionnaire l'approbation de son plan de dépenses et la confirmation que celui-ci respecte l'EGF (le juge Sinclair, par. 6). Les fonds sont transférés par Affaires indiennes et du Nord Canada à l'institution financière de la bande (Peace Hills Trust Company) à Winnipeg.

L'EGF prévoit que la bande ne peut affecter les fonds qu'à certains postes que je regroupe sous les rubriques suivantes :

Éducation

Programmes de services d'enseignement
Éducation spécialisée à faible coût
Services de transport des élèves
Conseils et orientation
Enseignement postsecondaire
Administration de l'enseignement postsecondaire
Fonctionnement et gestion des écoles
Enseignement/Résidences/Fonctionnement et gestion des foyers de groupe
Éducation spécialisée
Programme d'information sur les carrières pour les Inuits et les Premières Nations
Programme science et technologie pour les Inuits et les Premières Nations
Programme d'emploi d'été des étudiants Inuits et des étudiants des Premières Nations

| | |
|---|---|
| First Nations & Inuit youth work experience program | Programme d'expérience de travail pour les jeunes Inuits et les jeunes des Premières Nations |
| Social development | Développement social |
| Basic needs | Besoins essentiels |
| Special needs | Besoins spéciaux |
| Service delivery | Prestation de services |
| In-home care | Soins à domicile |
| National child benefit reinvestment | Réinvestissement de la Prestation nationale pour enfants |
| Infrastructure | Équipements |
| Capital planning and project infrastructure | Planification et programme d'immobilisations — Infrastructure |
| Fire protection | Protection-incendies |
| Roads and bridges | Routes et ponts |
| Sanitation systems | Installations sanitaires |
| Water systems | Réseau d'aqueduc |
| Electrical systems | Systèmes électriques |
| Community buildings | Bâtiments communautaires |
| Maintenance management | Gestion de l'entretien |
| Solicitor General policing | Solliciteur général (services policiers) |
| On-Reserve Housing & Renovation | Logement et rénovation dans la réserve |
| Indian government services | Services du gouvernement autochtone |
| Band support funding | Financement du soutien de la bande |
| Band employee benefit plans — statutory contribution | Avantages sociaux des employés de la bande — contribution légale |
| Band employee benefit plans — non-statutory (flexible transfer payments) | Avantages sociaux des employés de la bande — non prévus par la loi (paiements de transfert souples) |
| Miscellaneous | Divers |
| Indian Registry administration | Administration du registre des Indiens |
| Economic development | Développement économique |
| Community and economic development organization planning and operations | Organisation, planification et fonctionnement du développement communautaire et économique |

As mentioned, CFA funds are transferred in monthly payments which are not segregated by program. For example, the God's Lake Band administers its own education programs on the reserve. At present it has 400 students enrolled in the on-reserve school (which gives some idea of the demographics

Je le répète, les fonds versés en vertu d'une EGF sont transférés chaque mois sans être répartis par programme. Par exemple, la bande de God's Lake administre ses propres programmes d'éducation sur la réserve. À l'heure actuelle, 400 étudiants sont inscrits à l'école de la réserve (ce qui

101

of the reserve). The band employs 39 teachers and staff. According to the testimony of Mike Angers, co-manager of the God's Lake CFA, the garnishing order has frozen part of the money needed to operate and maintain the schools and school services. In addition to on-reserve students, the band also supports band children who attend post-secondary education off the reserve. Approximately $54,000 per month is spent on tuition, housing and support for these students. Mr. Angers testified that this funding was also frozen by the garnishment order. By way of further example the band maintains its own Social Services program which provides money for the unemployed and the physically or mentally disabled, as well as in-home care for the elderly and infirm. As Sinclair J. put it:

> The [CFA] between the Band and the federal government is one intended by the parties to allow the Band to carry out what could be called administrative governmental functions. It is also a vehicle by which the government can meet its treaty obligations, such as the provision of educational services to Band members, through delegation to the Band. The members of the Band clearly rely on the funding for their existence on their reserve. Housing construction, as well as construction of other community buildings, appears to be contemplated by the agreement. In addition, salaries to Band employees are provided for, a matter essential to the functioning of Band government. The operation and maintenance of the Band's schools is covered by the agreement, as well as the provision of social assistance. It is safe to say that, without the agreement, the ability of the Band and its members to reside on the reserve would be clearly jeopardized. [Emphasis added; para. 73.]

### C. *The Situation of CFA-Funded Indian Bands More Generally*

102 The RCAP found that aboriginal people suffer ill health, insufficient and unsafe housing, polluted water supplies, inadequate education, poverty and family breakdown at levels usually associated with impoverished developing countries. "The persistence of such social conditions in this country — which is judged by many to be the best place in the world to live — constitutes an embarrassment

donne une idée de la situation démographique). La bande emploie 39 personnes, y compris les enseignants. Selon le témoignage du cogestionnaire de l'EGF, Mike Angers, l'ordonnance de saisie-arrêt a bloqué les fonds nécessaires au fonctionnement des écoles et à la prestation des services scolaires. La bande aide non seulement les élèves de la réserve, mais aussi les étudiants qui reçoivent un enseignement postsecondaire à l'extérieur de la réserve. Elle dépense environ 54 000 $ par mois pour les droits de scolarité de ces derniers, leur logement et leur entretien. M. Angers a déclaré que cette aide financière était également bloquée par l'ordonnance de saisie-arrêt. Autre exemple, la bande gère son propre programme de services sociaux. Elle verse des sommes aux personnes sans emploi et à celles atteintes de déficience physique ou mentale, et elle offre des soins à domicile aux personnes âgées ou handicapées. Comme l'a expliqué le juge Sinclair :

> [TRADUCTION] Dans l'[EGF] intervenue entre la bande et le gouvernement fédéral, les parties ont voulu permettre à la bande d'exercer ce qu'on pourrait appeler des fonctions administratives gouvernementales. Elle permet également au gouvernement de s'acquitter des obligations issues d'un traité, telles que la prestation de services d'enseignement aux membres de la bande, par délégation de ses pouvoirs à la bande. Les membres de la bande comptent manifestement sur le financement pour leur subsistance dans la réserve. L'entente semble prévoir la construction d'habitations, de même que d'autres bâtiments communautaires. En outre, elle prévoit le versement d'un salaire aux employés de la bande, ce qui est essentiel au fonctionnement du gouvernement de la bande. Le fonctionnement des écoles de la bande, de même que la prestation d'aide sociale sont également prévus. Je crois pouvoir affirmer que sans l'entente, l'occupation de la réserve par la bande et ses membres serait compromise. [Je souligne; par. 73.]

### C. *La situation générale des bandes indiennes bénéficiant d'une EGF*

La CRPA a conclu que les conditions de vie des Autochtones s'apparentent à celles des populations du tiers monde — mauvais état de santé, piètres conditions d'habitation, eau malsaine, scolarité insuffisante, pauvreté et familles désunies. « La persistance de telles conditions sociales dans notre pays — souvent considéré comme le meilleur au monde pour sa qualité de vie — est

to Canadians, an assault on the self-esteem of Aboriginal people and a challenge to policy makers." See *RCAP Report*, vol. 3, *Gathering Strength*, p. 1. RCAP further observed that:

> Their traditional economies disrupted, reduced to a small fraction of their land and resource base, and subjected to inappropriate economic policies and practices, it is hardly surprising that Aboriginal nations are far from self-reliant. There are, of course, important exceptions, usually the result of advantageous location, particularly imaginative leadership, unusual resource endowments, or comprehensive claims agreements .... On average, however, Aboriginal economies will require substantial rebuilding if they are to support Aboriginal self-government and if they are to meet current and anticipated income and employment needs.

(*RCAP Report*, vol. 2, at p. 800)

According to the federal government, the purpose of its funding agreements with Indian bands is to "ensure that programs and services provided by Aboriginal governments and institutions are reasonably comparable to those provided in non-Aboriginal communities": see Indian Affairs and Northern Development, *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan* (1997), Part III: Developing a New Fiscal Relationship, at p. 20. At present, the primary funding vehicle to achieve this important government objective is the CFA.

## V. Relevant Statutory Provisions

See Appendix.

## VI. Analysis

The importance of the reserves and their survival lies at the heart of the *Indian Act* and related federal policies as a place "where the bonds of community are strong and where Aboriginal culture and identity can be learned and reinforced". (See *RCAP Report*, vol. 2, at p. 812.) Depopulation of the reserves and migration of band members to

gênante pour les Canadiens et humiliante pour les [A]utochtones. Les décideurs ont là tout un défi à relever. » (*Rapport de la CRPA*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, p. 1) La CRPA a ajouté :

> Au vu de la perturbation de leurs économies traditionnelles, de la réduction de leur assise territoriale et de leur accès aux ressources et aussi de leur assujettissement à des politiques et à des pratiques économiques contre-indiquées, il n'est guère surprenant que les nations autochtones soient loin de l'autonomie économique. Il existe évidemment des exceptions notoires, en raison ordinairement d'une situation géographique favorable, d'un leadership particulièrement créatif, de ressources exceptionnelles ou d'ententes sur les revendications globales [. . .] Il reste que les économies autochtones devront être reconstruites de fond en comble pour pouvoir soutenir l'autonomie gouvernementale et répondre aux besoins actuels et prévus sur les plans du revenu et de l'emploi.

(*Rapport de la CRPA*, vol. 2, p. 900)

103 Selon le gouvernement fédéral, les ententes de financement conclues avec les bandes indiennes ont pour objectif « d'assurer que les programmes et les services offerts par les gouvernements et les institutions autochtones sont raisonnablement comparables à ceux qui sont offerts dans les collectivités non autochtones » : voir Affaires indiennes et du Nord canadien, *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones* (1997), partie III, Établir une nouvelle relation financière, p. 23. À l'heure actuelle, l'EGF constitue la principale source de financement pour la réalisation de cet objectif gouvernemental important.

## V. Dispositions législatives pertinentes

104 Voir l'annexe.

## VI. Analyse

105 L'importance des réserves et de leur survie est le fondement de la *Loi sur les Indiens* et des politiques fédérales connexes, les réserves étant considérées comme des endroits « où les liens communautaires sont très solides et où [leurs membres] peuvent apprendre et renforcer leur culture et leur identité autochtones » : *Rapport de la CRPA*,

the larger urban centres like Winnipeg risks loss of that culture and the likelihood of assimilation.

106 The history of Indian peoples in North America has generally been one of dispossession, including dispossession of their pre-European sovereignty, of their traditional lands, and of distinctive elements of their cultures. Of course, arrival of new settlers also brought considerable benefits. The world has changed and with it the culture and expectations of aboriginal peoples have changed, as they have for the rest of us. Yet it has been recognized since before the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1) that at some point the process of dispossession has to stop. Accordingly, even in periods when federal government policies favoured assimilation, which is to say for most of the first century of Canada's existence, Parliament's legislative policy was to protect reserves and their contents as a sanctuary for those Indians who wished to stay in their own communities and adhere to their own cultures. The promise in Treaty No. 5 of agricultural supplies is a 19th and 20th century recognition of the need to ameliorate the effects of dispossession. In my view, whatever legislative measures flow out of Parliament's recognition of the impact of that dispossession, and the desire for reconciliation of aboriginal and non-aboriginal peoples arising from that situation, should apply as much to bands dispossessed without a treaty as to those with whom treaties were made.

107 My colleague argues that the exemption from taxation and distraint in ss. 87-90 of the *Indian Act* is at best outdated and at worst paternalistic and harmful to the First Nations themselves, as isolating them from what La Forest J. called "the commercial mainstream" (*Mitchell*, at pp. 131 and 138). However, as the trial judgment makes clear, bands like God's Lake have no access to the commercial mainstream, and no realistic prospect of ever obtaining it. Although RCAP looked for ways to improve the access to capital for bands positioned realistically to participate in the commercial

vol. 2, p. 913. Le dépeuplement des réserves et la migration de leurs habitants vers les grands centres urbains comme Winnipeg pourraient entraîner la disparition de cette culture et accroître le risque d'assimilation.

L'histoire des peuples autochtones d'Amérique du Nord est généralement marquée par la dépossession. Ils ont notamment été dépouillés de leur souveraineté antérieure à l'arrivée des Européens, de leurs terres ancestrales et des éléments distinctifs de leurs cultures. Certes, l'arrivée des colons a apporté son lot d'avantages. Le monde a changé, y compris la culture et les attentes des peuples autochtones et les nôtres. Pourtant, dès avant la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), il a été reconnu que la dépossession devait un jour prendre fin. Par conséquent, même lorsque les politiques du gouvernement fédéral favorisaient l'assimilation, c'est-à-dire pendant presque tout le premier siècle d'existence du Canada, le Parlement avait pour politique législative de protéger les réserves et leurs éléments constitutifs, y voyant un sanctuaire pour les Indiens désireux de vivre dans leurs collectivités et de rester fidèles à leurs cultures. Dans le Traité n° 5, la promesse de fournir du matériel agricole équivaut à la reconnaissance, au XIX$^{e}$ siècle et au début du XX$^{e}$, de la nécessité de pallier les effets de la dépossession. À mon avis, quelles que soient les mesures législatives liées à la reconnaissance des effets de la dépossession et à la volonté de réconciliation entre Autochtones et non-Autochtones résultant de cette situation, elles doivent s'appliquer aux bandes dépouillées qu'elles aient conclu un traité ou non.

Ma collègue fait valoir que l'exception relative à la taxation et à la saisie figurant aux art. 87 à 90 de la *Loi sur les Indiens* est au mieux désuète, au pis paternaliste et préjudiciable aux Premières Nations, puisqu'elle les tient à l'écart de ce que le juge La Forest a appelé le « marché commercial » (arrêt *Mitchell*, p. 131 et 138). Cependant, comme l'a dit clairement le juge de première instance, les bandes comme celles de God's Lake n'ont pas accès au marché commercial et n'ont aucune possibilité réelle d'y accéder. Bien qu'elle ait cherché des moyens d'améliorer l'accès aux capitaux des

world, and noted in this respect provisions in the *Indian Act* "that make it very difficult for lenders to secure loans using land and other assets located on-reserve as collateral", it made no recommendation to amend the *Indian Act* to remove such provisions: *RCAP Report*, vol. 2, at pp. 906-11. RCAP also noted the possibility of "using forms of collateral other than lands or property" but identified this as merely one of several "strategies . . . worth considering" (p. 931). Under the existing *Indian Act* s. 90(2), bands with a commercial aptitude and prospects can obtain a ministerial waiver of ss. 88 to 90. In that respect there is no need to amend the Act.

bandes raisonnablement susceptibles de prendre part à l'activité économique et qu'elle ait signalé à cet égard que des dispositions de la *Loi sur les Indiens* « empêchent presque les prêteurs de garantir un prêt au moyen du nantissement de terres et d'autres biens situés dans une réserve », la CRPA n'a pas recommandé la suppression de ces dispositions : *Rapport de la CRPA*, vol. 2, p. 1019-1024. Elle a également souligné la possibilité d'« avoir recours à des formes de nantissement autres que les terres et les biens », précisant toutefois que ce n'était qu'une des « stratégies [. . .] dignes d'être envisagées » (p. 1046). Suivant l'actuel par. 90(2) de la *Loi sur les Indiens*, une bande susceptible de se livrer à une activité commerciale peut obtenir du ministre qu'il consente à la non-application des art. 88 à 90. À cet égard, il n'est pas nécessaire de modifier la Loi.

I agree with the Chief Justice that the starting point of our analysis in this case is *Mitchell*. A number of courts, in addition to Sinclair J. in this case, have exempted funds for essential public services from seizure or execution: *Sturgeon Lake Indian Band v. Tomporowski Architectural Group Ltd.* (1991), 95 Sask. R. 302 (Q.B.); *Royal Bank of Canada v. White Bear Indian Band*, [1992] 1 C.N.L.R. 174 (Sask. Q.B.); *Young v. Wolf Lake Indian Band* (1999), 164 F.T.R. 123. I accept, as did Sinclair J., that not everything in the CFA can be construed as "fleshing out" the provisions of Treaty No. 5. It is also true, as it was put by counsel for the appellant, that it would be "incongruous to protect property such as some hoes, twine and cattle which were the basic needs of the Band one hundred years ago and not protect property such as the funding that maintains education, health, social services and housing which are the basic needs today for the Band members". Be that as it may, the outcome of the appeal turns on whether s. 90(1)(*b*) truly requires the CFA to be "ancillary" at all.

108 Je conviens avec la Juge en chef que l'arrêt *Mitchell* constitue le point de départ de l'analyse en l'espèce. Outre celui du juge Sinclair en l'espèce, de nombreux jugements ont soustrait à la saisie ou à l'exécution des fonds versés pour des services publics essentiels : *Sturgeon Lake Indian Band c. Tomporowski Architectural Group Ltd.* (1991), 95 Sask. R. 302 (B.R.); *Royal Bank of Canada c. White Bear Indian Band*, [1992] 1 C.N.L.R. 174 (B.R. Sask.); *Young c. Bande de Wolf Lake*, [1999] A.C.F. nº 253 (QL) (1re inst.). À l'instar du juge Sinclair, je reconnais que toutes les clauses de l'EGF ne peuvent être considérées comme « précisant » les dispositions du Traité nº 5. Il est également vrai, comme le soutient l'avocat de l'appelante, qu'il serait [TRADUCTION] « incongru de protéger des biens tels que des houes, de la ficelle et du bétail, qui répondaient aux besoins essentiels de la bande il y a cent ans, et de ne pas protéger les fonds destinés à l'éducation, à la santé, aux services sociaux et au logement, des services de nos jours essentiels aux membres de la bande ». Quoi qu'il en soit, l'issue du pourvoi dépend de la question de savoir si l'al. 90(1)*b*) exige même que l'EGF soit « accessoire ».

In *Mitchell* itself, the lead judgment of La Forest J., from which only Dickson C.J. dissented (although he agreed in the result), held that the purpose of

109 Dans l'arrêt *Mitchell*, l'arrêt de principe rendu par le juge La Forest, sous réserve de la seule dissidence du juge en chef Dickson (qui a cependant

the *Indian Act* exemptions from "taxation and distraint" was to counter the prospect of dispossession as follows:

> . . . by terms of the "numbered treaties" concluded between the Indians of the prairie regions and part of the Northwest Territories, the Crown undertook to provide Indians with assistance in such matters as education, medicine and agriculture, and to furnish supplies which Indians could use in the pursuit of their traditional vocations of hunting, fishing, and trapping. The exemptions from taxation and distraint have historically protected the ability of Indians to benefit from this property in two ways. First, they guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs. Secondly, the protection against attachment ensures that the enforcement of civil judgments by non-natives will not be allowed to hinder Indians in the untrammelled enjoyment of such advantages as they had retained or might acquire pursuant to the fulfillment by the Crown of its treaty obligations. In effect, these sections shield Indians from the imposition of the civil liabilities that could lead, albeit through an indirect route, to the alienation of the Indian land base through the medium of foreclosure sales and the like . . . . [pp. 130-31]

It is evident that non-treaty Indians are equally at risk of "alienation of the Indian land base", although in their case the reserves were simply allocated rather than agreed to.

110 The *Mitchell* focus on "treaty obligations" is only one strand of La Forest J.'s analysis. It is convenient to say more about that case, as it forms the cornerstone of the judgment of my colleague, the Chief Justice.

### A. *The Facts of the Mitchell Case*

111 The facts of *Mitchell* are important. The Peguis Indian Band had been represented by a lawyer (Mitchell) in negotiations with Manitoba Hydro over a tax invalidly imposed on the sale of electricity on a reserve. The Government of Manitoba subsequently settled the Indians' claim. The band's lawyers were unpaid, and obtained a prejudgment garnishing order against the settlement funds in the

souscrit au résultat), la Cour a conclu que les exemptions « de taxe et de saisie » de la *Loi sur les Indiens* visaient à contrer le risque de dépossession :

> . . . en vertu des « traités numérotés » conclus entre les Indiens de la région des Prairies et d'une partie des Territoires du Nord-Ouest, la Couronne s'est engagée à aider les Indiens en matière d'éducation, de médecine et d'agriculture et à leur fournir les approvisionnements qu'ils pourraient utiliser dans la poursuite de leurs vocations traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage. Historiquement, les exemptions de taxe et de saisie ont protégé de deux façons la capacité des Indiens de profiter de cette propriété. Premièrement, elles empêchent qu'un palier de gouvernement, par l'imposition de taxes, puisse porter atteinte à l'intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle des affaires indiennes. Deuxièmement, la protection contre les saisies assure que l'exécution de jugements obtenus par des non-Indiens en matière civile ne pourra entraver les Indiens dans la libre jouissance des avantages qu'ils ont acquis ou pourront acquérir conformément à l'exécution par la Couronne de ses obligations prévues par traité. Dans les faits, ces articles ont protégé les Indiens contre l'imposition d'obligations de nature civile qui pouvaient conduire, quoique indirectement, à l'aliénation de leurs terres à la suite de ventes forcées et par d'autres moyens semblables. . . [p. 130-131]

Il est évident que les Indiens non soumis au régime d'un traité risquent également « l'aliénation de leurs terres » quoique, dans leur cas, les réserves ont été simplement attribuées au lieu de faire l'objet d'une entente.

Dans l'arrêt *Mitchell*, l'importance accordée aux obligations découlant d'un traité n'est qu'un des volets de l'analyse du juge La Forest. Il convient de l'examiner plus à fond, puisqu'il constitue la pierre angulaire des motifs de ma collègue la Juge en chef.

### A. *Les faits de l'affaire Mitchell*

Dans l'affaire *Mitchell*, les faits sont importants. La bande indienne de Peguis avait été représentée par un avocat (Mitchell) dans ses négociations avec Hydro Manitoba au sujet d'une taxe irrégulièrement prélevée relativement à la vente d'électricité sur une réserve. Le gouvernement du Manitoba avait par la suite réglé la réclamation des Indiens. Leurs honoraires étant demeurés impayés, les avocats de la

hands of the provincial Crown to the extent of their fees. The Peguis Indian Band applied to have the garnishing order set aside because the money, they argued, was paid by "Her Majesty" to the band and, under s. 90(1)(*b*) of the *Indian Act*, they argued, it was not subject to attachment by a non-Indian. The *Indian Act* defence was rejected by a majority of the Court, Dickson C.J. dissenting, but the band succeeded in the result because all members of our Court agreed that the provincial *Garnishment Act* did not authorize a garnishee against the Crown except in respect of work or services rendered to the Manitoba Crown.

The basis of the majority judgment rejecting the *Indian Act* defence was that the reference in s. 90(1) to "Her Majesty" was to the federal Crown only. Monies flowing under agreements of any description between the band and *provincial* Crowns were excluded from *Indian Act* protection. In the course of elaborating on that conclusion, however, La Forest J. (with whom five judges agreed) identified a number of considerations that, depending on emphasis, would lead to different results in the present case.

(1) Commercial Agreements Are Excluded

*Mitchell* clearly holds that "any dealings in the commercial mainstream in property acquired in this [ordinary commercial] manner will fall to be regulated by the laws of general application. Indians will enjoy no exemptions from taxation in respect of this property, and will be free to deal with it in the same manner as any other citizen" (p. 138). Noting that provincial governments have no constitutional responsibilities for Indian affairs, La Forest J. stated that if s. 90 were interpreted to include agreements with the provincial Crowns "there is no basis in logic for the further assumption that some, but not all agreements, between Indian bands and [the] Provincial Crown would be contemplated by [s. 90(1)(*b*)]" (p. 136).

bande avaient obtenu la saisie-arrêt avant jugement de la somme qui leur était due par prélèvement sur les fonds que la Couronne provinciale avait en sa possession pour l'exécution du règlement. La bande indienne de Peguis a demandé l'annulation de l'ordonnance de saisie-arrêt au motif que la somme lui était versée par « Sa Majesté » et qu'en vertu de l'al. 90(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens*, elle ne pouvait faire l'objet d'une saisie par un non-Indien. La Cour a rejeté à la majorité, avec la dissidence du juge en chef Dickson, le moyen de défense fondé sur la *Loi sur les Indiens*, mais la bande a finalement eu gain de cause, la Cour convenant à l'unanimité que la *Loi sur la saisie-arrêt* ne permettait la saisie-arrêt entre les mains de la Couronne provinciale que pour des travaux ou des services obtenus par elle.

112 Les juges majoritaires ont rejeté la défense fondée sur la *Loi sur les Indiens* parce que l'expression « Sa Majesté » employée au par. 90(1) ne s'entendait que de l'État fédéral. Les fonds issus d'une entente liant la bande et une *province* ne bénéficiaient pas de la protection prévue dans la *Loi sur les Indiens*. Cependant, en développant cette conclusion, le juge La Forest (avec l'appui de cinq juges) a énuméré un certain nombre de considérations qui, selon l'importance qui leur est accordée, mènent à des résultats différents en l'espèce.

(1) Exclusion des ententes commerciales

113 Dans l'arrêt *Mitchell*, la Cour a clairement statué que « toute opération effectuée sur le marché commercial relativement aux biens acquis [dans le cadre d'une opération commerciale ordinaire] sera régie par les lois d'application générale. Les Indiens ne profiteront d'aucune exemption de taxe à l'égard de ces biens et seront libres de les aliéner de la même manière que tout autre citoyen » (p. 138). Soulignant que les gouvernements provinciaux n'ont aucune obligation constitutionnelle à l'égard des Indiens, le juge La Forest a dit qu'à supposer que l'art. 90 s'applique à l'entente conclue avec une Couronne provinciale, « il [serait] illogique de supposer en outre que [l'al. 90(1)*b*)] envisage certains [accords] mais non pas tous les [accords] conclus entre les bandes indiennes et une Couronne provinciale » (p. 136).

(2) Protected Agreements Include All Agreements Between an Indian Band and Her Majesty in Right of Canada

114 As La Forest J. noted "Section 90(1)(*b*) does not qualify the term 'agreement'" (p. 137). Accordingly, speaking in the context of the *provincial* Crowns, he stated:

> Section 90(1)(*b*) does not qualify the term "agreement", and if one interprets "Her Majesty" as including the provincial Crown, it must follow as a matter of due course that s. 90(1)(*b*) takes in all agreements that could be concluded between an Indian band and a provincial Crown.
>
> . . .
>
> Once one accepts the assumption that "Her Majesty" includes the provincial Crowns, it would be more an exercise in divination than reasoned statutory interpretation to purport to be able to select from among the full spectrum of agreements that can be concluded between Indian bands and provincial Crowns and conclude that Parliament wished s. 90(1)(*b*) to apply in one case but not in another. [pp. 137 and 146]

115 By parity of reasoning, it could be said, *because* s. 90(1)(*b*) does not qualify the term "agreement" (and the French term "*accord*" is just as broad) there is no logical basis "to select from among the full spectrum" of agreements that could be concluded between an Indian band and the *federal* Crown, and therefore all such agreements fall within the protection of s. 90(1)(*b*).

(3) Only Agreements Between an Indian Band and Her Majesty in Right of Canada That Fund Governmental Responsibilities Such as Education, Housing, Health and Welfare Are Protected

116 La Forest J. refers at several points to the federal authority over Indians and lands reserved for Indians under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and to the responsibilities assumed thereunder, which he links back to policies adopted by the British Crown in the *Royal Proclamation* of 1763:

(2) L'accord protégé englobe toute entente liant une bande indienne et Sa Majesté la Reine du chef du Canada

Après avoir signalé que « [l'al.] 90(1)*b*) ne qualifie pas le mot "accord" » (p. 137), le juge La Forest a dit au sujet de la Couronne *provinciale* :

> L'alinéa 90(1)*b*) ne qualifie pas le mot « accord » et si on interprète l'expression « Sa Majesté » comme incluant la Couronne provinciale, il doit s'ensuivre normalement que l'al. 90(1)*b*) englobe tous les accords qui pouvaient être conclus entre une bande indienne et une Couronne provinciale.
>
> . . .
>
> Si on accepte l'hypothèse que l'expression « Sa Majesté » inclut les Couronnes provinciales, prétendre que l'on est en mesure de choisir parmi toute la gamme d'accords qui peuvent être conclus entre une bande indienne et une Couronne provinciale, pour conclure que le Parlement a voulu que l'al. 90(1)*b*) s'applique dans un cas mais non dans l'autre, relèverait davantage de la divination que de l'interprétation législative rationnelle. [p. 137 et 146]

Par souci de cohérence, on pourrait dire, *puisque* l'al. 90(1)*b*) ne qualifie pas le mot « accord » (en anglais le mot « *agreement* » est tout aussi général), qu'aucun fondement logique ne permet de « choisir parmi toute la gamme » d'accords qui peuvent être conclus par une bande indienne et la Couronne *fédérale*, de sorte qu'ils bénéficient tous de la protection de l'al. 90(1)*b*).

(3) Seul est protégé l'accord entre une bande indienne et Sa Majesté la Reine du chef du Canada qui finance des services gouvernementaux tels que l'éducation, le logement, la santé et l'aide sociale

Le juge La Forest fait plusieurs fois mention de la compétence sur les Indiens et les terres réservées pour eux que confère au gouvernement fédéral le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et des obligations qui en découlent, et il établit un lien avec les politiques adoptées par la Couronne britannique dans la *Proclamation royale* de 1763 :

In summary, the historical record makes it clear that ss. 87 and 89 of the *Indian Act*, the sections to which the deeming provision of s. 90 applies, constitute part of a legislative "package" which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763. [p. 131]

The *Royal Proclamation* of 1763 was not a treaty, of course, but a unilateral declaration of policy by the Imperial Crown. Only a handful of treaties predated the *Royal Proclamation* of 1763 (such as the treaty with the Mi'kmaq Indians discussed in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456). In his reference to the *Royal Proclamation* of 1763, therefore, La Forest J. must be talking about fulfillment of policies of the Crown that *led* to the treaties, and not just to the treaties themselves. He goes on to say:

From that time [i.e. 1763] on, the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold *qua* Indians, i.e., their land base and the chattels on that land base. [p. 131]

Funding agreements for education, housing, health and welfare (such as the CFA) are of course intimately linked to enabling Indians to continue on their lands, as mentioned earlier. La Forest J. continued at p. 141:

It is perfectly consistent with the tenor of the commitments made by the Crown to Indians through the centuries that the Crown would seek to protect payments of property owed to Indians pursuant to the Crown's treaty obligations in exactly the same way in which it protects all other property to which Indians may lay claim by virtue of their status as Indians. [Emphasis added.]

The underlined words are of significance. God's Lake First Nation possesses its reserve by virtue of Treaty No. 5 and its members live there by virtue of their status as Indians. Importantly, as Sinclair J. pointed out, the community at God's Lake, like many other First Nations' communities, would likely not survive without CFA funding of essential services administered by the band government.

En résumé, le dossier historique indique clairement que les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens*, auxquels s'applique la présomption de l'art. 90, font partie d'un ensemble législatif qui fait état d'une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l'existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763. [p. 131]

La *Proclamation royale* de 1763 n'est évidemment pas un traité, mais une déclaration unilatérale de la Couronne impériale. Seuls quelques traités l'ont précédée (dont celui conclu avec les Indiens Mi'kmaq, analysé dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456). Lorsqu'il renvoie à la *Proclamation royale* de 1763, le juge La Forest doit donc avoir en tête le respect des politiques de la Couronne ayant *mené* aux traités, et non seulement les traités eux-mêmes. Il ajoute :

Depuis [1763], la Couronne a toujours reconnu qu'elle est tenue par l'honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu'ils possèdent en tant qu'Indiens, c'est-à-dire leur territoire et les chatels qui y sont situés. [p. 131]

Il va de soi, je le répète, que les ententes de financement en matière d'éducation, de logement, de santé et d'aide sociale (telles que les EGF) sont intimement liées à la volonté de permettre aux Indiens de continuer d'occuper leurs terres. Le juge La Forest poursuit, à la p. 141 :

Il est tout à fait conforme à la teneur des engagements pris par la Couronne envers les Indiens au cours des siècles, que celle-ci cherche à protéger les paiements de biens dus aux Indiens, conformément à ses obligations prévues par traités, exactement de la même façon qu'elle protège tous les autres biens auxquels les Indiens peuvent prétendre en vertu de leur statut d'Indiens. [Je souligne.]

Le texte souligné est important. La Première Nation de God's Lake tient son droit sur la réserve du Traité n° 5, et ses membres ont le droit d'y vivre parce qu'ils sont Indiens. Il importe de signaler comme l'a fait le juge Sinclair qu'à l'instar de nombreuses autres collectivités autochtones, celle de God's Lake ne pourrait vraisemblablement pas survivre sans le financement — assuré par l'EGF — des services essentiels qu'administre le gouvernement de la bande.

(4) Only Monies Flowing Under "Treaties and Ancillary Obligations" Are Protected

117 In the end, La Forest J. chooses to limit s. 90(1)(*b*) to "treaties and ancillary agreements" which he explains at p. 124:

> ... Indian treaties are matters of federal concern and, as I see it, the terms "treaty" and "agreement" in s. 90(1)(*b*) take colour from one another. It must be remembered that treaty promises are often couched in very general terms and that supplementary agreements are needed to flesh out the details of the commitments undertaken by the Crown; see for an example of such an agreement *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385.... [Emphasis added.]

In *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385 (T.D.), federal scholarship monies payable to an Indian student were held exempt from garnishment. La Forest J. characterized the scholarship agreement as "details of the [Crown's] promise in Treaty No. 6 to provide assistance for education" (p. 135). Some other treaties, particularly the pre-Confederation treaties, make no explicit mention of education. Presumably, under La Forest J.'s interpretation, such funds *could* be garnisheed, because he says at p. 136:

> In summary, I conclude that an interpretation of s. 90(1)(*b*), which sees its purpose as limited to preventing non-natives from hampering Indians from benefiting in full from the personal property promised Indians in treaties and ancillary agreements, is perfectly consistent with the tenor of the obligations that the Crown has always assumed *vis-à-vis* the protection of native property. [Emphasis added.]

B. *Does Mitchell Control the Outcome of This Appeal?*

118 As stated, the *ratio decidendi* of *Mitchell* did not depend on an interpretation of the *Indian Act* but on the Court's conclusion that the provincial *Garnishment Act*, R.S.M. 1970, c. G20, did not authorize garnishment of the funds in question.

(4) Seuls sont protégés les fonds versés en vertu de « traités et d'accords accessoires »

En fin de compte, le juge La Forest conclut que l'al. 90(1)*b*) ne s'applique qu'aux fonds versés en vertu « de traités et d'accords accessoires » (p. 124) :

> [L]es traités conclus avec les Indiens relèvent du domaine fédéral et j'estime que les termes « traité » et « accord » à l'al. 90(1)*b*) déteignent l'un sur l'autre. Il faut se rappeler que les promesses contenues dans les traités sont souvent formulées en des termes très généraux et que des accords supplémentaires sont nécessaires pour préciser les engagements pris par la Couronne; voir l'exemple d'un tel accord dans la décision *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385... [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385 (1re inst.), on a conclu que le montant d'une bourse fédérale payable à une étudiante indienne échappait à la saisie. Le juge La Forest a précisé que l'entente sous-jacente établissait « les détails de la promesse [de Sa Majesté] dans le traité nº 6 de fournir assistance en matière d'éducation » (p. 135). D'autres traités, notamment ceux conclus avant la Confédération, ne mentionnent pas expressément l'éducation. Suivant l'interprétation du juge La Forest, les fonds obtenus en vertu de ces traités *pourraient* donc être saisis, car il affirme à la p. 136 :

> En résumé, je conclus qu'une interprétation de l'al. 90(1)*b*), qui considère que son seul objet est d'empêcher les non-Indiens de gêner les Indiens dans leur pleine jouissance des biens personnels promis par traités et par accords accessoires, est tout à fait conforme à la teneur des obligations que la Couronne s'est toujours engagée à respecter à l'égard de la protection des biens des autochtones. [Je souligne.]

B. *L'arrêt Mitchell est-il décisif en l'espèce?*

Je rappelle que la *ratio decidendi* de l'arrêt *Mitchell* ne se fondait pas sur l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*, mais sur la conclusion de la Cour portant que la *Loi sur la saisie-arrêt* du Manitoba, L.R.M. 1970, ch. G20, n'autorisait pas la saisie des fonds.

In terms of doctrine, the Court divided over whether the term "Her Majesty" in s. 90(1)(*b*) of the *Indian Act* included the Crown in right of a province. The majority concluded that it did not. That holding, too, was dispositive of the appeal.

The further refinement that the word "agreements" with the *federal* Crown excludes agreements other than those "ancillary" to a treaty was certainly not necessary to resolve the *Mitchell* appeal, and in my view we ought to take a closer look at the issue in the context of this case where that precise point *is* dispositive.

C. *Anomalies Are Created by the Treaty Approach*

I have already mentioned what I believe to be some of the problems with the approach outlined by La Forest J. and adopted by the Chief Justice. The essential problem is that s. 90(1)(*b*) would operate inequitably among bands in relation to the same types of CFA funding for the same essential on-reserve services. It is convenient at this point to elaborate somewhat on the lack of equity which I think ought not to be attributed to Parliament in the absence of very clear language.

My colleague's approach excludes from s. 87 and s. 89 protection monies paid to bands in many parts of Canada (including most of British Columbia, but also many tracts of land across the country, among them lands not covered by treaty lying on the south watershed of the Ottawa River where the nation's capital sits). Even in areas where treaties were concluded there are ongoing disputes about which bands were or were not signatories (see, e.g., *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, aff'g (1989), 58 D.L.R. (4th) 117 (Ont. C.A.), aff'g (1984), 15 D.L.R. (4th) 321 (Ont. H.C.J.)).

Secondly, even among the treaties the enumerated benefits vary greatly. *Greyeyes* dealt with Treaty No. 6 where education happened to

Sur le plan doctrinal, la Cour était divisée quant à savoir si, à l'al. 90(1)*b*) de la *Loi sur les Indiens*, « Sa Majesté » s'entendait également de la Couronne provinciale. La majorité a conclu par la négative, ce qui a aussi joué dans l'issue du pourvoi. 119

Dans cette affaire, il n'était certainement pas nécessaire, pour trancher, de préciser que l'« accord » conclu avec la Couronne *fédérale* ne s'entendait pas d'un autre accord que celui « accessoire » à un traité. Il nous faut à mon sens examiner plus attentivement la question dans le contexte de l'espèce, où elle *est* justement décisive. 120

C. *L'approche fondée sur l'application d'un traité crée des disparités*

J'ai déjà mentionné quelques-uns des problèmes que pose à mon avis l'interprétation préconisée par le juge La Forest et reprise par la Juge en chef. La principale difficulté est que l'al. 90(1)*b*) s'appliquerait de façon inéquitable aux bandes pour le même type de financement par EGF visant les mêmes services essentiels dans une réserve. Il convient d'apporter quelques éclaircissements sur ce caractère inéquitable que le législateur n'a pu, selon moi, vouloir attribuer à la disposition en l'absence d'un libellé très clair en ce sens. 121

Premièrement, l'interprétation que privilégie ma collègue prive de la protection des art. 87 et 89 les sommes versées à des bandes dans de nombreuses régions du Canada (y compris la quasi-totalité de la Colombie-Britannique, mais aussi de nombreuses parcelles de terrain au pays, dont certaines — non visées par traité — sont situées dans le bassin hydrographique sud de la rivière des Outaouais, où se trouve la capitale nationale). Même lorsque des traités ont été conclus, des litiges subsistent quant à savoir quelles en sont les bandes signataires (voir p. ex. l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, conf. (1989), 58 D.L.R. (4th) 117 (C.A. Ont.), conf. (1984), 15 D.L.R. (4th) 321 (H.C.J. Ont.)). 122

Deuxièmement, même d'un traité à l'autre, les avantages énumérés varient énormément. Dans l'affaire *Greyeyes*, le Traité n° 6 mentionnait 123

be mentioned but many if not most of the pre-Confederation treaties do not mention education. On what rational basis would Parliament intend scholarship monies to be garnisheed in the case of some Indian students but not others?

124 Thirdly, La Forest J.'s focus in the context of Treaty No. 5 was on the benefits given by "the Crown, as part of the consideration for the cession of Indian lands" (p. 130). In the maritime provinces, however, nothing is said in at least some of the treaties about cession of lands. The Indians say these treaties were treaties of peace and friendship. Nevertheless, as the waves of non-aboriginal settlement arrived, the Indian bands still wound up being dispossessed of their traditional territories (except reserves) regardless of consent. To the extent the exemptions in s. 90 are seen as part of the purchase price for the cession of land, it makes little difference to the dispossessed whether dispossession occurred by agreement or not. The approach taken by the Chief Justice would result in a checkerboard of exemptions and non-exemptions across the country determined by the vagaries of the treaty-making process rather than rational legislative policy.

125 Fourthly, the definition of treaty (to which "agreements" must be found to be "ancillary") is elastic, running the gamut from any "engagements made by persons in authority as may be brought within the term 'the word of the white man'" (*R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at p. 649, aff'd [1965] S.C.R. vi) to the elaborate modern land claims settlements such as the *Nisga'a Final Agreement* (1999) or the *Umbrella Final Agreement Between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon* (1993). The range of benefits under the modern comprehensive treaties go well beyond the limited CFA categories of government to government-type funding. On what basis can it be said that the extensive modern treaty benefits should be free of tax and execution (unless the exemptions are negotiated away) whereas the CFA benefits even to *treaty* bands do not enjoy such

l'éducation, mais bon nombre des traités antérieurs à la Confédération, sinon la plupart d'entre eux, n'en font pas mention. Comment le législateur pourrait-il raisonnablement vouloir que le montant d'une bourse puisse être saisi dans le cas de certains étudiants autochtones seulement?

Troisièmement, le juge La Forest met surtout l'accent, dans le contexte du Traité n° 5, sur les avantages accordés par Sa Majesté « en contrepartie de la cession des terres des Indiens » (p. 130). Or, dans les provinces maritimes, il est au moins certains traités qui ne font pas mention de la cession de terres. Les Indiens affirment qu'il s'agissait de traités de paix et d'amitié. Quoi qu'il en soit, avec l'arrivée des colons européens, les bandes indiennes se sont retrouvées encore une fois dépossédées de leurs terres ancestrales (à l'exception des réserves), qu'elles les aient cédées ou non. Dans la mesure où les exceptions prévues à l'art. 90 sont considérées comme un élément de la contrepartie versée pour la cession des terres, il importe peu au dépossédé que la dépossession soit issue ou non d'un accord. L'interprétation retenue par la Juge en chef donne lieu à un quadrillage d'exemptions et de non-exemptions fondé sur les aléas de la conclusion des traités plutôt que sur une politique législative rationnelle.

Quatrièmement, le mot « traité » (auquel l'« accord » doit être jugé « accessoire ») a une définition élastique englobant toute une gamme d'ententes allant de [TRADUCTION] « l'engagement pris par une personne en situation d'autorité pouvant être assimilé à "la parole de l'homme blanc" » (*R. c. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), p. 649, conf. par [1965] R.C.S. vi) au règlement à la fois plus récent et complexe de revendications territoriales comme l'*Accord définitif Nisga'a* (1999) et l'*Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon* (1993). Les récents traités globaux offrent une gamme d'avantages beaucoup plus étendue que les EGF prévoyant des transferts de paiement d'un gouvernement à un autre. Comment peut-on dire que les nombreux avantages issus de ces traités devraient être soustraits à la taxation et à l'exécution (sauf

exemptions unless they can be said to be "ancillary" to some 19th century Crown negotiator's sense of fairness incorporated in an 1875 document written in a language most of the Indians of God's Lake likely didn't understand?

si les exemptions sont écartées par voie de négociation), alors que les avantages conférés par une EGF même aux bandes soumises au régime d'un traité ne bénéficient de pareilles exemptions que si l'EGF est tenue pour « accessoire » à la notion d'équité qu'un négociateur du XIX^e^ siècle a intégrée en 1875 à un document rédigé au nom de Sa Majesté dans une langue que la plupart des Indiens de God's Lake ne comprenaient probablement pas?

No doubt the courts would generously interpret what agreements can be said to "flesh out" the treaties, but that does not help the bands which have no treaties at all.

126 Nul doute que les tribunaux interpréteraient généreusement tout accord dont on pourrait dire qu'il précise les engagements pris dans un traité, mais les bandes non soumises au régime d'un traité seraient laissées pour compte.

Finally, it is curious that in s. 88, a neighbouring provision, the word "treaty" appears without the added "or agreement":

127 Enfin, il est curieux qu'à l'art. 88, une disposition voisine, le mot « traité » soit employé seul sans l'ajout « ou accord » :

**88.** [General provincial laws applicable to Indians] Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

**88.** [Lois provinciales d'ordre général applicables aux Indiens] Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

Either the addition of the words "or agreement" in s. 90(1)(*b*) means something different than "treaty" in s. 88 or it does not. If it does not, the words "or agreement" are surplusage, a result which courts try to avoid. If it does mean something different but only to the extent it covers agreements "fleshing out" treaties, it means that "agreements fleshing out treaties" are not exempted by s. 88 from provincial laws of general application that touch on "Indian-ness". The operation of s. 88 is complicated enough without this added dimension. It is more consistent with the legislative purpose of s. 88, it seems to me, to read the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) as going beyond treaties and their modes of implementation.

À l'alinéa 90(1)*b*), l'ajout des mots « ou accord » confère ou non au mot « traité » un autre sens qu'à l'art. 88. Si le sens est le même, l'ajout est inutile, une conclusion que les tribunaux répugnent à tirer. Si le sens est différent, mais seulement dans la mesure où l'accord visé est celui qui précise les engagements découlant d'un traité, il s'ensuit que ce dernier ne bénéficie pas de l'exemption prévue à l'art. 88 à l'égard des lois provinciales d'application générale touchant à l'« indianité ». L'application de l'art. 88 est déjà assez compliquée sans cette dimension supplémentaire. Il me semble plus conforme à l'objet de l'art. 88 que le mot « accord » ait à l'al. 90(1)*b*) un sens indépendant des traités et de leurs modalités de mise en œuvre.

D. *Section 90(1)(b) Should Be Construed to Protect Monies Provided by the Federal Government to Indian Bands for Education, Housing, Health and Welfare and Other Similar Government-Type Essential Services on Reserves*

128 The CFA essentially relates to services provided to other Canadians by their provincial, territorial and municipal governments. It is simply the vehicle by which the federal government delivers programs and services to First Nations with public funds appropriated by Parliament.

129 The government identifies what are generally referred to as essential programs and services that include health, housing, education, welfare and community infrastructure. Funding under the CFA is accounted for in accordance with ss. 32 and 34 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11. (See *Peace Hills Trust Co. v. Moccasin* (2005), 281 F.T.R. 201, 2005 FC 1364, at para. 12.) In my view the word "agreement" in s. 90(1)(*b*) should include government to government transfers such as the CFA by embracing what I would call "the public sector services approach". Such an approach takes the categories of expenditure identified by La Forest J. at pp. 130 and 135 of *Mitchell* (namely education, housing, health and welfare) in the context of the numbered treaties and simply generalizes them more broadly (as I do not read La Forest J. as intending his list to be exhaustive) and applying them to Indian bands more generally (i.e., whether or not there is a treaty in place and irrespective of the benefits conferred by a particular treaty).

130 The public sector services funding approach would not include monies provided by the federal Crown with a more commercial orientation such as the Resource Partnerships Program, Economic Development Opportunity Fund, Resource Acquisition Initiative, Aboriginal Contract Guarantee Instrument, and Aboriginal Business

D. *L'alinéa 90(1)b) devrait être interprété de façon à protéger les sommes versées aux bandes indiennes par le gouvernement fédéral pour l'éducation, le logement, la santé, l'aide sociale et d'autres services publics essentiels apparentés dans les réserves*

L'EGF porte essentiellement sur des services fournis aux autres Canadiens par les gouvernements provinciaux, territoriaux et municipaux. Il s'agit simplement du moyen retenu par le gouvernement fédéral pour fournir aux Premières Nations les programmes et les services financés grâce aux crédits votés par le Parlement.

Le gouvernement détermine ce qu'on appelle généralement les programmes et les services essentiels, qui visent la santé, le logement, l'éducation, l'aide sociale et les équipements collectifs. Les fonds versés en application de l'EGF sont comptabilisés et justifiés conformément aux art. 32 et 34 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11 (voir *Peace Hills Trust Co. c. Première nation Saulteaux*, [2005] A.C.F. nº 1646 (QL), 2005 CF 1364, par. 12). À mon avis, si l'on adopte ce que j'appelle [TRADUCTION] « l'approche fondée sur les services publics », le mot « accord » employé à l'al. 90(1)*b*) s'entend d'un transfert de paiement d'un gouvernement à un autre comme l'EGF. Suivant cette approche, les postes de dépenses énumérés par le juge La Forest aux p. 130 et 135 de l'arrêt *Mitchell* (à savoir l'éducation, le logement, la santé et le bien-être) s'inscrivent dans le contexte des traités numérotés et se voient simplement conférer une portée plus générale (car je ne crois pas que le juge La Forest ait voulu que son énumération soit exhaustive) et ils sont appliqués de façon plus libérale aux bandes indiennes (c.-à-d. sans égard à l'existence d'un traité et peu importe les avantages conférés par un traité en particulier).

L'interprétation fondée sur le financement des services publics ne ferait pas bénéficier de l'exception les sommes versées par la Couronne fédérale en vertu d'un accord à vocation plus commerciale, notamment dans le cadre du Programme de partenariats pour l'exploitation des ressources naturelles, du Fonds pour la création de possibilités

Development Initiative. (See generally, *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan: A Progress Report* (2000), at pp. 18-19.)

économiques, de l'Initiative pour l'acquisition des ressources, du mécanisme de cautionnement des marchés autochtones et de l'Initiative de développement des entreprises autochtones (voir généralement *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones : Rapport d'étape* (2000), p. 17-19).

I accept that CFAs take a broad approach to what constitutes the "public sector". This recognizes the stubborn fact that in most reserves the potential for a significant private sector is extremely limited. Self-reliance is a wonderful objective where the potential exists, but its allure should not blind us to deplorable socio-economic realities on the vast majority of reserves.

131 J'admets que l'adjectif « public » est interprété largement pour les besoins d'une EGF. Il demeure en effet que dans la plupart des réserves, la possibilité d'un secteur privé florissant est très mince. L'autonomie est un objectif louable lorsqu'elle est possible, mais son attrait ne doit pas occulter la situation socio-économique déplorable de la plupart des réserves.

It seems to me a public sector services funding approach is consistent with the text, context and purpose of the relevant provisions of the *Indian Act* for the following reasons.

132 Pour les motifs qui suivent, j'estime que l'approche fondée sur le financement des services publics est compatible avec le libellé, le contexte et l'objet des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens.*

(1) The Text

(1) Le libellé

Section 90(1)(*b*) does not qualify the term "agreement", and as pointed out by La Forest J. in *Mitchell* "it would be more an exercise in divination than reasoned statutory interpretation to purport to be able to select from among the full spectrum of agreements that can be concluded between Indian bands and provincial Crowns and conclude that Parliament wished s. 90(1)(*b*) to apply in one case but not in another" (p. 146). The reason why *Mitchell* ultimately suggested differentiation among "agreements" was not the text of s. 90(1)(*b*) but because of the difference in provincial and federal responsibilities for Indian affairs under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and the *Indian Act* and related Crown policies. I turn therefore to context.

133 L'alinéa 90(1)*b*) ne restreint pas la portée du mot « accord » et, comme l'a signalé le juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell*, « prétendre que l'on est en mesure de choisir parmi toute la gamme d'accords qui peuvent être conclus entre une bande indienne et une Couronne provinciale, pour conclure que le Parlement a voulu que l'al. 90(1)*b*) s'applique dans un cas mais non dans l'autre, relèverait davantage de la divination que de l'interprétation législative rationnelle » (p. 146). Dans l'affaire *Mitchell*, ce n'est pas le libellé de l'al. 90(1)*b*) qui a finalement amené la Cour à voir une distinction entre les « accords », mais la différence entre les obligations provinciales et fédérales à l'égard des Indiens suivant le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la *Loi sur les Indiens* et les politiques connexes de la Couronne. Je passe donc à l'examen du contexte.

(2) The Context

(2) Le contexte

As mentioned, *Mitchell* identifies s. 90(1)(*b*) as "part of a legislative 'package' which bears the

134 Comme je l'ai mentionné, dans l'arrêt *Mitchell*, la Cour précise que l'al. 90(1)*b*) fait « partie d'un

impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763" (p. 131). Part of that obligation is to address the issue of potential dispossession (*ibid.*). Much of the *Indian Act* is concerned with the inalienability of reserves and "[t]he exemptions from taxation and distraint have historically protected the ability of Indians to benefit from [reserve] property" (*ibid.*, at p. 130). I agree with my colleague that this context properly limits the scope of the word "agreement" in s. 90(1)(*b*), but I do not agree with where the Chief Justice would draw the line. In my view, the relevant context has little to do with treaties (after all s. 90(1)(*b*) says "treaty or agreement") and much to do with the general problems associated with First Nations' reserves and steps taken to protect and encourage their survival as liveable communities. It also has to do with statutory mechanisms put in place to ensure that public monies "given" to an Indian band for essential public services are used for the intended purposes.

ensemble législatif qui fait état d'une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l'existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763 » (p. 131). Et cette obligation consiste entre autres à contrer le risque de dépossession (*ibid.*). La *Loi sur les Indiens* a pour objet en grande partie d'assurer l'inaliénabilité des réserves et « [h]istoriquement, les exemptions de taxe et de saisie ont protégé de deux façons la capacité des Indiens de profiter de cette propriété » (*ibid.*, p. 130). Je conviens avec la Juge en chef que ce contexte limite à juste titre la portée du mot « accord » à l'al. 90(1)*b*), mais je diverge d'opinion sur la mesure dans laquelle elle la limite. À mon avis, le contexte considéré a peu à voir avec les traités (après tout, l'al. 90(1)*b*) dit « traité ou accord »), mais beaucoup avec les problèmes généraux liés aux réserves des Premières Nations et aux mesures prises pour les protéger et y assurer la présence de collectivités viables. Il s'entend aussi des mécanismes légaux établis pour faire en sorte que les fonds publics « donnés » à une bande indienne pour des services publics essentiels soient affectés à de tels services.

(3) The Purpose

(3) L'objectif

135 Survival of reserves is assured in the treaty context by "assistance in spheres such as education, housing, and health and welfare" (*Mitchell*, at p. 135). The financial lifeline is provided these days by the CFAs. Survival of reserves for *non*-treaty Indian bands is assured by the same lifeline. Whether or not a band signed a treaty in 1909 (or 1809 for that matter) is irrelevant to the preservation and betterment of viable reserves. In my view the purpose of the "legislative package" is undermined rather than advanced by my colleague's interpretation of s. 90(1)(*b*). I believe the public sector services funding approach better serves the legislative purpose.

Sous le régime des traités, la survie des réserves est assurée par l'« aide en matière d'éducation, de logement, de santé et de bien-être » (*Mitchell*, p. 135). De nos jours, l'appui financier fait l'objet d'EGF, qui assurent également le maintien des réserves des bandes indiennes *non*-soumises au régime d'un traité. Qu'une bande ait signé ou non un traité en 1909 (voire en 1809) importe peu pour le maintien de réserves viables et l'amélioration de leur situation. Selon moi, l'interprétation de l'al. 90(1)*b*) par ma collègue compromet la réalisation de l'objectif de l'« ensemble législatif » au lieu de la favoriser. J'estime que l'interprétation fondée sur le financement des services publics est davantage compatible avec l'objectif du législateur.

136 Firstly, the public sector services funding approach would still exclude commercial dealings (such as those under the Aboriginal Business Development Initiative) as well as monies provided by the Provincial Crown (e.g., the Casino Rama

Premièrement, elle exclut elle aussi les opérations commerciales (comme celles visées par l'Initiative de développement des entreprises autochtones), de même que les sommes versées par les gouvernements provinciaux (p. ex. les recettes du

revenues addressed by the Court in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37).

Secondly, the public sector services funding approach would avoid tying the exemption to the historical anomalies created by the treaty-making process. It would treat the non-treaty Salish bands of British Columbia on the same basis (for this purpose) as the Cree bands who signed treaties on the prairies. No dramatic consequence would flow from the fact that Treaty No. 6 refers to providing a "medicine chest" whereas other treaties do not. The emphasis would be on the public sector purpose of the funding rather than the elevation of historical anomalies to the level of legislative policy.

Thirdly, the public sector services funding approach puts the focus on the location where the needs of the band are to be met (the reserve) rather than on where the federal funds voted by Parliament for that purpose happen to be on deposit (off-reserve).

Fourthly, the public sector services funding approach avoids differential treatment of CFA funds depending on whether the band is rich enough to attract to its reserve a branch of a deposit-taking financial institution. The s. 89 exemption would not be limited to CFA funds on deposit at the Scotiabank branch on the Standoff Reserve of the Blood First Nation in Alberta, or the Royal Bank branch at the Norway House Reserve in Manitoba. By virtue of the deeming provision in s. 90(1)(*b*) the exemption would also cover CFA funds deposit in Winnipeg to the credit of the God's Lake Band (which adhered to Treaty No. 5 at roughly the same time as the Norway House Band).

As mentioned, other types of funding (e.g., for economic development) are, with minor exceptions handled outside the CFA framework. Thus, federal government methods of funding make it relatively easy to segregate those funds protected under s. 90(1)(*b*). There will, of course, be issues of interpretation as to whether to characterize some agreements as falling within or outside government to government transfer payments for public on-reserve

Casino Rama considérées dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37).

137 Deuxièmement, elle évite de lier l'exception aux disparités historiques engendrées par le processus de conclusion des traités. Les Salish de la Colombie-Britannique, non soumis au régime d'un traité, bénéficieraient (à cet égard) du même traitement que les Cris, signataires de traités sur les Prairies. Le fait que le Traité n° 6 mentionne la fourniture d'un « buffet à médicaments », et d'autres pas, est sans grande conséquence. L'accent est mis sur le volet services publics du financement au lieu que les disparités historiques soient élevées au rang de politiques législatives.

138 Troisièmement, elle s'attache au lieu où doivent être satisfaits les besoins de la bande (la réserve) plutôt qu'au lieu du dépôt des fonds votés par le Parlement (hors réserve).

139 Quatrièmement, elle permet d'éviter que les fonds versés conformément à une EGF soient traités différemment selon que la bande dispose ou non de moyens suffisants pour attirer une institution de dépôt dans sa réserve. L'exception prévue à l'art. 89 ne viserait pas que les fonds issus d'une EGF déposés à la succursale de la banque Scotia située sur la réserve de la Première Nation des Blood, à Standoff, en Alberta ou à celle de la banque Royale située dans la réserve de Norway House, au Manitoba. Par application de la présomption établie à l'al. 90(1)*b*), l'exception s'appliquerait également aux fonds issus d'une EGF versés au crédit de la bande de God's Lake (qui a adhéré au Traité n° 5 à peu près au même moment que la bande de Norway House) à Winnipeg.

140 Je rappelle que d'autres types de financement (notamment pour le développement économique) échappent, à quelques exceptions près, au cadre de l'EGF. Ainsi, les modes de financement fédéraux permettent assez facilement de déterminer quels fonds sont protégés par l'al. 90(1)*b*). Il arrivera bien sûr que l'on se demande si un accord prévoit ou non des paiements de transfert d'un gouvernement à un autre pour les services publics sur

services, but these can be resolved on the basis of the "generous and liberal" principles of statutory interpretation favourable to the Indians established in *Nowegijick* and affirmed in *Mitchell*, at p. 142. In the interest of certainty, I would characterize funds flowing under the present CFA model as wholly protected, as discussed below.

141 The Attorney General of Canada expressed a concern that if s. 90(1)(*b*) included CFA funds then s. 90(3) would require ministerial approval for their disbursement. The short answer to that is that the CFA itself is ministerial authority for disbursement. The Chief Justice agrees to some extent (para. 45) but points out that the Minister cannot be taken to have given approval to expenditure of funds under agreements which "d[o] not specify how funds are to be spent" (a consideration that does not arise in the case of the CFA) nor can the Minister be taken to have approved funds "not put to the proper use". I agree with that qualification, of course, but the lack of ministerial agreement with improper diversion of funds is in any event clear from the terms of the CFA itself. Lack of ministerial consent will not prevent the funds from being diverted from the agreed CFA purposes. Only a purposeful as opposed to restrictive reading of s. 90(1)(*b*) will accomplish that objective.

(4) Is This Outcome "Paternalistic"?

142 I believe the concern about the need to avoid "paternalism" is, with respect, misdirected. The issue was related by La Forest J. in *Mitchell* to the *commercial* dealings of Indian bands:

> Indians, I would have thought, would much prefer to have free rein to conduct their affairs as all other fellow citizens when dealing in the commercial mainstream.
>
> . . .
>
> Any special considerations, extraordinary protections or exemptions that Indians bring with them to the market-place introduce complications and would seem guaranteed to frighten off potential business partners. [pp. 146-47]

143 I do not accept, with respect, that this concern should disqualify the CFAs from the protection

la réserve, mais on pourra trancher en recourant à une interprétation « généreuse et libérale » qui profite aux Indiens (arrêt *Nowegijick*, conf. dans l'arrêt *Mitchell*, p. 142). Pour plus de certitude, je dirais des fonds issus de l'EGF considérée en l'espèce qu'ils sont entièrement protégés, comme je l'explique ci-après.

Le procureur général du Canada dit craindre que si l'al. 90(1)*b*) protège les fonds issus d'une EGF, l'al. 90(3) exige le consentement du ministre à leur versement. On peut lui opposer simplement que l'EGF emporte elle-même consentement au versement. La Juge en chef en convient jusqu'à un certain point (par. 45), mais elle signale que l'on ne saurait présumer que le ministre a consenti à l'affectation des fonds lorsque l'entente « ne précise pas comment les fonds doivent être dépensés » (ce qui ne vaut pas pour l'EGF) ou que les fonds « sont employés autrement ». Je suis bien sûr d'accord avec cette nuance, mais j'estime que de toutes façons, le libellé même de l'EGF n'autorise clairement pas la réaffectation inappropriée des fonds. L'absence de consentement ministériel n'empêchera pas que les fonds soient affectés à d'autres usages que ceux stipulés dans l'EGF. Seule une interprétation téléologique plutôt que restrictive de l'al. 90(1)*b*) permettra d'atteindre l'objectif poursuivi.

(4) S'agit-il d'une interprétation paternaliste?

Avec déférence pour l'avis contraire, je crois que la crainte du « paternalisme » est injustifiée. Le juge La Forest dans *Mitchell* a relié cette question aux opérations *commerciales* des bandes indiennes :

> J'aurais cru que les Indiens auraient préféré davantage avoir les mains libres pour mener leurs affaires comme tout autre concitoyen lorsqu'ils font affaires sur le marché commercial.
>
> . . .
>
> Toutes considérations spéciales, protections ou exemptions extraordinaires que les Indiens apportent avec eux sur le marché suscitent des complications et sembleraient à coup sûr éloigner des partenaires commerciaux éventuels. [p. 146-147]

En toute déférence, je n'admets pas que cette crainte doive écarter la protection de l'EGF par

of s. 90(1)(*b*). There is a great difference between withholding protection from funds passing under a tax settlement with the Manitoba government from the claim of the band lawyer to be paid his fees (the facts of *Mitchell*), and withholding protection from CFA funds provided by the federal government out of funds appropriated by Parliament for health, education, housing, welfare and infrastructure on a remote, impoverished, northern reserve (this case) and other disadvantaged reserves across the country.

l'al. 90(1)*b*). Il est très différent de soustraire à cette protection, contre la réclamation d'honoraires d'un avocat, les fonds versés conformément à une entente conclue avec le gouvernement du Manitoba relativement à une taxe (comme dans l'affaire *Mitchell*) et de soustraire à la même protection les fonds issus d'une EGF versés par le gouvernement fédéral par prélèvement sur les fonds votés par le Parlement pour la santé, l'éducation, le logement, l'aide sociale et les équipements d'une réserve démunie, y compris une réserve du nord, pauvre et éloignée (comme en l'espèce).

(5) The CFA Should Be Exempted as a Whole

(5) L'EGF devrait être exemptée en totalité

Exemption of the CFA based on the federal government's present model, advances the federal government policy of promoting "[f]inancially viable Aboriginal governments able to generate their own revenues and able to operate with secure, predictable government transfers". See *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan: A Progress Report*, at p. 3 (emphasis added). As funding models change, the CFA exemption may have to be re-examined, but for the moment I believe any disputes about the minutiae of the CFA should be resolved generously in favour of the Indians under the *Nowegijick* principle of statutory construction referred to earlier.

144 L'exemption de l'EGF fondée sur le modèle actuellement appliqué à l'échelon fédéral fait progresser l'objectif de « gouvernements autochtones viables sur le plan financier et capables de générer leurs propres revenus et de fonctionner à l'aide de transferts gouvernementaux sur lesquels ils peuvent compter » (voir *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones : Rapport d'étape*, p. 3 (je souligne)). Les modèles de financement changent, et l'exemption reconnue à l'EGF pourrait nécessiter un réexamen, mais pour le moment, j'estime que tout différend quant aux menus détails de l'EGF devrait être généreusement résolu en faveur des Indiens conformément au principe d'interprétation législative établi dans l'arrêt *Nowegijick* et mentionné précédemment.

To impose, as the Chief Justice does, an onus on the band to prove which parts of CFA funding on deposit at any particular time "flesh out" treaty commitments of the Crown (para. 26) and which parts of CFA funding do not, is a burden they cannot discharge, given the deposit of blended monthly payments which are not segregated on a project by project basis.

145 Exiger de la bande, comme le fait la Juge en chef, qu'elle départage les fonds issus de l'EGF et versés sur son compte qui concourent à « précis[er] » les engagements de Sa Majesté suivant un traité (par. 26) et ceux qui n'y concourent pas c'est lui imposer un fardeau dont elle ne peut s'acquitter puisque les fonds déposés chaque mois sont confondus et non ventilés.

The objective of predictability and certainty in economic relations between First Nations and non-aboriginal people is better served by a categorical denial of execution or garnishment of CFA funds whether those funds are parked at a financial institution on or off the reserve. The procedure

146 La prévisibilité et la certitude des relations financières entre les Premières Nations et les non-Autochtones sont mieux assurées par la protection absolue des fonds issus d'une EGF contre la saisie-arrêt ou l'exécution, que ces fonds soient déposés dans une institution financière située ou non dans

suggested by my colleague, with respect, simply adds the uncertainties of litigation to an already complicated situation.

147 This is a test case to establish matters of legal principle. Litigation in the general run of cases over what is or what is not sufficiently connected to a treaty to qualify for s. 90(1)(*b*) protection will drain First Nation finances that should be put to better use elsewhere.

(6) Protection of Suppliers

148 The protection of suppliers such as the respondent is not difficult. Get your money up front. Alternatively, require the Chief and band council to obtain ministerial approval under s. 90(2) of a waiver of ss. 89-90 protection.

(7) The Public Purse May Now Pay Twice for the Same Services

149 As mentioned earlier, the appellant band appears to have incurred debts of about $3 million without the means of repayment. The creditors will seek to garnishee payment of those debts from the roughly $7 to $9 million annual CFA funding. If the garnishee is successful there will not be enough money to pay for essential public services. This means either band members will live in the "third world conditions" described by RCAP or the federal government will step in at some stage to fund the delivery of the essential services it had already funded under the CFA but which funds were diverted to other priorities determined by the band council. The first alternative is to perpetuate what RCAP calls a national embarrassment. The other alternative is for the public to pay twice. Neither is palatable public policy. In my view, Parliament cannot have intended an interpretation of s. 90(1)(*b*) that creates such a Hobson's choice.

la réserve. Avec déférence, la procédure préconisée par ma collègue ne fait qu'ajouter à une situation déjà compliquée l'issue incertaine d'une instance judiciaire.

Le présent pourvoi est une cause type pour l'établissement de principes juridiques. Tout différend quant à savoir si un accord est suffisamment lié à un traité pour que s'applique la protection prévue à l'al. 90(1)*b*) exigera des Premières Nations qu'elles y consacrent des sommes qu'il vaudrait mieux qu'elles emploient à autre chose.

(6) Protection des fournisseurs

Il n'est pas difficile pour un fournisseur de se protéger comme l'intimée. Il lui suffit de se faire payer à l'avance ou de demander au chef et au conseil de bande d'obtenir sur le fondement du par. 90(2) le consentement du ministre à la renonciation à la protection prévue aux art. 89 et 90.

(7) Le contribuable pourrait désormais payer les mêmes services deux fois

Rappelons que la bande appelante semble avoir contracté une dette d'environ 3 millions de dollars qu'elle n'est pas en mesure d'acquitter. Les créanciers tenteront d'obtenir la saisie-arrêt de cette somme sur les quelque 7 à 9 millions de dollars versés chaque année conformément à l'EGF. S'ils y parviennent, il n'y aura plus assez d'argent pour les services publics essentiels. Cela signifie que les membres de la bande devront vivre dans les conditions misérables décrites par la CRPA ou que le gouvernement fédéral devra intervenir à un moment donné pour financer de nouveau les services essentiels visés par l'EGF, les fonds issus de cette dernière ayant été affectés à d'autres priorités du conseil de bande. La première éventualité perpétuerait ce que la CRPA qualifie de situation gênante pour les Canadiens, la deuxième ferait payer le contribuable deux fois. Ni l'une ni l'autre ne constitue une politique gouvernementale acceptable. À mon avis, le législateur ne peut avoir voulu que l'interprétation de l'al. 90(1)*b*) mène ainsi à un choix qui n'en est pas un.

## VII. Conclusion

I would allow the appeal and restore the conclusion reached by Sinclair J.

## APPENDIX

*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5

**87.** (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

(*a*) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and

(*b*) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(*a*) or (*b*) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

(3) No succession duty, inheritance tax or estate duty is payable on the death of any Indian in respect of any property mentioned in paragraphs (1)(*a*) or (*b*) or the succession thereto if the property passes to an Indian, nor shall any such property be taken into account in determining the duty payable under the *Dominion Succession Duty Act*, chapter 89 of the Revised Statutes of Canada, 1952, or the tax payable under the *Estate Tax Act*, chapter E-9 of the Revised Statutes of Canada, 1970, on or in respect of other property passing to an Indian.

**89.** (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band.

(1.1) Notwithstanding subsection (1), a leasehold interest in designated lands is subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress and execution.

(2) A person who sells to a band or a member of a band a chattel under an agreement whereby the right of property or right of possession thereto remains wholly

## VII. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la conclusion du juge Sinclair. 150

## ANNEXE

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5

**87.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation :

*a*) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;

*b*) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n'est assujetti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)*a*) ou *b*) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens.

(3) Aucun impôt sur les successions, taxe d'héritage ou droit de succession n'est exigible à la mort d'un Indien en ce qui concerne un bien de cette nature ou la succession visant un tel bien, si ce dernier est transmis à un Indien, et il ne sera tenu compte d'aucun bien de cette nature en déterminant le droit payable, en vertu de la *Loi fédérale sur les droits successoraux*, chapitre 89 des Statuts revisés du Canada de 1952, ou l'impôt payable, en vertu de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, chapitre E-9 des Statuts revisés du Canada de 1970, sur d'autres biens transmis à un Indien ou à l'égard de ces autres biens.

**89.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande.

(1.1) Par dérogation au paragraphe (1), les droits découlant d'un bail sur une terre désignée peuvent faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution.

(2) Une personne, qui vend à une bande ou à un membre d'une bande un bien meuble en vertu d'une entente selon laquelle le droit de propriété ou le droit

or in part in the seller may exercise his rights under the agreement notwithstanding that the chattel is situated on a reserve.

**90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

(*a*) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(*b*) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

(2) Every transaction purporting to pass title to any property that is by this section deemed to be situated on a reserve, or any interest in such property, is void unless the transaction is entered into with the consent of the Minister or is entered into between members of a band or between the band and a member thereof.

(3) Every person who enters into any transaction that is void by virtue of subsection (2) is guilty of an offence, and every person who, without the written consent of the Minister, destroys personal property that is by this section deemed to be situated on a reserve is guilty of an offence.

*Appeal dismissed with costs,* BINNIE, FISH *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Orle Davidson Giesbrecht Bargen, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.*

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

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin: P. Michael Jerch Law Office, Winnipeg.*

de possession demeure acquis en tout ou en partie au vendeur, peut exercer ses droits aux termes de l'entente, même si le bien meuble est situé sur une réserve.

**90.** (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été :

*a*) soit achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes;

*b*) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours réputés situés sur une réserve.

(2) Toute opération visant à transférer la propriété d'un bien réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve, ou un droit sur un tel bien, est nulle à moins qu'elle n'ait lieu avec le consentement du ministre ou ne soit conclue entre des membres d'une bande ou entre une bande et l'un de ses membres.

(3) Quiconque conclut une opération déclarée nulle par le paragraphe (2) commet une infraction; commet aussi une infraction quiconque détruit, sans le consentement écrit du ministre, un bien meuble réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges* BINNIE, FISH *et* ABELLA *sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Orle Davidson Giesbrecht Bargen, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimée : Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin : P. Michael Jerch Law Office, Winnipeg.*

**Ivan Morris and Carl Olsen** *Appellants*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Eagle Village First Nation (Migizy Odenaw), Red Rock Indian Band, Conseil de la Nation huronne-wendat, Te'mexw Treaty Association, Chief Allan Claxton and Chief Roger William** *Interveners*

**INDEXED AS: R. *v.* MORRIS**

**Neutral citation: 2006 SCC 59.**

File No.: 30328.

2005: October 14; 2006: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Aboriginal law — Treaty rights — Right to hunt — Two members of Tsartlip Indian Band charged under provincial wildlife legislation of hunting with firearm during prohibited hours and hunting with illuminating device — Whether treaty right to hunt includes right to hunt at night with illuminating device — Whether provincial legislation of general application infringes band's treaty right to hunt — Whether provincial legislation applicable to band by virtue of s. 88 of Indian Act — Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, ss. 27(1)(d), (e), 29 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.*

**Ivan Morris et Carl Olsen** *Appelants*

*c.*

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Première Nation de Eagle Village (Migizy Odenaw), bande indienne de Red Rock, Conseil de la Nation huronne-wendat, Te'mexw Treaty Association, chef Allan Claxton et chef Roger William** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. *c.* MORRIS**

**Référence neutre : 2006 CSC 59.**

N° du greffe : 30328.

2005 : 14 octobre; 2006 : 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit des Autochtones — Droits issus de traités — Droit de chasse — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Le droit de chasse issu d'un traité comprend-il le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse? — Les mesures législatives provinciales d'application générale portent-elles atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles applicables à la bande par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e), 29 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.*

*Constitutional law — Indians — Provincial wildlife legislation — Two members of Tsartlip Indian Band charged under provincial wildlife legislation of hunting with firearm during prohibited hours and hunting with illuminating device — Whether valid provincial legislation of general application inapplicable to band because it interferes with band's treaty right to hunt — Whether provincial legislation nonetheless applicable by virtue of s. 88 of Indian Act — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88 — Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, s. 27(1)(d), (e).*

The accused, both members of the Tsartlip Indian Band of the Saanich Nation, were hunting at night when they shot at a decoy deer set up by provincial conservation officers to trap illegal hunters. They were arrested and charged with several offences under British Columbia's *Wildlife Act*, including: (1) hunting wildlife with a firearm during prohibited hours (s. 27(1)(d)); (2) hunting by the use or with the aid of a light or illuminating device (s. 27(1)(e)); and (3) hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons (s. 29). At trial, as a defence to the charges under s. 27(1), the accused raised their right "to hunt over the unoccupied lands . . . as formerly" under the North Saanich Treaty of 1852. They also introduced evidence that the particular night hunt for which they were charged was not dangerous. The trial judge found that "night hunting with illumination was one of the various methods employed by the Tsartlip [people] from time immemorial". However, despite the evidence that night hunting by Tsartlip hunters had yet to result in an accident, he nonetheless concluded that the accused did not have a treaty right to hunt at night because hunting at night with an illuminating device was "inherently unsafe". The trial judge entered convictions on count 1, conditionally stayed count 2 because of the rule against multiple convictions arising from the same delict, and entered acquittals on count 3. Both the summary conviction appeal judge and the majority of the Court of Appeal upheld the convictions based on the prohibition of night hunting (s. 27(1)(d)).

*Droit constitutionnel — Indiens — Loi provinciale sur la faune — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Les mesures législatives provinciales d'application générale qui sont valides sont-elles inapplicables à la bande du fait qu'elles portent atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles néanmoins applicables par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88 — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e).*

Les accusés, tous deux membres de la bande indienne des Tsartlip de la Nation saanich, étaient en train de chasser de nuit lorsqu'ils ont tiré sur un leurre en forme de cerf que des agents de conservation provinciaux avaient installé pour piéger les braconniers. Ils ont été arrêtés et accusés de plusieurs infractions prévues par la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, dont les suivantes : (1) avoir chassé un animal sauvage avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction (al. 27(1)d)); (2) avoir chassé à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse (al. 27(1)e)); (3) avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29). Au procès, pour leur défense contre les accusations fondées sur le par. 27(1), les accusés ont fait valoir leur droit de « chasser sur les terres inoccupées [. . .] comme autrefois » que leur confère le Traité de Saanich nord de 1852. Ils ont aussi produit des éléments de preuve établissant que la chasse nocturne particulière faisant l'objet de leur inculpation n'était pas dangereuse. Selon le juge du procès, « la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est l'une des diverses méthodes employées par les Tsartlip depuis des temps immémoriaux ». Toutefois, malgré la preuve que la chasse nocturne pratiquée par les Tsartlip n'avait encore causé aucun accident, il a statué que les accusés ne disposaient d'aucun droit conféré par traité qui leur permet de chasser la nuit, car la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est « intrinsèquement dangereuse ». Il a inscrit des déclarations de culpabilité relativement au premier chef d'accusation, a ordonné la suspension conditionnelle des procédures concernant le deuxième chef en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples pour le même délit et a inscrit des acquittements relativement au troisième chef. Le juge d'appel des poursuites sommaires et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé les déclarations de culpabilité fondées sur l'interdiction de la chasse nocturne (al. 27(1)d)).

*Held* (McLachlin C.J. and Bastarache and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The convictions are set aside and acquittals entered.

*Per* Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ.: The Tsartlip's right to hunt at night with the aid of illuminating devices is protected by the North Saanich Treaty. The historical context indicates that the parties intended the treaty to include the full panoply of hunting practices in which the Tsartlip people had engaged before they agreed to relinquish control over their lands. One of those practices was night hunting and, as the trial judge acknowledged, night hunting by the Tsartlip includes, and always has included, night hunting with the aid of illuminating devices. Even on a literal construction, the language of the treaty supports the view that the right to hunt "as formerly" means the right to hunt according to the methods used by the Tsartlip at the time of and before the treaty. The right of the Tsartlip to hunt at night with illuminating devices has of necessity evolved from its pre-treaty tools to its current implements, and the use of guns, spotlights, and motor vehicles reflects the current state of the evolution of the Tsartlip's historic hunting practices. However, it is acknowledged that it could not have been within the common intention of the parties that the Tsartlip would be granted a right to hunt dangerously, since no treaty confers on its beneficiaries a right to put human lives in danger. This is confirmed by the language of the treaty itself, which restricts hunting to "unoccupied lands", away from any town or settlement. Since British Columbia is a very large province, it cannot plausibly be said that a night hunt with illumination is unsafe everywhere and in all circumstances, even within the treaty area at issue in this case. Accordingly, while s. 29 of the *Wildlife Act*, which prohibits hunting or trapping "without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons", is a limit that does not impair the treaty rights of aboriginal hunters and trappers, paras. (d) and (e) of s. 27(1), which apply without exception to the whole province, are overbroad and infringe the treaty right to hunt. Something less than an absolute prohibition on night hunting can address the concern for safety. [14] [25-35] [40] [59]

The relevant provisions of the *Wildlife Act* are valid provincial legislation under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. Since treaty rights to hunt lie squarely within federal jurisdiction, provincial laws of general

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Les déclarations de culpabilité sont annulées et des acquittements sont inscrits.

*Les* juges Binnie, Deschamps, Abella et Charron : Le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse est protégé par le Traité de Saanich nord. Il ressort du contexte historique que l'intention des parties était d'englober dans le traité toute la panoplie des pratiques de chasse auxquelles s'adonnaient les Tsartlip avant d'accepter de renoncer au contrôle de leurs terres. L'une de ces pratiques est la chasse nocturne et, comme l'a admis le juge du procès, la chasse nocturne pratiquée par les Tsartlip comprend, aujourd'hui comme toujours, la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse. Même interprété littéralement, le texte du traité permet de confirmer que le droit de chasser « comme autrefois » signifie le droit de chasser selon les méthodes utilisées par les Tsartlip au moment du traité et dans la période qui l'a précédé. Le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse a nécessairement évolué depuis les outils employés avant le traité jusqu'aux instruments actuels, et l'emploi de fusils, de projecteurs et de véhicules à moteur reflète l'état actuel de l'évolution des modes de chasse traditionnels des Tsartlip. Cependant, il est reconnu que l'intention commune des parties ne pouvait pas être d'accorder aux Tsartlip le droit de chasser dangereusement puisque aucun traité ne confère à ses bénéficiaires le droit de mettre en danger des vies humaines. Cela est confirmé par le texte du traité lui-même, qui restreint la chasse aux « terres inoccupées », loin des villes ou des peuplements. Étant donné que la Colombie-Britannique est une province très vaste, on ne peut affirmer de façon plausible que la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est dangereuse partout et dans toutes les circonstances, même dans la région qui est visée par le traité et qui est en cause en l'espèce. Par conséquent, alors que l'art. 29 de la *Wildlife Act*, lequel interdit de chasser ou de piéger « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui », constitue une limite qui ne porte pas atteinte aux droits conférés par traité aux chasseurs et piégeurs autochtones, les al. 27(1)d) et e), qui s'appliquent sans exception à l'ensemble de la province, ont une portée trop générale et portent atteinte au droit de chasse conféré par traité. Sans aller jusqu'à l'interdiction absolue de la chasse nocturne, il est possible de répondre aux préoccupations en matière de sécurité. [14] [25-35] [40] [59]

Les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* sont des mesures législatives provinciales valides selon le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Étant donné que les droits de chasse issus de traités relèvent

application that are inapplicable because they impair "Indianness" may nonetheless be found to be applicable by incorporation under s. 88 of the *Indian Act*. While, on its face, s. 88 cannot be used to incorporate into federal law provincial laws that conflict with the terms of any treaty, the provinces may regulate treaty rights under certain circumstances. Provincial legislation of general application that interferes in an insignificant way with the exercise of that right do not infringe the right; but where, as in the case of s. 27(1)(d) and (e), such legislation is found to conflict with a treaty in a way that constitutes a *prima facie* infringement, the protection of treaty rights prevails and the provincial law cannot be incorporated under s. 88 of the *Indian Act*. [42-46] [50] [54]

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache and Fish JJ. (dissenting): The impugned ban on night hunting with a firearm (s. 27(1)(d)) is valid provincial legislation that applies to the accused. [82]

The *Wildlife Act* falls in pith and substance within the province's powers. It is not directed at a federal head, like Indians, but more generally at safety, a matter within provincial power. The ban on night hunting is an integrated part of a broader provincial scheme applicable to all British Columbians and aimed at assuring the safety of the province's hunters and residents. Since this provision does not conflict with federal legislation, the doctrine of paramountcy has no application. Finally, where a provincial law of general application does not affect a treaty right, and does not otherwise touch upon core Indianness, that law applies *ex proprio vigore*, without recourse to s. 88 of the *Indian Act*. Provincial legislation that falls outside the internal limits on the treaty right that the parties to the treaty would have understood and intended does not encroach on the treaty right. [82] [87] [92]

A treaty must be interpreted in a manner that best reconciles the interests of the parties to it. The right to hunt protected by the treaty is subject to an internal limit: it does not include the right to hunt in an inherently hazardous manner. Rather, the right to hunt must be exercised reasonably. Although, at the time the treaty was signed, the practice of hunting at night did not pose the same dangers as it does today, the parties to the treaty must have understood that the right to

clairement de la compétence fédérale, les lois provinciales d'application générale qui sont inapplicables parce qu'elles touchent à l'« indianité » peuvent néanmoins être jugées applicables si elles sont incorporées au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Même si on ne peut, de prime abord, recourir à l'art. 88 pour incorporer au droit fédéral des lois provinciales incompatibles avec des traités, les provinces peuvent dans certaines circonstances réglementer les droits issus de traités. Les lois provinciales d'application générale qui entravent de façon négligeable l'exercice d'un droit issu d'un traité ne portent pas atteinte à ce droit. Toutefois, si on conclut qu'une disposition législative provinciale entre en conflit avec un traité d'une manière qui constitue une atteinte à première vue, comme c'est le cas des al. 27(1)d) et e), la protection des droits issus de traités prévaut et la règle de droit provinciale ne peut être incorporée au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. [42-46] [50] [54]

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Fish (dissidents) : L'interdiction contestée de chasser la nuit avec une arme à feu (al. 27(1)d)) est une mesure législative provinciale valide qui s'applique aux accusés. [82]

La *Wildlife Act* relève, de par son caractère véritable, des pouvoirs de la province. Elle ne vise pas un chef de compétence fédéral, comme les Indiens, mais porte plus généralement sur la sécurité, matière de compétence provinciale. L'interdiction de la chasse nocturne fait partie intégrante d'un régime provincial plus vaste applicable à tous les Britanno-Colombiens et visant à assurer la sécurité des chasseurs et des résidants de la province. Étant donné que cette mesure législative n'est pas incompatible avec la législation fédérale, la règle de la prépondérance n'est pas applicable. Enfin, la loi provinciale d'application générale qui ne touche ni à un droit issu d'un traité ni autrement à l'essentiel de l'indianité s'applique d'elle-même, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. N'empiéteraient pas sur le droit issu d'un traité les mesures législatives provinciales qui outrepassent ses limites intrinsèques que les parties au traité auraient comprises et envisagées. [82] [87] [92]

Les traités doivent être interprétés de la manière qui concilie le mieux les intérêts des parties. Le droit de chasse protégé par le traité comporte une limite intrinsèque : il n'inclut pas le droit de chasser de façon dangereuse en soi. Il doit plutôt être exercé de façon raisonnable. Même si, à l'époque de la signature du traité, la chasse nocturne ne présentait pas les mêmes dangers qu'aujourd'hui, les parties au traité devaient comprendre que le droit de chasser n'englobe pas le droit de

hunt did not carry with it a right to hunt dangerously. Furthermore, just as the methods and means of exercising the right should not be frozen in time, neither should the government's legitimate safety concerns. Adapting the exercise of treaty rights to modern weaponry without adapting the corollary legitimate safety concerns would lead to unacceptable results. [82] [108] [110] [115]

Here, s. 27(1)(d) of the *Wildlife Act* regulates the internal safety limit on the treaty right of the accused. A ban on night hunting with a firearm is a reasonable exercise of the Province's regulatory power in defining this internal limit. Since the regulation of dangerous hunting falls outside the scope of the treaty right to hunt, no treaty right is engaged. Accordingly, as no aboriginal right is asserted, and as the provincial law does not otherwise go to Indianness, the law applies *ex proprio vigore*. [82] [129] [132]

**Cases Cited**

By Deschamps and Abella JJ.

**Applied:** *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; **referred to:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; *Saanichton Marina Ltd. v. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723.

By McLachlin C.J. and Fish J. (dissenting)

*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025; *General Motors of Canada Ltd. v. City*

chasser dangereusement. Par ailleurs, tout comme les méthodes et moyens employés pour l'exercice des droits ne sont pas figés dans le temps, les préoccupations légitimes du gouvernement en matière de sécurité ne doivent pas l'être non plus. Adapter l'exercice des droits issus de traités au contexte des armes modernes sans adapter son corollaire — les préoccupations légitimes en matière de sécurité — entraînerait des résultats inacceptables. [82] [108] [110] [115]

En l'espèce, l'al. 27(1)d) de la *Wildlife Act* réglemente la limite intrinsèque — en matière de sécurité — du droit conféré par traité aux accusés. L'interdiction de la chasse nocturne avec une arme à feu est l'exercice raisonnable du pouvoir de réglementation de la province pour définir cette limite intrinsèque. Étant donné que la réglementation des pratiques de chasse dangereuses ne relève pas du champ d'application du droit de chasse issu d'un traité, aucun droit issu d'un traité n'est en jeu. Par conséquent, comme aucun droit ancestral n'est invoqué et que les règles de droit provinciales ne touchent pas autrement à l'indianité, elles s'appliquent d'elles-mêmes. [82] [129] [132]

**Jurisprudence**

Citée par les juges Deschamps et Abella

**Arrêts appliqués :** *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; **arrêts mentionnés :** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; *Saanichton Marina Ltd. c. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish (dissidents)

*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *General Motors*

*National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Paul* (1993), 142 N.B.R. (2d) 55; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *R. v. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481, aff'g (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *Prince v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524; *R. v. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. vi; *R. v. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260; *R. v. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL); *R. v. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL); *R. v. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL); *R. v. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL); *R. v. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260; *R. v. Barlow* (2000), 228 N.B.R. (2d) 289, leave to appeal refused, [2001] N.B.J. No. 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner v. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. v. Augustine* (2001), 232 N.B.R. (2d) 313, leave to appeal refused, [2001] N.B.J. No. 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. v. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. v. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. v. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318; *R. v. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181; *R. v. Machimity*, [1996] O.J. No. 4365 (QL); *R. v. Polches* (2005), 289 N.B.R. (2d) 72, 2005 NBQB 137.

**Statutes and Regulations Cited**

*Constitution Act, 1867*, ss. 91(24), 92(13).
*Constitution Act, 1982*, s. 35.
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.
*Indian Act*, S.C. 1951, c. 29.
*Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57, ss. 27(1)(d), (e), 28(1), 29.

**Treaties**

North Saanich Treaty of 1852.

**Authors Cited**

Wilkins, Kerry. "Of Provinces and Section 35 Rights" (1999), 22 *Dal. L.J.* 185.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lambert, Huddart and Thackray JJ.A.) (2004), 194 B.C.A.C. 107,

*of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Paul* (1993), 142 R.N.-B. (2e) 55; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *R. c. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481, conf. (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524; *R. c. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. vi; *R. c. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260; *R. c. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL); *R. c. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL); *R. c. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL); *R. c. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL); *R. c. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260; *R. c. Barlow* (2000), 228 R.N.-B. (2e) 289, autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. nº 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner c. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. c. Augustine* (2001), 232 R.N.-B. (2e) 313, autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. nº 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. c. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. c. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. c. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318; *R. c. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181; *R. c. Machimity*, [1996] O.J. No. 4365 (QL); *R. c. Polches* (2005), 289 R.N.-B. (2e) 72, 2005 NBQB 137.

**Lois et règlements cités**

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24), 92(13).
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29.
*Wildlife Act*, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e), 28(1), 29.

**Traités**

Traité de Saanich nord de 1852.

**Doctrine citée**

Wilkins, Kerry. « Of Provinces and Section 35 Rights » (1999), 22 *Dal. L.J.* 185.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lambert, Huddart et Thackray) (2004), 194 B.C.A.C. 107,

317 W.A.C. 107, 25 B.C.L.R. (4th) 45, 237 D.L.R. (4th) 693, [2004] 2 C.N.L.R. 219, [2004] 5 W.W.R. 403, [2004] B.C.J. No. 400 (QL), 2004 BCCA 121, affirming a judgment of Singh J., [2002] 4 C.N.L.R. 222, [2002] B.C.J. No. 1292 (QL), 2002 BCSC 780, upholding the convictions entered by Higinbotham Prov. Ct. J., [1999] B.C.J. No. 3199 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Bastarache and Fish JJ. dissenting.

*Louise Mandell, Q.C., Ardith Wal'petko We'dalx Walkem, Bruce Elwood* and *Michael Jackson, Q.C.*, for the appellants.

*Lisa J. Mrozinski* and *Paul E. Yearwood*, for the respondent.

*Mitchell R. Taylor* and *Mark Kindrachuk, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Ria Tzimas* and *Elaine M. Atkinson*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*René Morin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*John G. Furey*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*P. Mitch McAdam*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Sandra C. M. Folkins* and *Angela Edgington*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Diane Soroka*, for the intervener the Eagle Village First Nation (Migizy Odenaw).

*Harley I. Schachter*, for the intervener the Red Rock Indian Band.

*Michel Beaupré* and *Simon Picard*, for the intervener Conseil de la Nation huronne-wendat.

Written submissions only by *Robert J. M. Janes* and *Dominique Nouvet*, for the intervener Te'mexw Treaty Association.

Written submissions only by *Jack Woodward* and *David M. Robbins*, for the intervener Chief Allan Claxton.

317 W.A.C. 107, 25 B.C.L.R. (4th) 45, 237 D.L.R. (4th) 693, [2004] 2 C.N.L.R. 219, [2004] 5 W.W.R. 403, [2004] B.C.J. No. 400 (QL), 2004 BCCA 121, qui a confirmé une décision du juge Singh, [2002] 4 C.N.L.R. 222, [2002] B.C.J. No. 1292 (QL), 2002 BCSC 780, qui avait confirmé les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Higinbotham, [1999] B.C.J. No. 3199 (QL). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Fish sont dissidents.

*Louise Mandell, c.r., Ardith Wal'petko We'dalx Walkem, Bruce Elwood* et *Michael Jackson, c.r.*, pour les appelants.

*Lisa J. Mrozinski* et *Paul E. Yearwood*, pour l'intimée.

*Mitchell R. Taylor* et *Mark Kindrachuk, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Ria Tzimas* et *Elaine M. Atkinson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*René Morin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*John G. Furey*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Sandra C. M. Folkins* et *Angela Edgington*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Diane Soroka*, pour l'intervenante la Première Nation de Eagle Village (Migizy Odenaw).

*Harley I. Schachter*, pour l'intervenante la bande indienne de Red Rock.

*Michel Beaupré* et *Simon Picard*, pour l'intervenant le Conseil de la Nation huronne-wendat.

Argumentation écrite seulement par *Robert J. M. Janes* et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

Argumentation écrite seulement par *Jack Woodward* et *David M. Robbins*, pour l'intervenant le chef Allan Claxton.

Written submissions only by *David M. Rosenberg*, *Patricia Hutchings* and *Jay Nelson*, for the intervener Chief Roger William.

The judgment of Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

1 DESCHAMPS AND ABELLA JJ. — This case raises the question whether a provincial government acting within its constitutionally mandated powers can interfere with treaty rights and, if so, to what extent.

2 In 1852, James Douglas, Governor of the Colony of Vancouver Island, representing the British Crown, enshrined in a treaty the recognition that the Saanich Nation would be "at liberty to hunt over the unoccupied lands; and to carry on our fisheries as formerly". Ivan Morris and Carl Olsen, both members of the Tsartlip Band of the Saanich Nation, were charged, among other charges, under s. 27(1)(d) and (e) of British Columbia's *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57, for doing what the Tsartlip have done, as the trial judge noted, "from time immemorial": hunting for food at night with the aid of illuminating devices.

3 As a defence to the charges under s. 27, Morris and Olsen raised their right to hunt under the North Saanich Treaty of 1852 ("Treaty"). The Crown concedes that Morris and Olsen have a right to hunt but asserts a ban on hunting at night. Morris and Olsen counter that they were observing safe hunting practices and that provincial regulations cannot affect their treaty right.

4 In this case, we conclude that the Tsartlip's right to hunt at night with the aid of illuminating devices is protected by treaty. Although the prohibition against dangerous hunting contained in s. 29 of the *Wildlife Act* is a limit that does not infringe the treaty right, the complete prohibition on hunting at night with an illuminating device set out in

Argumentation écrite seulement par *David M. Rosenberg*, *Patricia Hutchings* et *Jay Nelson*, pour l'intervenant le chef Roger William.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LES JUGES DESCHAMPS ET ABELLA — Il s'agit en l'espèce de déterminer si un gouvernement provincial agissant dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution peut porter atteinte aux droits issus de traités et, dans l'affirmative, dans quelle mesure.

En 1852, James Douglas, gouverneur de la colonie de l'île de Vancouver, représentant la Couronne britannique, a garanti par traité à la Nation saanich qu'elle aurait [TRADUCTION] « toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois ». Ivan Morris et Carl Olsen, tous deux membres de la bande indienne des Tsartlip de la Nation saanich, ont été accusés, entre autres, en vertu des al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1982, ch. 57, d'avoir pratiqué une activité que, comme l'a souligné le juge du procès, les Tsartlip pratiquent [TRADUCTION] « depuis des temps immémoriaux » : la chasse nocturne de subsistance à l'aide d'une source lumineuse.

MM. Morris et Olsen ont fait valoir pour leur défense contre les accusations fondées sur l'art. 27 le droit de chasse que leur confère le Traité de Saanich nord de 1852 (« Traité »). La Couronne leur reconnaît le droit de chasse, mais affirme la validité de l'interdiction de la chasse nocturne. MM. Morris et Olsen répliquent qu'ils observaient des pratiques de chasse sécuritaires et que la réglementation provinciale ne peut toucher à leur droit issu d'un traité.

Nous concluons en l'espèce que le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse est protégé par traité. Alors que l'interdiction de chasser dangereusement prévue à l'art. 29 de la *Wildlife Act* constitue une limite qui ne porte pas atteinte au droit issu d'un traité, l'interdiction absolue de chasser la nuit à l'aide d'une source

s. 27 is overbroad because it prohibits both safe and unsafe hunting, and, in the case of aboriginal hunters, infringes their treaty right.

The evidence at trial was that the Tsartlip's historic aboriginal practice of hunting at night with illumination has yet to result in a single known accident caused by those engaging in it. In our view, paras. (d) and (e) of s. 27(1) of the *Wildlife Act*, despite being part of a valid provincial law of general application, prohibit the exercise of a protected treaty right and are inapplicable in this case. We would therefore allow the appeal, set aside the convictions and enter acquittals.

1. Background

Morris and Olsen were arrested on November 28, 1996 on Vancouver Island for breaches of prohibitions contained in the *Wildlife Act*: hunting of wildlife with a firearm during prohibited hours (s. 27(1)(d)); hunting by the use or with the aid of a light or illuminating device (s. 27(1)(e)); hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons (s. 29); and, in the case of Olsen only, discharging a firearm at wildlife from a motor vehicle (s. 28(1)).

The backdrop to the prosecution of Morris and Olsen was a change of administrative policy on the part of the provincial Crown, acting through conservation officers. The evidence is that the Tsartlip had hunted at night for generations until the charges were laid in this case. They had received confirmation from the Minister of Forests, David Zirnhelt, that there would be no prosecutions in connection with the exercise of hunting and fishing rights pursuant to the Treaty. On the basis of this assurance, the Tsartlip entered into an arrangement with Doug Turner, Chief Enforcement Officer of the Conservation Officer Service for Vancouver Island, whereby any treaty beneficiary charged in relation to night hunting was instructed to phone Mr. Turner. Once Mr. Turner received confirmation

lumineuse prévue à l'art. 27 a une portée trop générale, car elle vise à la fois la chasse dangereuse et la chasse sécuritaire et, dans le cas des chasseurs autochtones, elle porte atteinte à leur droit issu d'un traité.

5 Selon la preuve présentée au procès, la traditionnelle chasse nocturne autochtone à l'aide d'une source lumineuse que pratiquent les Tsartlip n'a encore, à ce que l'on sache, causé aucun accident de la part des chasseurs. À notre avis, les al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act*, même s'ils font partie d'une loi provinciale d'application générale qui est valide, interdisent l'exercice d'un droit protégé par traité et sont inapplicables en l'espèce. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'inscrire des acquittements.

1. Contexte

6 MM. Morris et Olsen ont été arrêtés le 28 novembre 1996 sur l'île de Vancouver pour avoir enfreint des interdictions énoncées dans la *Wildlife Act* : avoir chassé un animal sauvage avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction (al. 27(1)d)); avoir chassé à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse (al. 27(1)e)); avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29); et — dans le cas de M. Olsen seulement — avoir déchargé une arme à feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur (par. 28(1)).

7 La poursuite contre MM. Morris et Olsen a été intentée dans le contexte d'une nouvelle politique administrative de la Couronne provinciale, qui agit par l'intermédiaire des agents de conservation. Selon la preuve, les Tsartlip pratiquaient la chasse nocturne depuis des générations jusqu'à ce que les accusations soient portées en l'espèce. Ils avaient reçu du ministre des Forêts, David Zirnhelt, la confirmation qu'aucune poursuite ne serait engagée relativement à l'exercice des droits de chasse et de pêche garantis par le Traité. Se fondant sur ces assurances, les Tsartlip ont convenu avec Doug Turner, agent principal chargé de l'exécution de la loi, service des agents de conservation de l'île de Vancouver, qu'en cas d'inculpation d'un bénéficiaire du Traité relativement à la chasse nocturne,

that the hunter in question was a member of the Saanich Nation, the hunter would be released. This arrangement, it appears, ended with Mr. Turner's retirement in 1996.

8 In November of that year, not long after Mr. Turner's retirement, a conservation officer was invited to speak at a "rod and gun" club meeting where members expressed dissatisfaction about Indians engaged in night hunting. A decoy operation was promptly organized to trap night hunters, as a result of which Morris and Olsen were arrested and charged. The Tsartlip were not forewarned of the operation and no discussion took place after the charges were laid.

9 The trial in Provincial Court lasted five days. Morris and Olsen raised their rights under the Treaty as a general defence to the charges. The conservation officer acknowledged that safety concerns are inversely proportionate to the remoteness and density of the population.

10 Morris and Olsen led evidence to the effect that night hunting is part of the Tsartlip tradition and has been carried on in safety for generations. They also introduced evidence that the particular night hunt for which they were charged was not dangerous. Morris and Olsen were caught by provincial conservation officers using a mechanical black-tailed deer decoy. The decoy was set up on unoccupied lands 20 metres off a gravel road. It was, one of the conservation officers testified, a spot chosen for its safety. Officer Gerald Brunham explained the choice of site as follows:

Q Were there any residences in that vicinity?

A Not within two kilometres.

. . .

celui-ci téléphonerait à M. Turner. Le chasseur en question serait remis en liberté dès que son appartenance à la Nation saanich aurait été confirmée à M. Turner. Cette entente aurait, semble-t-il, pris fin avec le départ à la retraite de M. Turner en 1996.

En novembre de la même année, peu après le départ de M. Turner, un agent de conservation a été invité comme conférencier à une réunion d'un club de chasse et pêche, où des membres se sont dits mécontents du fait que des Indiens chassaient la nuit. On a rapidement monté une opération leurre pour piéger les chasseurs nocturnes. C'est ainsi que MM. Morris et Olsen ont été arrêtés et inculpés. Les Tsartlip n'ont pas été prévenus de la tenue de l'opération, et il n'y a eu aucune discussion après les mises en accusation.

Le procès à la Cour provinciale a duré cinq jours. MM. Morris et Olsen ont invoqué, comme moyen de défense général contre les accusations, les droits que leur confère le Traité. L'agent de conservation a reconnu que les préoccupations relatives à la sécurité sont inversement proportionnelles à l'éloignement et à la densité de la population.

MM. Morris et Olsen ont présenté la preuve que la chasse nocturne fait partie de la tradition des Tsartlip et qu'elle est pratiquée de façon sécuritaire depuis des générations. Ils ont aussi produit des éléments de preuve établissant que la chasse nocturne particulière faisant l'objet de leur inculpation n'était pas dangereuse. Ils se sont fait prendre par des agents de conservation provinciaux, qui se sont servis d'un leurre mécanique en forme de cerf à queue noire. Le leurre était installé sur des terres inoccupées, à 20 m d'une route en gravier. Selon le témoignage d'un des agents de conservation, l'endroit était choisi pour ses caractéristiques sécuritaires. L'agent Gerald Brunham a expliqué ainsi le choix de l'emplacement :

[TRADUCTION]

Q Y avait-il des résidences dans ce voisinage?

R Aucune dans un rayon de deux kilomètres.

. . .

Q And you chose that particular [hunting] site because of safety aspects?

A Yes.

Q So would it be accurate to say that there were no private property, no campers, no dwellings within the range that a bullet would travel?

A Yes.

Q And you chose that specific hillside so that if a bullet did go through your decoy it would go into a hill and into the trees?

A That's right.

Q Et vous avez choisi cet endroit précis pour ses caractéristiques sécuritaires?

R Oui.

Q N'est-il pas exact qu'à cet endroit il n'y avait pas de propriété privée, pas de campement, pas d'habitation dans le rayon de la trajectoire d'une balle?

R Oui.

Q Et vous avez choisi ce versant précisément pour que la balle qui traverserait le leurre aboutisse dans une colline et dans les arbres?

R C'est exact.

The trial judge found that "night hunting with illumination was one of the various methods employed by the Tsartlip [people] from time immemorial" ([1999] B.C.J. No. 3199 (QL), at para. 19). However, despite the evidence that night hunting by Tsartlip hunters had yet to result in an accident, he nonetheless concluded that Morris and Olsen did not have a treaty right to hunt at night because hunting at night with an illuminating device was "inherently unsafe" (para. 25). 11

Selon le juge du procès, [TRADUCTION] « la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est l'une des diverses méthodes employées par les Tsartlip depuis des temps immémoriaux » ([1999] B.C.J. No. 3199 (QL), par. 19). Toutefois, malgré la preuve que la chasse nocturne pratiquée par les Tsartlip n'avait encore causé aucun accident, le juge a statué que MM. Morris et Olsen ne disposaient d'aucun droit conféré par traité qui leur permet de chasser la nuit, car la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est [TRADUCTION] « intrinsèquement dangereuse » (par. 25).

They were both convicted of hunting during prohibited hours contrary to s. 27(1)(d), and Olsen was convicted of discharging a firearm at wildlife from a motor vehicle contrary to s. 28(1). However, despite his conclusion that night hunting was inherently unsafe, the trial judge acquitted the appellants on the count of hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons (s. 29). As well, the trial judge conditionally stayed the charges of hunting with the use or aid of a light or illuminating device contrary to s. 27(1)(e), based on the rule in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. 12

Ils ont tous deux été reconnus coupables d'avoir, en contravention de l'al. 27(1)d), chassé pendant les heures interdites, et M. Olsen a été reconnu coupable d'avoir, en violation du par. 28(1), déchargé une arme à feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur. Cependant, malgré sa conclusion que la chasse nocturne était intrinsèquement dangereuse, le juge du procès a acquitté les appelants relativement à l'accusation d'avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29). Il a aussi ordonné la suspension conditionnelle des procédures concernant l'accusation d'avoir chassé à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse en violation de l'al. 27(1)e), selon la règle énoncée dans *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

The convictions based on the prohibition of night hunting (s. 27(1)(d)) were upheld by a summary conviction appeal judge ([2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780) and by the majority in 13

Les déclarations de culpabilité fondées sur l'interdiction de chasser la nuit (al. 27(1)d)) ont été confirmées par un juge d'appel des poursuites sommaires ([2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780) et

the Court of Appeal for British Columbia, with Lambert J.A. dissenting ((2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121). The only provisions at issue in the appeal before us are s. 27(1)(d) and (e).

2. Analysis

14 The analytical framework in which to consider this case can be divided into two parts. The first step is to determine whether the impugned provisions of the *Wildlife Act* impair a treaty right. This entails characterizing the scope of the treaty right claimed by Morris and Olsen and delineating any limits on that right. We acknowledge at the outset that there is no treaty right to hunt dangerously. Thus s. 29 of the *Wildlife Act*, which prohibits hunting or trapping "without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons", is a limit that does not impair the treaty rights of aboriginal hunters and trappers. At issue are the limits imposed by s. 27(1)(d) and (e). In our view these prohibitions, presented as safety measures in relation to the Tsartlip, are overbroad and infringe the treaty right to hunt.

15 The second step is to analyse whether the impugned provisions of the *Wildlife Act* are valid and applicable under the constitutional division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* and under s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. In our view, because paras. (d) and (e) of s. 27(1) are inconsistent with the Treaty, they do not apply to Morris and Olsen either directly, of their own force, as provincial law, or as incorporated federal law under s. 88 of the *Indian Act*.

2.1 *Evolution of the Treaty Right*

16 Between 1850 and 1854, 14 treaties were concluded with bands living on Vancouver Island. These came to be known as the Douglas Treaties, named after James Douglas, Governor of the Colony of Vancouver Island at the time. The Treaty

par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Lambert étant dissident ((2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121). Les seules dispositions en litige en l'espèce sont les al. 27(1)d) et e).

2. Analyse

Le cadre d'analyse de la présente espèce peut être scindé en deux parties. La première étape consiste à décider si les dispositions contestées de la *Wildlife Act* portent atteinte à un droit issu d'un traité. Pour ce faire, il faut définir la portée du droit issu d'un traité invoqué par MM. Morris et Olsen et ainsi que les limites de ce droit. Nous reconnaissons d'emblée qu'aucun traité ne confère le droit de chasser dangereusement. Ainsi, l'art. 29 de cette loi, lequel interdit de chasser ou de piéger [TRADUCTION] « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui », constitue une limite qui ne porte pas atteinte aux droits conférés par traité aux chasseurs et piégeurs autochtones. La question en litige est celle des limites imposées par les al. 27(1)d) et e). À notre avis, ces interdictions, présentées comme des mesures de sécurité pour les Tsartlip, ont une portée trop générale et portent atteinte au droit de chasse issu d'un traité.

La seconde étape consiste à déterminer la validité et l'applicabilité des dispositions contestées de la *Wildlife Act*, selon le partage constitutionnel des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et selon l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. À notre avis, étant donné que les al. 27(1)d) et e) sont incompatibles avec le Traité, ils ne s'appliquent pas à MM. Morris et Olsen, que ce soit directement d'eux-mêmes comme règles de droit provinciales, ou encore comme règles de droit fédérales incorporées par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

2.1 *Évolution du droit issu d'un traité*

Entre 1850 et 1854, 14 traités ont été conclus avec des bandes vivant sur l'île de Vancouver. On a fini par les appeler Traités de Douglas, en l'honneur de James Douglas, gouverneur de la colonie de l'île de Vancouver à l'époque. Le Traité, à lui

alone covers approximately 22,000 hectares situated on lands that are partly uninhabited and partly inhabited.

In exchange for the surrender by the Saanich of their lands on Vancouver Island, the Crown made a number of commitments to them, including the following guarantee:

> [I]t is . . . understood that we [the Saanich Tribe] are at liberty to hunt over the unoccupied lands, and to carry on our fisheries as formerly. [Emphasis added.]

Each of the 14 treaties contained this commitment in the same formulation.

The language of the Treaty stating "we are at liberty to hunt over the unoccupied lands" exemplifies the lean and often vague vocabulary of historic treaty promises. McLachlin J., dissenting on other grounds, stated in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 ("*Marshall No. 1*"), at para. 78, that "[t]he goal of treaty interpretation is to choose from among the various possible interpretations of common intention the one which best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed". This means that the promises in the treaty must be placed in their historical, political, and cultural contexts to clarify the common intentions of the parties and the interests they intended to reconcile at the time.

The Douglas Treaties were the reflections of oral agreements reduced to writing by agents of the Crown. The historical background to these treaties has been ably documented by the B.C. Court of Appeal in three decisions: see *R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. v. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; and *Saanichton Marina Ltd. v. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79. This historical context reveals an overriding intention that the methods by which the Saanich traditionally hunted be brought within the Treaty's protection.

First, it was in the interest of all parties to preserve traditional hunting and fishing practices among the Tsartlip and other Douglas Treaty

seul, couvre une superficie d'environ 22 000 hectares s'étendant sur des terres qui sont en partie inhabitées et en partie habitées.

17 En contrepartie des terres cédées par les Saanich sur l'île de Vancouver, la Couronne a pris certains engagements envers eux, notamment le respect de la garantie suivante :

> [TRADUCTION] [I]l est [. . .] entendu que nous [les Saanich] avons toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois. [Nous soulignons.]

Cet engagement figurait selon le même libellé dans chacun des 14 traités.

18 La formulation « nous avons toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées » qui figure dans le Traité donne un exemple de la pauvreté et du caractère souvent vague des expressions utilisées dans le cadre d'un traité historique. Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall n^o 1* »), par. 78, la juge McLachlin, dissidente pour d'autres motifs, a affirmé que « [l]'interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature ». Cela veut dire qu'il faut placer dans leurs contextes historique, politique et culturel les promesses figurant dans le traité afin de dégager l'intention commune des parties et les intérêts qu'elles voulaient concilier à l'époque.

19 Les Traités de Douglas sont le fruit d'ententes verbales que les représentants de la Couronne ont couchées par écrit. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a bien documenté le contexte historique de ces traités dans trois arrêts : voir *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613; *R. c. Bartleman* (1984), 55 B.C.L.R. 78; et *Saanichton Marina Ltd. c. Claxton* (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 79. Ce contexte historique atteste l'intention prépondérante de protéger par le Traité les modes de chasse traditionnels des Saanich.

20 Premièrement, il était dans l'intérêt de toutes les parties de préserver les modes de chasse et de pêche traditionnels chez les Tsartlip et d'autres

bands. As Lambert J.A. stated in *Bartleman*, at p. 90:

> [A]t the time of the treaties, it was a concern of the colonial government not to disturb the Indian people in their traditional food-gathering activities. It was in the interest of the government of the colony of Vancouver Island and of the Indians that the Indians should be able to support themselves in their traditional ways.

21 The interests of the colonial government in preserving the traditional Tsartlip way of life were a reflection of the economic and demographic realities of the region, including concerns for the safety and security of the small number of settlers. Norris J.A. summarized these imperatives as follows in *White*, at p. 657:

> [I]t was at the time of Douglas particularly important for the maintenance of law and order that Indian rights be respected and interpreted broadly in favour of the Indians, not merely for the due administration of law, but also for the safety of the settlers who constituted a minority of, at the most, 1,000 persons, there being 30,000 Indians on Vancouver Island alone, apart from the warlike tribes to the north, who always constituted a raiding threat and against whom the maintenance of friendship with the local Indians afforded a measure of security.

22 Second, the historical record discloses that Governor Douglas represented to the Indian peoples with whom he entered into treaties that the treaties would secure for them the right to continue their pre-treaty hunting practices. In a letter to the Colonial Secretary dated May 16, 1850, Douglas stated the following:

> I informed the natives that they would not be disturbed in the possession of their Village sites and enclosed fields, which are of small extent, and that they were at liberty to hunt over the unoccupied lands, and to carry on their fisheries with the same freedom as when they were the sole occupants of the country. [Emphasis added.]

(See *White*, at p. 651.)

23 Douglas wrote a similar confirmation to the Speaker and members of the House of Assembly of British Columbia, advising them that:

bandes visées par les Traités de Douglas. Le juge Lambert a affirmé dans *Bartleman*, p. 90 :

> [TRADUCTION] [À] l'époque des traités, le gouvernement colonial veillait à ne pas perturber les Indiens dans leurs activités de subsistance traditionnelles. C'était dans l'intérêt du gouvernement de la colonie de l'île de Vancouver et des Indiens que ceux-ci puissent subvenir à leurs besoins selon leur mode de vie traditionnel.

L'intérêt du gouvernement colonial à préserver le mode de vie traditionnel des Tsartlip reflétait les réalités économiques et démographiques de la région, y compris les préoccupations concernant la sécurité des colons, qui étaient en faible nombre. Le juge Norris a résumé ces impératifs dans *White*, p. 657 :

> [TRADUCTION] [À] l'époque de Douglas, il était particulièrement important pour le maintien de l'ordre public que les droits des Indiens soient respectés et interprétés libéralement en leur faveur, non seulement pour l'application régulière de la loi, mais aussi pour la sécurité des colons, qui n'étaient qu'une petite minorité d'au plus 1 000 personnes, alors qu'il y avait 30 000 Indiens dans l'île de Vancouver uniquement, sans compter les tribus guerrières du Nord de l'île, qui représentaient une menace d'incursion constante et contre lesquels les liens d'amitié avec les Indiens de la région assuraient une certaine sécurité.

Deuxièmement, le dossier historique révèle que le gouverneur Douglas a fait comprendre aux peuples indiens avec qui il concluait des traités que ceux-ci leur garantiraient le droit de continuer à chasser comme auparavant. Dans la lettre qu'il a adressée au secrétaire aux Affaires coloniales le 16 mai 1850, M. Douglas a écrit :

> [TRADUCTION] J'ai informé les indigènes qu'ils ne seraient pas inquiétés dans la possession de leurs villages et de leurs prés enclos, qui sont de faible étendue, et qu'ils avaient toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher en jouissant de la même liberté que lorsqu'ils étaient les seuls occupants du pays. [Nous soulignons.]

(Voir *White*, p. 651.)

M. Douglas a écrit une confirmation similaire au président et aux députés de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique :

[The Indians] were to be protected in their original right of fishing on the Coasts and in the Bays of the Colony, and of hunting over all unoccupied Crown Lands: and they were also to be secured in the enjoyment of their village sites and cultivated fields.

(*Bartleman*, at p. 89)

These external acknowledgments by Douglas are significant where, as here, the treaty was concluded orally and subsequently reduced to writing. The oral promises made when the treaty was agreed to are as much a part of the treaty as the written words: see *Marshall No. 1*, at para. 12.

The promises made by Douglas confirm that the parties intended the Treaty to include the full panoply of hunting practices in which the Tsartlip people had engaged before they agreed to relinquish control over their lands on Vancouver Island.

One of those practices was night hunting. The trial judge acknowledged the "considerable body of evidence supporting the fact that night hunting has been an accepted practice of the Tsartlip people from pre-treaty days to the present" (para. 18). His most significant finding about night hunting was that it includes, and always has included, hunting with the aid of illuminating devices:

[N]ight hunting with illumination was one of the various methods employed by the Tsartlip people from time immemorial. [para. 19]

This finding reflected the evidence of Tom Sampson, a member of the Tsartlip Indian Band who had hunted for 56 of his 65 years. He described the various ways illumination was historically used in night hunting, including:

. . . a carbide light, it was what the coal miners used to use, and prior to that we used — in fishing, we used the hollowed out part of our canoe and we used pitch from a tree, the stumps we would cut out and shape and put in front of the canoe as a light for hunting and fishing.

The relevant provision of this Treaty, as previously noted, states that the Tsartlip "are at liberty

[TRADUCTION] Il fallait assurer [aux Indiens] la protection de leur droit originaire de pêcher sur les côtes et dans les baies de la Colonie, et de chasser sur toutes les terres inoccupées de la Couronne; il fallait aussi leur garantir la jouissance de leurs villages et champs cultivés.

(*Bartleman*, p. 89)

24 Ces confirmations de M. Douglas à des tiers sont d'importance dans les cas où, comme en l'espèce, le traité a été conclu oralement et subséquemment couché par écrit. Les promesses verbales lors de la conclusion du traité font autant partie du traité que le texte écrit : voir *Marshall n^o 1*, par. 12.

25 Les promesses de M. Douglas confirment l'intention des parties d'englober dans le Traité toute la panoplie des pratiques de chasse auxquelles s'adonnaient les Tsartlip avant d'accepter de renoncer au contrôle de leurs terres sur l'île de Vancouver.

26 L'une de ces pratiques est la chasse nocturne. Le juge du procès a admis [TRADUCTION] « l'existence de nombreux éléments de preuve confirmant que la chasse nocturne est reconnue aux Tsartlip aussi bien avant qu'après le Traité » (par. 18). Sa conclusion la plus importante au sujet de la chasse nocturne est qu'elle se pratique, aujourd'hui comme toujours, à l'aide d'une source lumineuse :

[TRADUCTION] La chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est l'une des diverses méthodes employées par les Tsartlip depuis des temps immémoriaux. [par. 19]

27 Cette conclusion reflète le témoignage de Tom Sampson, un membre de la bande indienne des Tsartlip qui a passé 56 années des 65 années de sa vie à chasser. Il a décrit les diverses façons dont la source lumineuse était traditionnellement employée pour la chasse nocturne, notamment :

[TRADUCTION] . . . une lampe à carbure, comme celles qu'utilisaient les mineurs, et avant cela, nous utilisions — pour la pêche, nous utilisions la partie concave de notre canot ainsi que de la résine d'arbres et des bâtons que nous coupions, façonnions et mettions devant le canot pour servir de lumière pour la chasse et la pêche.

28 Comme nous l'avons déjà mentionné, selon la disposition pertinente du Traité, les Tsartlip ont

to hunt over the unoccupied lands; and to carry on [their] fisheries as formerly". There is no dispute, at least for the purposes of this case, that the words "as formerly" apply to both the hunting and fishing clauses.

29 As McLachlin J. stated in *Marshall No. 1*, at para. 78, these words "must be given the sense which they would naturally have held for the parties at the time". She also said that "[t]reaties should be liberally construed and ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the aboriginal signatories". Even on a literal construction, the language of the Treaty supports the view that the right to hunt "as formerly" means the right to hunt according to the methods used by the Tsartlip at the time of and before the Treaty. This would obviously include those methods the Tsartlip have used in hunting "from time immemorial".

30 From 1852 to the present, the tools used by the Tsartlip in hunting at night have evolved. From sticks with pitch to spotlights and from canoes to trucks, the tools and methods employed in night hunting have changed over time. These changes do not diminish the rights conferred by the Treaty. The right of the Tsartlip to hunt at night with illuminating devices has of necessity evolved from its pre-treaty tools to its current implements. As McLachlin C.J. observed in *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, at para. 25:

> . . . treaty rights are not frozen in time. Modern peoples do traditional things in modern ways. The question is whether the modern trading activity in question represents a logical evolution from the traditional trading activity at the time the treaty was made . . . . Logical evolution means the same sort of activity, carried on in the modern economy by modern means. This prevents aboriginal rights from being unfairly confined simply by changes in the economy and technology.

31 This approach has led the Court in other cases to acknowledge, for example, that hunting with a rifle and ammunition is the current form of an evolving right whose origins were hunting with a bow and

[TRADUCTION] « toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois ». Nul ne conteste, du moins pour les besoins du présent pourvoi, que le terme « comme autrefois » s'applique tant au membre de phrase concernant la pêche qu'à celui concernant la chasse.

Comme la juge McLachlin l'a affirmé dans *Marshall n^o^ 1*, par. 78, « [i]l faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les parties à l'époque » et « [l]es traités doivent recevoir une interprétation libérale, et toute ambiguïté doit profiter aux signataires autochtones ». Même interprété littéralement, le texte du Traité permet de confirmer que le droit de chasser « comme autrefois » signifie le droit de chasser selon les méthodes utilisées par les Tsartlip au moment du Traité et dans la période qui l'a précédé. Il est évident que les méthodes de chasse employées par les Tsartlip « depuis des temps immémoriaux » en font partie.

Depuis 1852, les outils utilisés par les Tsartlip pour la chasse nocturne ont évolué. Des bâtons enduits de résine aux projecteurs et des canots aux camions, les outils et méthodes employés pour la chasse nocturne ont changé avec le temps. Toutefois, ces changements n'enlèvent rien aux droits conférés par le Traité. Le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse a nécessairement évolué depuis les outils employés avant le Traité jusqu'aux instruments actuels. Comme l'a fait observer la juge en chef McLachlin dans *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, par. 25 :

> . . . les droits issus de traités ne sont pas figés dans le temps. Les activités traditionnelles sont maintenant pratiquées de façon moderne. Il s'agit d'établir si l'activité commerciale actuelle en cause procède de l'évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment du traité [. . .] L'évolution logique suppose le même type d'activité, exercée dans l'économie moderne par des moyens modernes. On évite ainsi de restreindre indûment les droits ancestraux simplement du fait des changements économiques ou technologiques.

Ce point de vue a fait en sorte que, dans d'autres affaires, la Cour a reconnu, par exemple, que la chasse à la carabine représente la forme actuelle d'un droit dont les origines remontent à la chasse

arrow (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387), and that a treaty right to erect a log cabin for hunting purposes flows from the former use of mossy lean-to shelters (*R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393).

The evidence in this case makes clear that the use of guns, spotlights, and motor vehicles reflects the current state of the evolution of the Tsartlip's historic hunting practices. Morris testified at trial that the Tsartlip used to hunt at night with

> what they called torch lamps, and I heard this story told to me by our older hunters, that they used sticks with pitch on the end of them to do the same kind of hunt [but that the Tsartlip had] moved into these new tools of the spotlight and of the gun, where it's made it easier for us to hunt. And then we use our vehicles instead of walking or paddling a canoe.

This evidence reveals that the weapons, means of transportation and illuminating devices used in hunting have become more modern. But changes in method do not change the essential character of the practice, namely, night hunting with illumination. What was preserved by the Treaty and brought within its protection was hunting at night with illuminating devices, not hunting at night with a particular *kind* of weapon and source of illumination. This conclusion is dictated by the common intentions of the parties to the Treaty, as distilled from the context in which the Treaty was entered into. The purpose of the hunting clause was to preserve the traditional Tsartlip way of life, including methods of gathering food. It was, in addition, designed to benefit the settlers, whose interests at the time lay in friendship with the Indian majority on Vancouver Island.

Each of these interests could best be met by simultaneously ensuring both the protection of the settlers and the continuation of the hunting methods traditionally used by the Tsartlip. The common intention which best reconciles the interests of the parties is one that brings a right to

à l'arc (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387) et que le droit issu d'un traité de construire une cabane en rondins pour la chasse découle de l'utilisation antérieure d'abris en appentis recouverts de mousse (*R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393).

32 La preuve en l'espèce établit clairement que l'emploi de fusils, de projecteurs et de véhicules à moteur reflète l'état actuel de l'évolution des modes de chasse traditionnels des Tsartlip. M. Morris a dit dans son témoignage que les Tsartlip chassaient la nuit à l'aide de

> [TRADUCTION] ce qu'ils appelaient des torches, et ce sont nos aînés qui chassaient qui m'ont raconté cette histoire — qu'ils pratiquaient le même type de chasse à l'aide de bâtons dont l'extrémité était trempée dans la résine, [mais que les Tsartlip ont] par la suite utilisé de nouveaux outils comme le projecteur et le fusil, grâce auxquels il est maintenant plus facile pour nous de chasser. Et maintenant nous nous déplaçons à l'aide de nos véhicules au lieu de le faire à pied ou en canot.

33 Cette preuve révèle que les armes ainsi que les moyens de transport et d'éclairage employés pour la chasse sont devenus plus modernes. Toutefois, l'évolution des méthodes ne change pas le caractère essentiel de la pratique, à savoir la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse. C'est la chasse pratiquée la nuit à l'aide d'une source lumineuse qui est préservée et protégée par le Traité, et non la chasse pratiquée la nuit avec un *type* particulier d'arme et de source lumineuse. Cette conclusion est dictée par l'intention commune des parties au Traité, telle qu'elle se dégage du contexte dans lequel celui-ci a été conclu. La disposition relative à la chasse avait pour but de préserver le mode de vie traditionnel des Tsartlip, y compris leurs moyens de subsistance. Elle visait également à rendre service aux colons, qui à l'époque avaient intérêt à être amis avec les Indiens, groupe majoritaire sur l'île de Vancouver.

34 La meilleure façon de servir chacun de ces intérêts était de veiller simultanément à la protection des colons et au maintien des méthodes de chasse traditionnellement employées par les Tsartlip. L'intention commune qui concilie le mieux les intérêts des parties est celle qui fait entrer dans le

hunt as they always had within the ambit of the Treaty. This includes the right to hunt at night with illumination.

35 We agree, as stated earlier, that it could not have been within the common intention of the parties that the Tsartlip would be granted a right to hunt dangerously, since no treaty confers on its beneficiaries a right to put human lives in danger. This limitation on the treaty right flows from the interest of all British Columbians in personal safety. It is also confirmed by the language of the Treaty itself, which restricts hunting to "unoccupied lands", away from any town or settlement. British Columbia is a very large province, and it cannot plausibly be said that a night hunt with illumination is unsafe everywhere and in all circumstances, even within the treaty area at issue in this case.

36 This Court stated in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 ("*Marshall No. 2*"), at para. 37, that "regulations that do no more than reasonably define the . . . treaty right in terms that can be administered by the regulator and understood by the . . . community that holds the treaty rights do not impair the exercise of the treaty right" (emphasis deleted). As well, as noted in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 89, "reasonable regulations aimed at ensuring safety do not infringe aboriginal or treaty rights to hunt for food".

37 The question, therefore, is how to identify and define internal limits on a treaty right. The consensual nature of treaty rights and their specific origin and structure dictate that a respectful approach be adopted. Individual statutory provisions have to be evaluated to determine whether, based on the available historical evidence, they are consistent with the common intention of the parties to the treaty.

champ d'application du Traité le droit de chasse que les Tsartlip ont toujours eu. Ce droit comprend le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, nous reconnaissons que l'intention commune des parties ne pouvait pas être d'accorder aux Tsartlip le droit de chasser dangereusement puisque aucun traité ne confère à ses bénéficiaires le droit de mettre en danger des vies humaines. Cette limitation du droit issu du traité découle de l'intérêt des Britanno-Colombiens à ce que leur sécurité personnelle ne soit pas menacée. Elle est aussi confirmée par le texte du Traité lui-même, qui restreint la chasse aux [TRADUCTION] « terres inoccupées », loin des villes ou des peuplements. La Colombie-Britannique est une province très vaste, et on ne peut affirmer de façon plausible que la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est dangereuse partout et dans toutes les circonstances, même dans la région qui est visée par le Traité et qui est en cause en l'espèce.

Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« *Marshall n^o 2* »), par. 37, la Cour a énoncé, qu'« un règlement qui se contente de définir raisonnablement le droit issu de traité [. . .] d'une manière qui puisse à la fois être administrée par l'organe chargé de sa réglementation et être comprise par la communauté [. . .] titulaire du droit en question ne porte pas atteinte à l'exercice de ce droit » (soulignement omis). De même, comme il est indiqué dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 89, « un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte pas atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir ».

Il s'agit donc de savoir comment reconnaître et définir les limites intrinsèques d'un droit issu d'un traité. La nature consensuelle des droits issus de traités ainsi que leur origine et leur structure particulières commandent une attitude respectueuse. Il faut évaluer chaque disposition législative pour déterminer si, compte tenu de la preuve historique, elle est conforme à l'intention commune des parties au traité.

In our view, the best reconciliation of the parties' intentions is one that preserves as much as possible the ancient practices the Tsartlip would have understood as forming part of their "liberty to hunt" under the Treaty, subject only to the limit that they do not have a right to put lives or property at risk. Thus, at the very least, the safety limitation in the Treaty should not be drawn so broadly as to exclude *all* night hunting. It could not have been within the common intention of the parties to completely ban night hunting, which was a long-accepted method of hunting for food.

Nor can it be said that such a blanket exclusion should now be implied as a matter of law. If a night hunt is dangerous in particular circumstances, it can (and should) be prosecuted under s. 29. Here, the appellants were acquitted of dangerous hunting. The implicit limitation found by our colleagues the Chief Justice and Fish J. has a scope that interferes with the time-honoured right instead of allowing for the right to be exercised subject only to principled limitations. Protected methods of hunting cannot, without more, be wholly prohibited simply because in some circumstances they could be dangerous. All hunting, regardless of the time of day, has the potential to be dangerous.

The blanket prohibition of s. 27(1)(d) and (e) applies, of course, throughout British Columbia, including the vast regions of the interior. Much of the north of the province is uninhabited except by aboriginal people, and there are areas where even they are seen only occasionally. To conclude that night hunting with illumination is dangerous everywhere in the province does not accord with reality and is not, with respect, a sound basis for limiting the treaty right.

### 2.2 *Constitutional Division of Powers*

Having found that the Tsartlip's treaty rights include the right to hunt at night and with

La meilleure façon de concilier les intentions des parties est celle qui permet de préserver le plus possible les pratiques de chasse anciennes que les Tsartlip considéraient comme faisant partie du droit de chasser en « toute liberté » garantit par le Traité, sous réserve seulement de ne pas mettre en danger la vie ou la propriété d'autrui. Par conséquent, il faut au moins éviter d'interpréter de façon trop large la limitation en matière de sécurité prévue dans le Traité, au point d'exclure *totalement* la chasse nocturne. L'intention commune des parties ne pouvait pas être d'interdire complètement la chasse nocturne, méthode de chasse de subsistance reconnue depuis longtemps. 38

On ne peut pas non plus affirmer qu'une interdiction générale devrait maintenant être implicite en droit. Si la chasse nocturne est dangereuse dans certaines circonstances, elle peut (et devrait) faire l'objet de poursuites en vertu de l'art. 29. En l'espèce, les appelants ont été acquittés relativement à la chasse dangereuse. La limite implicite dont l'existence est admise par nos collègues la Juge en chef et le juge Fish entrave, par sa portée, l'exercice du droit consacré depuis longtemps au lieu de permettre qu'il soit exercé sous réserve seulement de limites rationnelles. On ne peut se contenter d'interdire complètement l'utilisation de méthodes de chasse protégées par traité du simple fait que dans certains cas elles pourraient être dangereuses. Toute forme de chasse, quel que soit le moment de la journée, est potentiellement dangereuse. 39

L'interdiction générale prévue aux al. 27(1)d) et e) s'applique, naturellement, dans toute la Colombie-Britannique, y compris les vastes régions de l'intérieur. La partie nord de la province est principalement inhabitée, sauf par des Autochtones, et il y a des régions où, même eux, on ne les voit qu'à l'occasion. Conclure que la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse est dangereuse partout dans la province ne cadre pas avec la réalité et, soit dit en tout respect, n'est pas une raison valable pour limiter le droit issu d'un traité. 40

### 2.2 *Partage constitutionnel des compétences*

Ayant conclu que les droits conférés par traité aux Tsartlip comprennent le droit de chasser la nuit 41

illumination, we must now determine whether the impugned provisions of the *Wildlife Act* are nevertheless applicable from the perspective of the constitutional division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. By virtue of s. 91(24), Parliament has exclusive power to make laws in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians". Provincial laws whose "pith and substance" relates to this head of power are *ultra vires* and invalid (*Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 67). However, provincial laws of general application that affect Indians only incidentally and are enacted under a provincial head of power will be found to be *intra vires* and valid.

42 In this case, there is no question that the relevant provisions of the *Wildlife Act* are valid provincial legislation under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, which refers to Property and Civil Rights in the Province. However, where a valid provincial law impairs "an integral part of primary federal jurisdiction over Indians and Lands reserved for the Indians" (*Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031, at p. 1047), it will be inapplicable to the extent of the impairment. Thus, provincial laws of general application are precluded from impairing "Indianness". (See, for example, *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, at p. 326.)

43 Treaty rights to hunt lie squarely within federal jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians". As noted by Dickson C.J. in *Simon*, at p. 411:

> It has been held to be within the exclusive power of Parliament under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, to derogate from rights recognized in a treaty agreement made with the Indians.

et à l'aide d'une source lumineuse, nous devons maintenant examiner la question de savoir si les dispositions contestées de la *Wildlife Act* peuvent quand même s'appliquer dans l'optique du partage constitutionnel des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En vertu du par. 91(24), le Parlement a le pouvoir exclusif de légiférer sur les questions concernant « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Les lois provinciales qui, de par leur caractère véritable, relèvent de ce chef de compétence constituent un excès de pouvoir et sont donc invalides (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 67). Toutefois, les lois provinciales d'application générale qui sont adoptées selon un chef de compétence provincial et dont les effets à l'égard des Indiens ne sont qu'accessoires sont dans la limite des pouvoirs et sont donc valides.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* sont des mesures législatives provinciales valides qui relèvent de la catégorie propriété et droits civils dans la province prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, les lois provinciales valides ne s'appliqueront pas si elles portent atteinte à une « partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens » (*Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, p. 1047). Ainsi, les lois provinciales d'application générale ne peuvent pas porter atteinte à l'« indianité ». (Voir, par exemple, *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 326.)

Les droits de chasse issus de traités relèvent clairement de la compétence fédérale sur « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Comme l'a fait remarquer le juge Dickson dans *Simon*, p. 411 :

> On a jugé que le Parlement a le pouvoir exclusif, en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de déroger à certains droits reconnus dans un traité conclu avec les Indiens.

This Court has previously found that provincial laws of general application that interfere with treaty rights to hunt are inapplicable to particular Aboriginal peoples. (See, for example, *Simon*, at pp. 410-11; *Sundown*, at para. 47.) Where such laws are inapplicable because they impair "Indianness", however, they may nonetheless be found to be applicable by incorporation under s. 88 of the *Indian Act*.

La Cour a déjà jugé inapplicables à certains peuples autochtones des lois provinciales d'application générale qui portent atteinte aux droits de chasse issus de traités. (Voir, par exemple, *Simon*, p. 410-411, et *Sundown*, par. 47.) Par ailleurs, les lois provinciales d'application générale qui sont inapplicables parce qu'elles touchent à l'« indianité » peuvent néanmoins être jugées applicables si elles sont incorporées au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

### 2.3 *Section 88 of the Indian Act*

### 2.3 *Article 88 de la Loi sur les Indiens*

Section 88 reflects Parliament's intention to avoid the effects of the immunity imposed by s. 91(24) by incorporating certain provincial laws of general application into federal law. Section 88 reads as follows:

L'article 88 reflète l'intention du législateur d'éviter les effets de l'exclusivité que commande le par. 91(24), en incorporant au droit fédéral certaines lois provinciales d'application générale. L'article 88 dispose : 44

**88.** Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

**88.** Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

But as the opening words of this provision demonstrate, Parliament has expressly declined to use s. 88 to incorporate provincial laws where the effect would be to infringe treaty rights. And this Court held in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 86, that one of the purposes of s. 88 is to accord "federal statutory protection to aboriginal treaty rights". Thus, on its face, s. 88 cannot be used to incorporate into federal law provincial laws that conflict with the terms of any treaty. 45

Mais, comme l'indique le membre de phrase au début de cette disposition, le législateur a expressément refusé de recourir à l'art. 88 pour incorporer au droit fédéral des lois provinciales dans les cas où il en résulterait une atteinte à des droits issus de traités. Et dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 86, la Cour a statué que l'un des objets de l'art. 88 est d'accorder « une protection de nature législative fédérale aux droits issus de traités des autochtones ». Ainsi, on ne peut, de prime abord, recourir à l'art. 88 pour incorporer au droit fédéral des lois provinciales incompatibles avec des traités.

The clear language of this treaty exception in s. 88 is qualified by statements in this Court's jurisprudence that the provinces may regulate treaty rights under certain circumstances. In *Marshall No. 2*, at para. 24, for example, this Court held that 46

Les termes clairs de l'exception relative aux traités prévue à l'art. 88 sont nuancés par des énoncés figurant dans la jurisprudence de la Cour, selon lesquels les provinces peuvent dans certaines circonstances réglementer les droits issus de traités. Dans *Marshall n^o^ 2*, par. 24, par exemple, la Cour a affirmé :

the federal and provincial governments [have the authority] within their respective legislative fields to regulate the exercise of the treaty right subject to the constitutional requirement that restraints on the exercise of the treaty right have to be justified on the basis of conservation or other compelling and substantial public objectives . . . . [Emphasis added.]

That statement must of course be read in the context of the particular right under consideration in *Marshall No. 1*, namely a commercial right of access to resources harvested (and traded) from the outset by aboriginals in common with non-aboriginal inhabitants. After Confederation, some of the resources came to be regulated federally (e.g. the fishery), while others were regulated provincially (e.g. those harvested by trapping). In the case of the provincially regulated resources, the Court was not prepared to read the treaty right as requiring that access to them for purposes of *commercial* exploitation be subject to parallel and potentially conflicting federal and provincial oversight. That is not this case, which requires us to consider the more general question of what degree of provincial legislative interference with a non-commercial treaty right will trigger the s. 88 protection of treaty rights. Further consideration of the Court's position with respect to treaty rights of a commercial nature should be left for a case where it is directly in issue.

47 Where, as in this case, non-commercial rights are in issue, a distinction must be drawn between insignificant interference with the exercise of the treaty right and *prima facie* infringement of the right.

48 Regarding insignificant interference, this Court considered in *Côté* whether a provincial regulation requiring the payment of a small access fee for entry into a controlled harvest zone infringed a treaty right to fish. The fee was not revenue generating, but was intended to pay for the ongoing maintenance of roads and facilities within the controlled zone. Lamer C.J. held that this provincial

[Les] gouvernements fédéral et provinciaux [ont le pouvoir] de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice du droit issu du traité, sous réserve du fait que la Constitution exige que les restrictions imposées à l'exercice de ce droit soient justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux . . . [Nous soulignons.]

Il faut bien sûr interpréter cet énoncé dans le contexte du droit particulier dont il est question dans *Marshall n^o 1*, à savoir le droit d'accéder à des fins commerciales aux ressources qui, dès le contact, étaient exploitées (récoltées et échangées) en commun par des Autochtones et des non-Autochtones. Après la Confédération, certaines des ressources ont fini par être réglementées par le fédéral (p. ex. la pêche) et d'autres par la province (p. ex. le piégeage). Dans le cas des ressources réglementées par la province, la Cour n'était pas disposée à interpréter le droit issu d'un traité comme s'il exigeait que l'accès à ces ressources à des fins *commerciales* soit soumis parallèlement à deux contrôles susceptibles d'entrer en conflit : celui du fédéral et celui de la province. La situation est différente en l'espèce. Ici, nous devons nous demander, de façon plus générale, quel degré d'ingérence législative provinciale dans l'exercice d'un droit issu d'un traité à des fins non commerciales déclenche la protection conférée aux droits issus de traités par l'art. 88. Il est préférable de trancher la question des droits de nature commerciale issus de traités lorsqu'elle se posera directement dans une autre affaire.

Lorsque sont en jeux des droits de nature non commerciale, comme c'est le cas en l'espèce, il faut faire une distinction entre l'ingérence négligeable dans l'exercice du droit issu d'un traité et l'atteinte à première vue à ce droit.

En ce qui concerne l'ingérence négligeable, dans *Côté*, la Cour s'est demandé si un règlement provincial exigeant le paiement d'un minime droit d'entrée dans une zone d'exploitation contrôlée portait atteinte à un droit de pêche issu d'un traité. Le droit d'entrée ne générait pas de revenus, mais était destiné à l'entretien régulier des routes et des installations dans la zone contrôlée. Le juge en

regulation "impose[d] a modest financial burden on the exercise of th[e] alleged treaty right" (para. 88), thereby representing an insignificant interference with a treaty right, and consequently did not infringe that right.

In contrast in *Badger* this Court considered that a licensing scheme that imposed conditions as to the "hunting method, the kind and numbers of game, the season and the permissible hunting area" (para. 92) infringed the appellants' treaty right to hunt. Cory J., writing for the majority, held that this licensing scheme constituted a *prima facie* infringement of the appellants' treaty right to hunt, since it "denie[d] to holders of treaty rights . . . the very means of exercising those rights" and was found to be "in direct conflict with the treaty right" (para. 94).

Insignificant interference with a treaty right will not engage the protection afforded by s. 88 of the *Indian Act*. This approach is supported both by *Côté* and by *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, where Cory J. rejected the idea that "anything which affects or interferes with the exercise of those rights, no matter how insignificant, constitutes a *prima facie* infringement" (para. 91 (emphasis added)). Therefore, provincial laws or regulations that place a modest burden on a person exercising a treaty right or that interfere in an insignificant way with the exercise of that right do not infringe the right.

A *prima facie* infringement, however, will trigger the s. 88 treaty right protection. In determining what constitutes a *prima facie* infringement of a treaty right, it is helpful to consider the Court's jurisprudence on this point. In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1112, Dickson C.J. and La Forest J. listed three questions that may assist in this determination:

First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the

chef Lamer a statué que ce règlement provincial « assujetti[ssait] l'exercice d[u] droit issu de traité à une modeste obligation financière » (par. 88) et qu'il s'agissait donc d'une ingérence négligeable dans l'exercice d'un droit issu d'un traité et qu'il n'y avait pas atteinte à ce droit.

49 Par contre, dans *Badger*, la Cour a considéré qu'un régime de délivrance de permis imposant des conditions relatives aux « méthodes de chasse, au type de gibier, au nombre de prises ainsi qu'aux périodes de chasse et aux zones où celle-ci est autorisée » (par. 92) portait atteinte au droit de chasse garanti par traité aux appelants. Le juge Cory, au nom de la majorité, a statué que ce régime de délivrance de permis constituait à première vue une atteinte à leur droit puisqu'il « priv[ait] les personnes qui sont titulaires de droits issus de traité [. . .] des moyens mêmes d'exercer ces droits » et était « en contradiction directe avec le droit prévu au Traité » (par. 94).

50 L'ingérence négligeable dans l'exercice d'un droit issu d'un traité ne déclenchera pas la protection prévue par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Cette affirmation trouve appui à la fois dans *Côté* et dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, où le juge Cory a rejeté l'idée que « tout ce qui [. . .] entrave ou [. . .] gêne l'exercice [de ces droits], ne serait-ce que de façon négligeable, constitue à première vue une atteinte » (par. 91 (nous soulignons)). Par conséquent, les lois ou règlements provinciaux qui imposent une obligation modeste à quiconque exerce un droit issu d'un traité ou qui entravent de façon négligeable l'exercice d'un droit issu d'un traité ne portent pas atteinte à ce droit.

51 Une atteinte à première vue fera toutefois intervenir la protection que l'art. 88 confère aux traités. Pour déterminer ce qui constitue une atteinte à première vue à un droit issu d'un traité, il est utile d'examiner la jurisprudence de la Cour sur ce point. Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont énuméré trois questions qui peuvent aider dans cette tâche :

Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux?

regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right?

52 As Lamer C.J. pointed out in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, care should be taken, in considering these questions, not to import an element of justification when attempting to identify an infringement. He stated the following, at para. 43:

> The *Sparrow* test for infringement might seem, at first glance, to be internally contradictory. On the one hand, the test states that the appellants need simply show that there has been a *prima facie* interference with their rights in order to demonstrate that those rights have been infringed, suggesting thereby that any meaningful diminution of the appellants' rights will constitute an infringement for the purpose of this analysis. On the other hand, the questions the test directs courts to answer in determining whether an infringement has taken place incorporate ideas such as unreasonableness and "undue" hardship, ideas which suggest that something more than meaningful diminution is required to demonstrate infringement. This internal contradiction is, however, more apparent than real. The questions asked by the Court in *Sparrow* do not define the concept of *prima facie* infringement; they only point to factors which will indicate that such an infringement has taken place. Simply because one of those questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement.

53 Essentially, therefore, a *prima facie* infringement requires a "meaningful diminution" of a treaty right. This includes anything but an insignificant interference with that right. If provincial laws or regulations interfere insignificantly with the exercise of treaty rights, they will not be found to infringe them and can apply *ex proprio vigore* or by incorporation under s. 88.

54 The protection of treaty rights in s. 88 of the *Indian Act* applies where a conflict between a provincial law of general application and a treaty is such that it amounts to a *prima facie* infringement. Where a provincial law of general application is

Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer?

Comme l'a signalé le juge en chef Lamer dans *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, dans l'examen de ces questions, il faut veiller à ne pas importer des éléments de justification dans la détermination de la violation. Il a fait remarquer au par. 43 :

> Il est possible que le critère relatif à l'atteinte formulé dans *Sparrow* semble, de prime abord, intrinsèquement contradictoire. D'une part, suivant ce critère, les appelants ont simplement à établir l'existence d'une atteinte à première vue à leurs droits pour démontrer la violation de ces droits, ce qui tend à indiquer que toute diminution appréciable des droits des appelants constitue une violation pour l'application de cette analyse. D'autre part, les questions auxquelles les tribunaux doivent répondre, en vertu de ce critère, pour déterminer s'il y a eu atteinte font entrer en jeu des notions comme le caractère déraisonnable ou « indûment » rigoureux de la mesure en cause, notions qui tendent à indiquer qu'il faut établir davantage qu'une diminution appréciable pour prouver l'atteinte. Cette contradiction intrinsèque est cependant plus apparente que réelle. Les questions posées par notre Cour dans *Sparrow* ne définissent pas le concept de l'atteinte à première vue, mais mettent uniquement en exergue certains facteurs qui indiquent qu'une telle atteinte a été commise. Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue.

Essentiellement, une atteinte à première vue implique donc une « diminution appréciable » d'un droit issu d'un traité. Elle n'a rien à voir avec une ingérence négligeable dans l'exercice de ce droit. Les lois ou règlements provinciaux qui entravent de façon négligeable l'exercice de droits issus de traités ne seront pas considérés comme portant atteinte à ces droits et peuvent s'appliquer d'eux-mêmes ou par voie d'incorporation au droit fédéral par l'effet de l'art. 88.

La protection des droits issus de traités prévue par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* s'applique lorsque le conflit entre une loi provinciale d'application générale et un traité est tel qu'il équivaut à une atteinte à première vue. Si l'on conclut

found to conflict with a treaty in a way that constitutes a *prima facie* infringement, the protection of treaty rights prevails and the provincial law cannot be incorporated under s. 88.

qu'une loi provinciale d'application générale entre en conflit avec un traité d'une manière qui constitue une atteinte à première vue, la protection des droits issus de traités prévaut et la loi provinciale ne peut être incorporée au droit fédéral par l'effet de l'art. 88.

Where a *prima facie* infringement of a treaty right is found, a province cannot rely on s. 88 by using the justification test from *Sparrow* and *Badger* in the context of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, as alluded to by Lamer C.J. in *Côté*, at para. 87. The purpose of the *Sparrow/Badger* analysis is to determine whether an infringement by a government acting within its constitutionally mandated powers can be justified. This justification analysis does not alter the division of powers, which is dealt with in s. 88. Therefore, while the *Sparrow/Badger* test for infringement may be useful, the framework set out in those cases for determining whether an infringement is justified does not offer any guidance for the question at issue here.

55 Les provinces à qui on reproche une atteinte à première vue à un droit issu d'un traité ne peuvent invoquer l'art. 88 en ayant recours au critère de justification applicable dans le contexte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, énoncé dans *Sparrow* et *Badger*, comme l'a laissé entendre le juge en chef Lamer dans *Côté*, par. 87. L'analyse élaborée dans ces deux arrêts vise à déterminer si la violation par un gouvernement, agissant dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution, peut se justifier. L'analyse de la justification ne change pas le partage de ces pouvoirs, qui est l'objet de l'art. 88. C'est pourquoi, malgré l'utilité que peut revêtir le critère énoncé dans *Sparrow* et *Badger* en matière de violation, le cadre d'analyse établi dans ces arrêts ne saurait nous guider ici.

3. Application to This Case

3. Application aux faits de l'espèce

There is no treaty right to hunt dangerously. Thus, the prohibition against hunting "without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons" set out in s. 29 of the *Wildlife Act* is a limit that does not infringe the Tsartlip's treaty right to hunt. As stated earlier, the requirement to hunt safely was clearly within the common intention of the parties to the Treaty, as reflected by the language of the Treaty itself, which restricts hunting to "unoccupied lands". Where a treaty beneficiary is proven to have hunted dangerously, the Treaty does not provide a defence to charges brought under s. 29.

56 Aucun traité ne confère le droit de chasser dangereusement. Ainsi, l'interdiction de chasser [TRADUCTION] « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui » prévue à l'art. 29 de la *Wildlife Act* constitue une limite qui ne porte pas atteinte au droit de chasse conféré par traité aux Tsartlip. Comme nous l'avons mentionné plus haut, il ne fait pas de doute que, d'après le texte du Traité lui-même, qui restreint la chasse aux « terres inoccupées », l'intention commune des parties était d'exiger que la chasse se pratique de façon sécuritaire. Lorsqu'il est prouvé qu'un bénéficiaire du Traité a pratiqué la chasse de façon dangereuse, le Traité ne lui fournit aucune défense contre des accusations portées en vertu de l'art. 29.

However, based on an understanding of the common intention of the parties to the Treaty, the Tsartlip's treaty right includes the right to hunt at night with illumination, with the modern incarnation of their ancestral method, namely the use of firearms.

57 Cependant, selon notre interprétation de l'intention commune des parties au Traité, le droit que celui-ci confère aux Tsartlip comprend le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse en utilisant ce qui constitue l'incarnation moderne de leurs armes de chasse ancestrales, à savoir les armes à feu.

58 The legislative prohibition set out in s. 27(1)(d) and (e) of the *Wildlife Act* is absolute, and it applies without exception to the whole province, including the most northern regions where hours of daylight are limited in the winter months and populated areas are few and far between. The Legislature has made no attempt to prohibit only those specific aspects or geographic areas of night hunting that are unsafe by, for example, banning hunting within a specified distance from a highway or from residences. The impugned provisions are overbroad, inconsistent with the common intention of the parties to the treaties, and completely eliminate a chosen method of exercising their treaty right.

59 We respectfully disagree with our colleagues the Chief Justice and Fish J. that nothing short of a total ban on night hunting can address safety concerns. We believe that it would be possible to identify uninhabited areas where hunting at night would not jeopardize safety. This finding is supported by the evidence in this case that the Tsartlip's practice of night hunting with illuminating devices has never been known to have resulted in an accident, and that the conservation officers, in setting up the location for their mechanical decoy, were easily able to locate an area where night hunting could be practised safely. These facts amply demonstrate how something less than an absolute prohibition on night hunting can address the concern for safety.

60 We have no difficulty concluding, therefore, that the categorical ban on night hunting and hunting with illumination constitutes a *prima facie* infringement of a treaty right. A categorical prohibition clearly constitutes more than an insignificant interference with a treaty right. Although provincial laws of general application that are inapplicable to aboriginal people can be incorporated into federal law under s. 88 of the *Indian Act*, this cannot happen where the effect would be to infringe treaty rights. Because paras. (d) and (e) of s. 27(1) of the *Wildlife Act* constitute a *prima*

L'interdiction prévue aux al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* est absolue et s'applique sans exception à l'ensemble de la province, y compris les régions les plus au nord où les heures de clarté sont limitées en hiver et où les secteurs très peuplés sont rares. Le législateur n'a pas tenté d'interdire uniquement les aspects de la chasse nocturne qui sont dangereux ou d'interdire ce mode de chasse dans les zones où il serait dangereux, par exemple, en interdisant la chasse à une certaine distance des routes ou des habitations. Les dispositions contestées ont une portée trop générale, elles sont incompatibles avec l'intention commune des parties aux traités, et elles écartent complètement le moyen choisi pour exercer le droit issu du Traité.

Soit dit en tout respect, nous ne saurions souscrire à l'opinion de nos collègues la Juge en chef et le juge Fish que seule une interdiction absolue de chasser la nuit permet de répondre aux préoccupations en matière de sécurité. Nous estimons qu'il serait possible de recenser les secteurs inhabités où la chasse nocturne ne compromettrait pas la sécurité. Cette conclusion s'appuie sur la preuve fournie en l'espèce, selon laquelle la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse que pratiquent les Tsartlip n'a, autant que l'on sache, provoqué aucun accident, et les agents de conservation, pour l'installation des leurres mécaniques, ont pu facilement trouver un endroit où la chasse nocturne pouvait se pratiquer sans danger. Tous ces éléments montrent bien que, sans aller jusqu'à l'interdiction absolue, il est possible de répondre aux préoccupations en matière de sécurité.

Par conséquent, nous n'avons aucune difficulté à conclure que l'interdiction absolue de chasser la nuit et celle de chasser à l'aide d'une source lumineuse constituent des atteintes à première vue à un droit issu d'un traité. Une interdiction absolue est manifestement davantage qu'une ingérence négligeable dans l'exercice d'un droit issu d'un traité. Certes, les lois provinciales d'application générale qui ne s'appliquent pas aux Autochtones peuvent être incorporées au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, mais ce n'est pas le cas s'il s'ensuit une atteinte à des droits issus de traités.

*facie* infringement, they cannot be incorporated under s. 88 of the *Indian Act*.

For these reasons, we would allow the appeal, set aside the convictions and enter acquittals.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache and Fish JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. (dissenting) —

I

Ivan Morris and Carl Olsen were caught in a trap set by conservation officers to catch hunters who violate the law.

There is no dispute that Mr. Morris and Mr. Olsen violated a provincial ban on hunting at night with a firearm. The appellants argue that the ban does not apply to them in virtue of an aboriginal treaty signed in 1852. The Crown, however, argues that the treaty conveys no right to hunt dangerously, and asserts that this justifies a total ban on night hunting.

We conclude that the treaty right to hunt is subject to an internal limitation which excludes dangerous hunting. We further conclude that hunting at night with a firearm, as trial courts across the country have held, is hazardous and validly prohibited on that ground by provincial legislation of general application. In the result, we find that a provincial ban on night hunting with a firearm does not affect the appellants' treaty right to hunt.

With respect to those who are of a different view, we would therefore dismiss the appeal and affirm the convictions of both appellants.

Étant donné que les al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* constituent des atteintes à première vue, ils ne peuvent être incorporés au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'inscrire des acquittements. 61

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Fish rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH (dissidents) —

I

Ivan Morris et Carl Olsen sont tombés dans le piège tendu par des agents de conservation aux chasseurs qui contreviennent à la loi. 62

Nul ne conteste que MM. Morris et Olsen ont enfreint l'interdiction provinciale de chasser la nuit avec une arme à feu. Les appelants font valoir que l'interdiction ne s'applique pas à eux en raison d'un traité ancestral signé en 1852. Le ministère public soutient cependant que le traité ne confère aucun droit de chasser dangereusement et affirme qu'il est donc justifié d'interdire complètement la chasse nocturne. 63

Nous concluons que le droit de chasse issu d'un traité comporte une limite intrinsèque qui exclut la chasse dangereuse. Nous concluons également, comme des tribunaux d'instance inférieure partout au pays, que la chasse nocturne avec une arme à feu est dangereuse et que c'est donc à juste titre que les lois provinciales d'application générale l'interdisent. Par conséquent, nous estimons que l'interdiction provinciale de chasser la nuit avec une arme à feu ne porte pas atteinte au droit de chasse conféré par traité aux appelants. 64

Par conséquent, malgré tout le respect que nous avons pour ceux qui pensent le contraire, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité des appelants. 65

II

66 On the evening of November 28, 1996, the appellants were driving in the woods when they spotted what they took for a deer. Morris, the driver, stopped the vehicle to allow Olsen to shoot at the deer from the passenger seat. The rifle was then passed by Olsen to Morris across two children who were also in the front seat. Morris himself then fired two shots from outside the vehicle.

67 The appellants had in fact been shooting a decoy with reflecting eyes set up by conservation officers to trap illegal hunters. They were charged with the following offences under the British Columbia *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57: (1) hunting wildlife with a firearm during prohibited hours (s. 27(1)(d)); (2) hunting wildlife by the use or with the aid of a light or illuminating device (s. 27(1)(e)); (3) hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons (s. 29); and (4) discharging a firearm at wildlife from a motor vehicle (Olsen only) (s. 28(1)).

68 They argued that they enjoy a right to hunt under the terms of the North Saanich Treaty. That treaty was entered into by the ancestors of the Tsartlip Indian Band and James Douglas, Chief Factor of the Hudson's Bay Company and Governor of the Colony of Vancouver Island at the time, and is generally referred to for that reason as the "Douglas Treaty".

69 There is no dispute that the appellants are covered by the Douglas Treaty. It was admitted at trial that they are both Indians within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, and that they have ancestral ties to the Tsartlip Indian Band, a member of the Saanich First Nation. It was admitted as well that the ancestors of the Tsartlip Indian Band were signatories to the Douglas Treaty and that the Douglas Treaty is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act* and s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

II

Dans la soirée du 28 novembre 1996, les appelants circulaient en voiture dans le bois lorsqu'ils ont cru apercevoir un cerf. M. Morris, qui était au volant, a arrêté le véhicule pour permettre à M. Olsen, assis du côté du passager, de tirer sur le cerf. M. Olsen a ensuite passé la carabine à M. Morris, par-dessus deux enfants également assis sur la banquette avant. Puis, M. Morris a lui-même tiré deux coups de feu de l'extérieur du véhicule.

Les appelants ont en fait tiré sur un leurre — aux yeux réfléchissant la lumière — que des agents de conservation avaient installé pour piéger les braconniers. Ils ont été inculpés des infractions suivantes prévues par la loi de la Colombie-Britannique *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, ch. 57 : (1) avoir chassé un animal sauvage avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction (al. 27(1)d)); (2) avoir chassé un animal sauvage à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse (al. 27(1)e)); (3) avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui (art. 29); et (4) avoir déchargé une arme à feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur (uniquement M. Olsen) (par. 28(1)).

Ils soutiennent qu'ils bénéficient d'un droit de chasse en vertu du Traité de Saanich nord. Celui-ci a été conclu par les ancêtres de la bande indienne des Tsartlip et James Douglas, commandant de la Compagnie de la Baie d'Hudson et gouverneur de la colonie de l'île de Vancouver à l'époque, et c'est pour cette raison qu'on l'appelle généralement « Traité de Douglas ».

Nul ne conteste que le Traité de Douglas s'applique aux appelants. Au procès, il a été admis qu'ils étaient tous deux des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, et qu'ils avaient des liens ancestraux avec la bande indienne des Tsartlip, membre de la Première Nation saanich. Il a également été admis que les ancêtres de la bande des Tsartlip avaient signé le Traité de Douglas et que celui-ci est un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

The outcome of this appeal therefore turns entirely on the nature and extent of the right to hunt that may be set up in virtue of the Douglas Treaty against the application of provincial hunting laws of general application, such as the law that concerns us here.

III

At trial, Higinbotham Prov. Ct. J. concluded that all of the elements of the offences of hunting with a firearm during prohibited hours and hunting by the use or with the aid of a light or illuminating device contrary to s. 27(1)(d) and (e) of the *Wildlife Act* had been proven beyond a reasonable doubt: [1999] B.C.J. No. 3199 (QL), at para. 24. In his view the appellants had failed to establish that the Douglas Treaty protected them from prosecution under those provisions. He reached this conclusion by applying *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, where the Court set out an infringement/justification framework for determining whether an impugned statute passes constitutional muster.

With the Crown's consent, Higinbotham Prov. Ct. J. conditionally stayed the proceedings with respect to hunting wildlife by the use or with the aid of a light or illuminating device because of the rule against multiple convictions arising from the same delict (*Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729) and we have not been asked to revisit this matter.

Higinbotham Prov. Ct. J. declined to convict the appellants on the charge of hunting without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons for two reasons: First, because he was not satisfied that the Crown's specific allegations in respect of this count had been made out; and second, because he could not "rely solely on the evidence that night hunting is inherently unsafe to record a conviction on this count" (para. 25), since this evidence had already founded the appellants' convictions under s. 27(1)(d).

L'issue du présent pourvoi dépend donc entièrement de la nature et de l'étendue du droit de chasse qui, en vertu du Traité de Douglas, est susceptible d'être soustrait à l'application des lois provinciales d'application générale en matière de chasse, comme la loi dont il est question en l'espèce. 70

III

Au procès, le juge Higinbotham, de la Cour provinciale, a conclu que tous les éléments des infractions de chasse avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et de chasse à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse en violation des al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* avaient été établis hors de tout doute raisonnable ([1999] B.C.J. No. 3199 (QL), par. 24). À son avis, les appelants n'avaient pas réussi à démontrer que le Traité de Douglas les protégeait contre toute poursuite intentée en vertu de ces dispositions. Il a tiré cette conclusion en appliquant l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, où la Cour a établi un cadre relatif à l'atteinte et à la justification permettant de déterminer si la loi contestée est constitutionnelle. 71

Avec le consentement du ministère public, le juge Higinbotham a ordonné la suspension conditionnelle des procédures concernant l'accusation d'avoir chassé un animal sauvage à l'aide d'une lampe ou autre source lumineuse, en raison de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples relativement au même délit (*Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729), et on n'a pas demandé à la Cour de réexaminer cette question. 72

Le juge Higinbotham n'a pas, pour deux raisons, déclaré les appelants coupables d'avoir chassé sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui. Premièrement, il n'était pas convaincu que le ministère public ait établi le bien-fondé de ses allégations à cet égard; deuxièmement, il ne pouvait pas [TRADUCTION] « se fonder uniquement sur la preuve que la chasse nocturne est intrinsèquement dangereuse pour prononcer une déclaration de culpabilité relativement à ce chef d'accusation » (par. 25), étant donné que cette preuve avait déjà servi de fondement à la condamnation des appelants en vertu de l'al. 27(1)d). 73

74 Higinbotham Prov. Ct. J. did, however, convict Mr. Olsen of discharging a firearm at wildlife from a motor vehicle contrary to s. 28(1) of the *Wildlife Act*.

75 Mr. Olsen and Mr. Morris appealed to the Supreme Court of British Columbia, where Singh J. held that to exercise a treaty or aboriginal right without due regard or consideration for public safety is not a reasonable exercise of that right: [2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780. He therefore concluded, without recourse to the *Sparrow* test, that the *Wildlife Act* did not conflict with or impact on the treaty right. As a result, he found that the appellants were in fact subject to the *Wildlife Act*, which he accepted as valid provincial legislation of general application aimed at ensuring safety.

76 The appellants further appealed to the Court of Appeal of British Columbia, where each of the three justices who heard the appeal wrote separate reasons: (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121.

77 Thackray J.A. held that because s. 27(1) of the *Wildlife Act* prohibits only hunting at night and not the right to hunt itself, it was a law of general application that applied to Indians of its own force and effect (or, as is sometimes said, "*ex proprio vigore*").

78 Huddart J.A. concluded that the appellants did not establish that night hunting was an element of the aboriginal right to hunt "integral to the distinctive culture" of the Tsartlip (para. 213). In her view, the *Wildlife Act* prohibition on night hunting therefore did not violate the core hunting right protected by the treaty.

79 Lambert J.A. dissented. He held that the *Wildlife Act* affected Indian laws, customs, traditions and practices in relation to hunting for food and ceremonial purposes and therefore "str[uck] at the core of Indianness" (para. 18). In his view, the core of Indianness encompasses within it the

Le juge Higinbotham a cependant déclaré M. Olsen coupable d'avoir fait feu sur un animal sauvage à partir d'un véhicule à moteur en violation du par. 28(1) de la *Wildlife Act*.

MM. Olsen et Morris ont interjeté appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, où le juge Singh a statué que l'exercice d'un droit ancestral ou issu d'un traité sans égard pour la sécurité publique ne constitue pas un exercice raisonnable de ce droit ([2002] 4 C.N.L.R. 222, 2002 BCSC 780). Il a donc conclu, sans recourir au critère établi dans *Sparrow*, que la *Wildlife Act* n'entrait pas en conflit avec le droit issu d'un traité et n'avait par ailleurs aucune incidence sur lui. De ce fait, il a déclaré les appelants assujettis à la *Wildlife Act*, reconnaissant qu'il s'agissait d'une loi provinciale d'application générale qui est valide et destinée à assurer la sécurité.

Les appelants ont ensuite interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, où les trois juges saisis de l'appel ont rédigé des motifs distincts ((2004), 25 B.C.L.R. (4th) 45, 2004 BCCA 121).

Selon le juge Thackray, comme le par. 27(1) de la *Wildlife Act* n'interdit que la chasse nocturne et non la chasse en tant que tel, il s'agit d'une loi d'application générale qui s'applique d'elle-même (*ex proprio vigore*) aux Indiens.

Selon la juge Huddart, les appelants n'ont pas établi que la chasse nocturne était une composante du droit ancestral de chasser qui fait [TRADUCTION] « partie intégrante de la culture distinctive » des Tsartlip (par. 213). À son avis, l'interdiction de chasser la nuit qui est prévue par la *Wildlife Act* ne porte donc pas atteinte au droit de chasse fondamental garanti par le traité.

Dans ses motifs dissidents, le juge Lambert a conclu que la *Wildlife Act* a une incidence sur les lois, coutumes, traditions et pratiques indiennes pour ce qui est de la chasse à des fins alimentaires et rituelles et qu'en conséquence elle [TRADUCTION] « touche à l'essentiel de l'indianité » (par. 18). À

right to hunt for food by the Indians' own preferred means.

Accordingly, Lambert J.A. found that the *Wildlife Act* prohibitions do not apply of their own force to members of the Tsartlip Indian Band because only federal legislation can strike at the core of Indianness, except where provincial legislation is incorporated into federal law ("invigorated") by s. 88 of the *Indian Act*.

With respect to s. 88 of the *Indian Act*, Lambert J.A. found that the initial words "[s]ubject to the terms of any treaty" meant "that the treaty, properly interpreted, cannot be impinged on or affected [in its exercise] by the statutory provision" (para. 31). He went on to find that the *Wildlife Act* prohibitions were in direct conflict with the treaty right and therefore s. 88 could not be used to incorporate the impugned provisions of the *Wildlife Act*.

## IV

For the reasons that follow, we conclude that the impugned ban on night hunting with a firearm is valid provincial legislation that applies to the appellants. The relevant provisions of the *Wildlife Act* prohibit unsafe hunting practices, which is in pith and substance a matter within the legislative jurisdiction of the provinces. They do not conflict with federal legislation and the doctrine of paramountcy therefore has no application. Finally, the right to hunt protected by the Douglas Treaty is subject to an internal limit: It does not include the right to hunt in an inherently hazardous manner. Or, put differently, the right to hunt under the treaty must be exercised reasonably and hunting practices that are inherently hazardous are antithetical to the reasonable exercise of the right to hunt. The impugned provision of the *Wildlife Act* regulates this internal limit. Since the regulation of dangerous hunting falls outside the scope of the treaty right to hunt, no treaty right is engaged. As there is no aboriginal right asserted, and as the law does not otherwise go

son avis, l'essentiel de l'indianité comporte le droit des Indiens de chasser pour se nourrir en recourant à leur moyen préféré.

80 Le juge Lambert a donc conclu que les interdictions prévues par la *Wildlife Act* ne s'appliquent pas d'elles-mêmes aux membres de la bande indienne des Tsartlip parce que seules les lois fédérales peuvent toucher à l'essentiel de l'indianité, sauf si la loi provinciale est incorporée au droit fédéral (« revigorée ») par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

81 Pour ce qui est de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, selon le juge Lambert, le membre de phrase « [s]ous réserve des dispositions de quelque traité » au début de la disposition signifie que [TRADUCTION] « la juste interprétation du traité commande que la disposition législative n'ait aucune incidence sur lui ni ne lui porte atteinte » (par. 31). Il a ensuite conclu que les interdictions prévues par la *Wildlife Act* entrent directement en conflit avec le droit issu d'un traité et que l'art. 88 ne peut donc servir à incorporer au droit fédéral les dispositions contestées de la *Wildlife Act*.

## IV

82 Pour les motifs qui suivent, nous concluons que l'interdiction contestée de chasser la nuit avec une arme à feu constitue une mesure législative provinciale valide applicable aux appelants. Les dispositions pertinentes de la *Wildlife Act* interdisent les pratiques de chasse dangereuses, laquelle interdiction, de par son caractère véritable, relève de la compétence législative des provinces. Elles ne sont pas incompatibles avec la législation fédérale, et la règle de la prépondérance n'est donc pas applicable. Enfin, le droit de chasse protégé par le Traité de Douglas comporte une limite intrinsèque : il n'inclut pas le droit de chasser de façon dangereuse en soi. En d'autres termes, le droit de chasse conféré par traité doit être exercé de façon raisonnable, et les pratiques de chasse intrinsèquement dangereuses sont l'antithèse de l'exercice raisonnable du droit de chasse. La disposition contestée de la *Wildlife Act* régit cette limite intrinsèque. Étant donné que la réglementation des pratiques de chasse dangereuses ne relève pas du champ

to Indianness, the law applies *ex proprio vigore* and does not need to be incorporated by s. 88 in order to apply to Indians.

d'application du droit de chasse issu d'un traité, aucun droit issu d'un traité n'est en jeu. Comme aucun droit ancestral n'est invoqué et que la mesure législative ne touche pas autrement à l'indianité, elle s'applique d'elle-même et n'a pas besoin d'être incorporée au droit fédéral par l'art. 88 pour s'appliquer aux Indiens.

## V

## V

83 Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament exclusive legislative authority over "Indians, and Lands reserved for the Indians". Aboriginal and treaty rights fall squarely within Parliament's jurisdiction under s. 91(24).

Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement l'autorité législative exclusive en ce qui concerne « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Les questions concernant les droits ancestraux et les droits issus de traités relèvent clairement de la compétence du Parlement prévue au par. 91(24).

84 Although s. 91(24) attributes exclusive jurisdiction over "Indians" and "Lands reserved for the Indians" to Parliament, valid provincial legislation normally applies to aboriginal persons. It is well established that "First Nations are not enclaves of federal power in a sea of provincial jurisdiction" (*Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 66).

Bien que le par. 91(24) confère au Parlement la compétence exclusive à l'égard des « Indiens » et des « terres réservées pour les Indiens », les lois provinciales valides s'appliquent normalement aux Autochtones. Il est bien établi que « les Premières nations ne sont pas des enclaves du pouvoir fédéral dans une mer de compétences provinciales » (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 66).

85 The validity of a provincial enactment is a condition precedent to its application to aboriginal Canadians. A provincial law that does not fall within a provincial head of power is invalid and of no force or effect. Provincial legislation that, in pith and substance, relates to "Indians" or "Lands reserved for the Indians" — or any other matter within exclusive federal jurisdiction — is *ultra vires*. However, provincial legislation that merely has an incidental effect on a federal head of power is *intra vires*: *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55, at para. 14. Such incidental effects are without relevance for constitutional purposes (*ibid.*). For instance, in the aboriginal context, provincial traffic legislation applies on reserves (see *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025).

La validité d'un texte législatif provincial est une condition préalable à son application aux Canadiens autochtones. Une loi provinciale qui ne relève pas d'un chef de compétence provincial est invalide et inopérante. Une loi provinciale qui, de par son caractère véritable, porte sur les « Indiens » et les « terres réservées pour les Indiens » — ou sur toute autre question relevant de la compétence fédérale exclusive — constitue un excès de pouvoir. Par contre, une loi provinciale qui n'a qu'un effet accessoire sur un chef de compétence fédéral est dans la limite des pouvoirs : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55, par. 14. De tels effets accessoires n'ont pas d'importance sur le plan constitutionnel (*ibid.*). Par exemple, dans le contexte autochtone, les textes législatifs provinciaux régissant la

Valid provincial laws of this type apply *ex proprio vigore* to aboriginal Canadians.

Determination of the pith and substance of an enactment requires an examination of its purpose as well as its legal and practical effects: *Kitkatla*, at paras. 53 and 54. Drawing on Chief Justice Dickson's reasons in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, LeBel J. set out in *Kitkatla*, at para. 58, the proper approach for determining the pith and substance of provincial legislation:

1. Do the impugned provisions intrude into a federal head of power, and to what extent?

2. If the impugned provisions intrude into a federal head of power, are they nevertheless part of a valid provincial legislative scheme?

3. If the impugned provisions are part of a valid provincial legislative scheme, are they sufficiently integrated with the scheme?

The *Wildlife Act* falls in pith and substance within the province's powers. It is not directed at a federal head, like Indians, but more generally at safety, a matter within provincial power. The impugned ban on night hunting is an integrated part of a broader provincial scheme applicable to all British Columbians and aimed at assuring the safety of the province's hunters and residents.

It follows that the impugned provision applies to the appellants, unless it is excluded by one of the exceptions to the general rule that valid provincial laws of general application apply to aboriginal Canadians. Provincial laws will not apply to Indians if they conflict with federal legislation or engage the doctrine of interjurisdictional immunity.

Under the paramountcy doctrine, valid provincial legislation will be rendered inoperative if it enters into an operational conflict with valid federal legislation. Such conflict will exist if

circulation sont applicables dans les réserves (voir *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025). Les règles de droit provinciales valides de ce type s'appliquent d'elles-mêmes aux Canadiens autochtones.

86 Pour déterminer le caractère véritable d'un texte législatif, il faut examiner son objet ainsi que ses effets sur les plans juridique et pratique : *Kitkatla*, par. 53-54. S'inspirant des motifs du juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, le juge LeBel a énoncé, dans *Kitkatla*, par. 58, la démarche à suivre pour déterminer le caractère véritable d'une loi provinciale :

1. Les dispositions contestées empiètent-elles sur une compétence fédérale et dans quelle mesure?

2. Si les dispositions contestées empiètent sur une compétence fédérale, font-elles néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide?

3. Si les dispositions contestées font partie d'un régime législatif provincial valide, y sont-elles suffisamment intégrées?

87 La *Wildlife Act* relève, de par son caractère véritable, des pouvoirs de la province. Elle ne vise pas un chef de compétence fédéral, comme les Indiens, mais porte plus généralement sur la sécurité, matière de compétence provinciale. L'interdiction contestée concernant la chasse nocturne fait partie intégrante d'un régime provincial plus vaste applicable à tous les Britanno-Colombiens et visant à assurer la sécurité des chasseurs et des résidants de la province.

88 Il s'ensuit que la disposition contestée s'applique aux appelants, à moins d'être exclue par l'une des exceptions à la règle générale selon laquelle les lois provinciales d'application générale valides s'appliquent aux Canadiens autochtones. Les lois provinciales ne s'appliquent pas aux Indiens si elles sont incompatibles avec des lois fédérales ou font intervenir la règle de l'exclusivité des compétences.

89 Selon la règle de la prépondérance, une loi provinciale valide devient inopérante en cas de conflit d'application avec une loi fédérale valide. Il existe un tel conflit lorsqu'il est impossible de

simultaneous compliance with both provincial and federal legislation is impossible or if the provincial legislation displaces or frustrates the federal legislative purpose (*Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13). There is some debate as to the order in which the doctrine of paramountcy and the doctrine of interjurisdictional immunity should be considered by a court, particularly where s. 88 of the *Indian Act* is at issue: see K. Wilkins, "Of Provinces and Section 35 Rights" (1999), 22 *Dal. L.J.* 185. We do not find it necessary to resolve that debate in this case, since there is no conflicting federal legislation on hunting; accordingly, the paramountcy doctrine does not apply.

90 Under the doctrine of interjurisdictional immunity, valid provincial legislation is constitutionally inapplicable to the extent that it intrudes or touches upon core federal legislative competence over a particular matter. Thus, exclusive federal jurisdiction under s. 91(24) protects "core Indianness" from provincial intrusion: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 177. Valid provincial legislation which does not touch on "core Indianness" applies *ex proprio vigore*. If a law does go to "core Indianness" the impugned provincial legislation will not apply unless it is incorporated into federal law by s. 88 of the *Indian Act*.

91 Indian treaty rights and aboriginal rights have been held to fall within the protected core of federal jurisdiction: *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 411; *Delgamuukw*, at para. 178. It follows that provincial laws of general application do not apply *ex proprio vigore* to the hunting activities of Indians that are protected by a treaty.

92 If, however, a provincial law of general application does not affect a treaty right, and does not otherwise touch upon core Indianness, that law applies *ex proprio vigore*, without recourse to s. 88. Legislation that falls outside the internal limits on the treaty right that the parties to the treaty would

respecter simultanément les textes législatifs provincial et fédéral ou lorsque la loi provinciale supplante la loi fédérale ou entrave la réalisation de son objet (*Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13). La question de l'ordre dans lequel le tribunal doit examiner la règle de la prépondérance et celle de l'exclusivité des compétences a donné lieu à un certain débat, surtout lorsque l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* est en jeu : voir K. Wilkins, « Of Provinces and Section 35 Rights » (1999), 22 *Dal. L.J.* 185. Nous ne jugeons pas nécessaire de régler ce débat en l'espèce, car il n'existe pas de loi fédérale sur la chasse qui soit incompatible et la règle de la prépondérance ne s'applique donc pas.

Selon la règle de l'exclusivité des compétences, les lois provinciales valides sont constitutionnellement inapplicables dans la mesure où elles empiètent ou ont une incidence sur la compétence législative fédérale fondamentale à l'égard d'une matière en particulier. Ainsi, la compétence fédérale exclusive prévue au par. 91(24) protège l'« essentiel de l'indianité » contre les empiétements provinciaux : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 177. Les lois provinciales valides qui ne touchent pas à l'« essentiel de l'indianité » s'appliquent d'elles-mêmes. La loi provinciale contestée qui porte sur l'essentiel de l'indianité est inapplicable à moins d'être incorporée au droit fédéral par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Il a été décidé que les droits — ancestraux ou issus de traités — des Indiens font partie des éléments fondamentaux relevant de la compétence fédérale : *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 411; *Delgamuukw*, par. 178. Par conséquent, les lois provinciales d'application générale ne s'appliquent pas d'elles-mêmes aux activités de chasse des Indiens protégées par traité.

Toutefois, la loi provinciale d'application générale qui ne touche ni à un droit issu d'un traité ni autrement à l'essentiel de l'indianité s'applique d'elle-même, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'art. 88. N'empiéteraient pas sur le droit issu d'un traité les mesures législatives qui outrepassent

have understood and intended would not encroach on the treaty right.

Many aboriginal and treaty rights are subject to internal limits. In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456 ("*Marshall No. 1*"), and *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 ("*Marshall No. 2*"), the Court held that the treaty right to trade for necessaries was subject to an internal limit to a catch that would produce a moderate livelihood. In similar fashion, safety may operate as an implicit or definitional limit on aboriginal or treaty rights. In *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, Cory J. wrote, at para. 89, that:

> . . . reasonable regulations aimed at ensuring safety do not infringe aboriginal or treaty rights to hunt for food. Similarly these regulations do not infringe the hunting rights guaranteed by Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*.

In *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, the Court held that "there [is] no inconsistency in principle between a treaty right to hunt and the statutory requirement that the right be exercised in a manner that ensured the safety of the hunter and of others" (Cory J., for the Court, at para. 41, citing *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, at pp. 141-42; see also *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 460; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 289; and *Simon*, at p. 403).

Provincial legislation may apply to matters included within "core Indianness" if it is incorporated by s. 88 of the *Indian Act*, which provides:

> **88.** Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

ses limites intrinsèques que les parties au traité auraient comprises et envisagées.

93 De nombreux droits — ancestraux ou issus de traités — comportent des limites intrinsèques. Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 (« *Marshall n^o 1* »), et *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (« *Marshall n^o 2* »), la Cour a décidé que le droit — issu d'un traité — de commercer pour se procurer le nécessaire était intrinsèquement limité par la quantité de prises permettant de s'assurer une subsistance convenable. De même, la sécurité peut constituer une limite implicite — ou fondée sur la définition — des droits ancestraux ou issus de traités. Dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 89, le juge Cory a écrit :

> . . . qu'un règlement raisonnable, destiné à assurer la sécurité des individus, ne porte atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — de chasser pour se nourrir. Il ne porte pas non plus atteinte aux droits de chasse garantis par le Traité n^o 8 et modifiés par la *Convention*.

94 Dans *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, la Cour a affirmé qu'« il n'y [a], en principe, aucune incompatibilité entre un droit de chasse issu de traité et l'obligation que fai[t] la loi que ce droit soit exercé d'une manière qui ne compromette pas la sécurité du chasseur lui-même et celle d'autrui » (le juge Cory, au nom de la Cour, par. 41, citant *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, p. 141-142; voir aussi *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, p. 460; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, p. 289; et *Simon*, p. 403).

95 Les lois provinciales peuvent s'appliquer à des matières faisant partie de l'« essentiel de l'indianité » si elles sont incorporées au droit fédéral par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui prévoit :

> **88.** Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

96 The Court clarified the effect of s. 88 of the *Indian Act* in *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309. The Court noted that for the purposes of s. 88 there are two categories of provincial laws: (1) laws which can be applied to Indians without touching their Indianness; and (2) laws which cannot apply to Indians without regulating them *qua* Indians (pp. 326-27). The first category of provincial laws applies to Indians without any constitutional difficulty. The second category cannot apply to Indians by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity. It is to this second category of provincial legislation that s. 88 of the *Indian Act* is directed. Thus, s. 88 incorporates provincial laws of general application that are otherwise constitutionally inapplicable to Indians — laws that are precluded from applying to Indians by the doctrine of interjurisdictional immunity because they affect core Indianness, a matter under federal jurisdiction.

97 However, as may be readily observed from its text, s. 88 does not incorporate all provincial laws that are otherwise inapplicable by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity. Section 88 operates, *inter alia*, "[s]ubject to the terms of any treaty". In other words, s. 88 cannot incorporate a provincial law that conflicts with a treaty right.

98 What type or degree of conflict is required between a provincial law of general application and a treaty to engage the treaty exception's protection? On the authorities, an insignificant burden on a treaty right is not enough: see, for example, *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 88. At the other end of the spectrum, a more searching "unjustified infringement" test would be inappropriate: Section 88 was adopted in 1951 (S.C. 1951, c. 29), more than 30 years before the emergence of the concepts of justification associated with s. 35 of the *Constitution Act, 1982* were introduced.

99 In our view, a *prima facie* infringement test best characterizes the degree of conflict required to engage the protection of the treaty exception.

La Cour a clarifié l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* dans *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, où elle a classé les lois provinciales en deux catégories pour l'application de l'art. 88 : (1) celles qui peuvent être appliquées aux Indiens sans qu'il soit porté atteinte à leur indianité; (2) celles qui ne peuvent pas s'appliquer à eux sans les toucher en tant qu'Indiens (p. 326-327). La première catégorie s'applique aux Indiens sans difficulté d'ordre constitutionnel. La seconde ne peut s'appliquer à eux en raison de la règle de l'exclusivité des compétences. C'est cette seconde catégorie de lois que vise l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, il incorpore au droit fédéral les lois provinciales d'application générale qui autrement seraient constitutionnellement inapplicables aux Indiens — des lois qui, en raison de la règle de l'exclusivité des compétences, ne peuvent s'appliquer aux Indiens parce qu'elles touchent à l'essentiel de l'indianité, matière de compétence fédérale.

Cependant, comme il ressort clairement de son libellé, l'art. 88 n'incorpore pas au droit fédéral toutes les lois provinciales qui seraient autrement inapplicables en raison de la règle de l'exclusivité des compétences. Il est notamment applicable « [s]ous réserve des dispositions de quelque traité ». Autrement dit, il ne peut incorporer une loi provinciale qui entre en conflit avec un droit issu d'un traité.

Quel type ou degré d'incompatibilité doit-il y avoir entre une loi provinciale d'application générale et un traité pour que s'applique la protection assurée par l'exception relative aux traités? Selon la jurisprudence, une restriction négligeable d'un droit issu d'un traité n'est pas suffisante : voir, par exemple, *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 88. À l'autre extrémité du spectre, le critère plus strict de l'« atteinte injustifiée » serait inapproprié : l'art. 88 a été adopté en 1951 (S.C. 1951, ch. 29), soit plus de 30 ans avant l'apparition des concepts de justification associés à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

À notre avis, le critère de l'atteinte à première vue décrit le mieux le degré de conflit requis pour que s'applique la protection assurée par

Legislation that places no real burden on the treaty right does not constitute a *prima facie* infringement and would not trigger the treaty exception. Legislation which engages the internal limits of a treaty right does not affect the treaty right at all, and therefore, *a fortiori*, does not constitute a *prima facie* infringement.

On this basis, provincial regulatory authority over Indian treaty rights may be summarized as follows:

1. Provincial laws directed at the regulation of treaty rights are *ultra vires*;

2. Valid provincial laws of general application that do not affect or infringe treaty rights apply to Indians either:

   (a) *ex proprio vigore*; or

   (b) through incorporation under s. 88, if they nevertheless touch upon core Indianness in some other manner;

   Valid provincial laws that fall outside of the scope of the treaty right, by virtue of an internal limit on the treaty right, do not go to "core Indianness", and thus apply *ex proprio vigore*. They do not need to be incorporated by s. 88; and

3. Valid provincial laws of general application that constitute a *prima facie* infringement of treaty rights trigger the treaty exception in s. 88 and are constitutionally inapplicable. Provincial laws that impose only an insignificant burden on a treaty right (see *Côté*) do not trigger that exception and are therefore incorporated by s. 88.

l'exception relative aux traités. La loi qui n'impose pas de restrictions réelles à un droit issu d'un traité ne constitue pas une violation à première vue et ne déclenche pas l'application de cette exception. La loi qui met en jeu les limites intrinsèques d'un droit issu d'un traité ne touche nullement à ce droit et ne constitue donc pas, à plus forte raison, une violation à première vue.

Compte tenu de ce qui précède, on peut résumer comme suit le pouvoir réglementaire provincial à l'égard des droits conférés par traité aux Indiens : 100

1. Les lois provinciales visant à réglementer des droits issus de traités constituent un excès de pouvoir.

2. Les lois provinciales d'application générale valides qui ne touchent pas ou ne portent pas atteinte aux droits issus de traités s'appliquent aux Indiens :

   a) soit d'elles-mêmes;

   b) soit par voie d'incorporation au droit fédéral par l'art. 88, si elles touchent néanmoins de quelque autre manière à l'essentiel de l'indianité.

   Les lois provinciales valides qui ne relèvent pas du champ d'application d'un droit issu d'un traité, en raison d'une limite intrinsèque de ce droit, ne touchent pas à l'« essentiel de l'indianité » et s'appliquent donc d'elles-mêmes. Elles n'ont pas besoin d'être incorporées au droit fédéral par l'art. 88.

3. Les lois provinciales d'application générale valides qui portent atteinte à première vue à des droits issus de traités déclenchent l'application de l'exception relative aux traités prévue par l'art. 88 et sont constitutionnellement inapplicables. Les lois provinciales qui n'imposent que des restrictions négligeables à un droit issu d'un traité (voir *Côté*) ne déclenchent pas l'application de cette exception et l'art. 88 ne peut donc les incorporer au droit fédéral.

VI

101 Having already concluded that the impugned legislation falls under a valid provincial head of power and does not conflict with any federal legislation, we must now determine whether it goes to "core Indianness". If it does, it applies as a result of incorporation under s. 88; if not, the law applies *ex proprio vigore*. The appellants' claim that night hunting does go to Indianness is based on their right to hunt under the Douglas Treaty. In order to determine, then, whether the ban applies to them *ex proprio vigore*, we must ascertain the scope and extent of the right to hunt enshrined in that treaty.

102 The treaty right is set out in para. 2 of the Douglas Treaty, which reads:

> It is understood, however, that the land itself, with these small exceptions, becomes the entire property of the white people for ever; it is also understood that we are at liberty to hunt over the unoccupied lands, and to carry on our fisheries as formerly.

103 This case proceeded on the Crown's concession that the words "as formerly" modified the "liberty to hunt over the unoccupied lands" as well as the "liberty . . . to carry on our fisheries". In our view, this branch of the matter merits little discussion: The scope of the right to hunt under the Douglas Treaty is not at all dependant on the Crown's concession.

104 For ease of reference, we recall here the findings below.

105 In the Court of Appeal, Lambert J.A. defined the appellants' treaty right as the right to hunt for food and ceremonial purposes according to the Indians' preferred means in accordance with their own laws, customs, traditions and practices, and the safety practices which regulate the manner of hunting (para. 49). Huddart J.A. found that the treaty protected only those rights that are "integral to the distinctive culture" of the Tsartlip (para. 208) and that night hunting, while a traditional practice of

VI

Comme nous avons déjà conclu que la mesure législative contestée relève d'un chef de compétence provincial valide et qu'elle n'entre en conflit avec aucune loi fédérale, nous devons maintenant déterminer si elle touche à l'« essentiel de l'indianité ». Si c'est le cas, elle s'applique par voie d'incorporation par l'art. 88; sinon elle s'applique d'elle-même. La prétention des appelants que la chasse nocturne touche effectivement à l'indianité repose sur le droit de chasse que leur confère le Traité de Douglas. Alors, pour déterminer si l'interdiction s'applique à eux d'elle-même, nous devons délimiter la portée et l'étendue du droit de chasse issu d'un traité qui est consacré dans ce traité.

Le droit en cause issu du Traité de Douglas est énoncé au par. 2 :

> [TRADUCTION] Toutefois, il est bien entendu que la terre elle-même, ces exceptions minimes étant faites, devient la propriété pleine et entière des Blancs à perpétuité. Il est également entendu que nous avons toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois.

Le débat en l'espèce partait du principe que le ministère public avait concédé que le terme « comme autrefois » modifie à la fois « chasser sur les terres inoccupées » et « pêcher ». Nous estimons qu'il ne vaut pas la peine de s'attarder sur ce volet : la portée du droit de chasse prévu par le Traité de Douglas ne dépend aucunement de la concession faite par le ministère public.

Par souci de commodité, nous reproduisons ici les conclusions des instances inférieures.

À la Cour d'appel, le juge Lambert a défini le droit que le traité confère aux appelants comme étant le droit de chasser à des fins alimentaires et rituelles avec le moyen préféré des Indiens, en conformité avec leurs propres lois, coutumes, traditions et pratiques, et selon les pratiques sécuritaires qui régissent les méthodes de chasse (par. 49). Selon la juge Huddart, le traité ne protège que les droits qui font [TRADUCTION] « partie intégrante de la culture distinctive des Tsartlip » (par. 208),

convenience, is not part of the core right to hunt protected by the treaty. Singh J. of the British Columbia Supreme Court held that the Douglas Treaty protected a right to hunt as well as the methods and means of hunting. He held nonetheless that the treaty right does not contemplate or, still less, confer a right to hunt dangerously, there being an implicit limitation to the treaty right that prevents unsafe hunting.

et la chasse nocturne, quoique pratiquée traditionnellement pour des raisons de commodité, ne fait pas partie du droit fondamental de chasser garanti par le traité. Le juge Singh, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a jugé que le Traité de Douglas protégeait autant le droit de chasser que les méthodes et moyens utilisés pour la chasse. Il a néanmoins conclu que le droit issu du traité ne suppose pas et, encore moins, ne confère pas le droit de chasser dangereusement, car il est implicitement restreint dans le but d'empêcher la chasse dangereuse.

We prefer the interpretation of Singh J. In our respectful view, Huddart J.A.'s approach tends to blur the distinction between an aboriginal right and a treaty right and Lambert J.A.'s interpretation disregards the internal safety limitations to which that right is necessarily subject.

106 Nous privilégions l'interprétation du juge Singh. Soit dit en tout respect, nous estimons que l'approche adoptée par la juge Huddart tend à estomper la distinction entre un droit ancestral et un droit issu d'un traité, et que l'interprétation du juge Lambert ne tient pas compte des limites intrinsèques — en matière de sécurité — que comporte nécessairement ce droit.

The scope of a treaty right and its internal limits is essentially a matter of treaty interpretation, which in turn refers us back to the intention of the parties to the treaty. "The goal of treaty interpretation is to choose from among the various possible interpretations of common intention the one which best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed" (*Marshall No. 1*, at para. 78, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting on other grounds).

107 La détermination de la portée d'un droit issu d'un traité et de ses limites intrinsèques est essentiellement une question d'interprétation du traité, qui, à son tour, nous renvoie à l'intention des parties au traité. « L'interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l'intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l'époque de la signature » (*Marshall n^o^ 1*, par. 78, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente pour d'autres motifs).

When the Douglas Treaty was signed, hunting at night was not uncommon. Nor was it particularly dangerous. It would not have been surprising had both the Crown and the North Saanich aboriginals contemplated that the aboriginals would continue to hunt at night. At the time, this practice did not pose the same dangers as it does today (which dangers will be explained in detail below). And the parties may not have even had reason to anticipate that the dangers would grow. But they could not have believed that the right to hunt included a right to hunt dangerously. To impute that belief to them would do injustice to both parties and, would in addition, defy common sense.

108 Au moment de la signature du Traité de Douglas, la chasse nocturne n'était pas inhabituelle, ni particulièrement dangereuse. Personne n'aurait été étonné si la Couronne et les Autochtones de Saanich nord avaient envisagé de permettre aux Autochtones de continuer à chasser la nuit. À l'époque, cette pratique ne présentait pas les mêmes dangers qu'aujourd'hui (lesquels seront précisés plus loin). Et les parties n'avaient peut-être même aucune raison de prévoir que les dangers s'accroîtraient. Mais elles ne pouvaient pas croire que le droit de chasser comprenait le droit de chasser dangereusement. Ce serait une injustice à leur égard de leur prêter cette croyance et ce serait, en plus, contraire au bon sens.

109 We use the phrase "hunting dangerously" or "hunting in an unsafe manner" or like expressions in this decision to signify hunting in a manner or under conditions that involve an inherent and especially elevated risk to the lives and safety of others.

110 In our view, the parties to the Douglas Treaty must have understood that the right to hunt did not carry with it a right to hunt in an unsafe manner. They must have understood as well that the Crown did not abdicate its interests or its responsibilities in this regard. The Crown was preoccupied by the need to secure the safety of the settlers. Hunting in an unsafe manner could not have been thought to serve the interests of the aboriginals any more than the interests of the Crown. To find that the Douglas Treaty enshrined a right to hunt in an unsafe manner is plainly irreconcilable with the third *Marshall* principle: Treaties must be interpreted in a manner that best reconciles the interests of the parties to it.

111 On this point, we find the reasoning of the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Paul* (1993), 142 N.B.R. (2d) 55, in relation to an aboriginal treaty right to hunt next to private dwellings, particularly compelling:

> In my view, Mr. Paul's treaty rights must be considered in the context of their exercise. Lamer J., as he then was, said in *Sioui* at p. 1072 that he "could not believe that the Hurons ever believed that the *Treaty* [of 1760] ever gave them the right to cut down trees in a garden as part of their right to carry on their customs". Similarly, and unlike the trial judge, who said that "status Indians" may exercise their treaty rights even in a manner that "is inherently dangerous", I cannot believe that the Indians of the St. John ever believed that they could exercise the rights given them in the *Treaty of Boston* of 1725 in an unsafe manner. . . . [para. 18]

112 The ninth principle of treaty interpretation laid down in *Marshall No. 1* further supports this conclusion: "Treaty rights of aboriginal peoples must not be interpreted in a static or rigid way. They are

Nous employons l'expression « chasser dangereusement » ou d'autres expressions similaires dans les présents motifs pour parler de la chasse se faisant d'une manière ou dans des conditions qui comportent un risque particulièrement élevé pour la vie et la sécurité d'autrui.

À notre avis, les parties au Traité de Douglas devaient comprendre que le droit de chasser n'englobe pas le droit de chasser dangereusement. Elles devaient également comprendre que la Couronne ne renonçait pas à ses intérêts ni à ses responsabilités à cet égard. Celle-ci était préoccupée par la nécessité d'assurer la sécurité des colons. Personne n'aurait pu penser que la chasse dangereuse sert les intérêts des Autochtones ou ceux de la Couronne. Conclure que le Traité de Douglas consacre le droit de chasser dangereusement est tout simplement incompatible avec le troisième principe énoncé dans *Marshall* : les traités doivent être interprétés de la manière qui concilie le mieux les intérêts des parties.

Sur ce point, nous trouvons particulièrement convaincant le raisonnement adopté par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *R. c. Paul* (1993), 142 R.N.-B. (2e) 55, relativement au droit de chasse issu d'un traité qui est exercé près des habitations :

> [TRADUCTION] À mon avis, les droits issus de traités dont jouit M. Paul doivent être examinés à la lumière de leur exercice. À la page 1072 de l'arrêt *Sioui*, le juge Lamer (tel était alors son titre) a dit qu'il ne pouvait « pas croire que les Hurons aient jamais cru que le *Traité* [de 1760] leur accordait le droit de couper des arbres dans le jardin d'une maison en vertu de leur droit d'exercer leurs coutumes ». De la même façon, et à la différence du juge du procès qui a dit que les « Indiens inscrits » peuvent exercer leurs droits issus de traités même d'une manière qui est « dangereu[se] en soi », je ne peux pas croire que les Indiens de la rivière Saint John aient jamais cru qu'ils pouvaient exercer les droits qui leur sont accordés par le *Traité de Boston* de 1725 de façon dangereuse. . . [par. 18]

Le neuvième principe d'interprétation des traités énoncé dans *Marshall n^o 1* étaye, lui aussi, cette conclusion : « Les droits issus de traités des peuples autochtones ne doivent pas être interprétés de façon

not frozen at the date of signature. The interpreting court must update treaty rights to provide for their modern exercise." (para. 78)

The appellants argue that using the ninth principle to restrict rather than expand the scope of a treaty right would "turn this [principle] on its head".

As will be more fully explained below, since 1852, the dangers of night hunting have been amplified with the development of modern weaponry. In our view, treaty rights are not impervious to changes of this sort. They do not evolve in a social, environmental or technological vacuum. A right to hunt is not transformed into a right to hunt in an unsafe manner by disregarding unforeseen dangers or new risks.

Quite the contrary, the ninth principle simply acknowledges that treaties must be interpreted in a manner that contemplates their exercise in modern society. Just as the methods and means of exercising the right should not be frozen in time, neither should the government's legitimate safety concerns. Adapting the exercise of treaty rights to modern weaponry without adapting the corollary legitimate safety concerns would lead to unacceptable results. One cannot reasonably focus on the former and turn a blind eye to the latter.

In *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, this Court held that only the logical evolution of a pre-treaty practice will attract treaty protection. In that case, the evidence showed only a pre-treaty practice of some limited trade in wood products. This evidence was insufficient to establish a treaty right to engage in commercial logging. McLachlin C.J., for the majority, described the standard in these terms:

statique ou rigide. Ils ne sont pas figés à la date de la signature. Les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne. » (par. 78)

113 Les appelants prétendent que le recours au neuvième principe pour restreindre la portée d'un droit issu d'un traité, au lieu de l'élargir, reviendrait à inverser ce principe.

114 Comme il sera expliqué plus en détail plus loin, depuis 1852 les dangers de la chasse nocturne s'amplifient avec le développement des armes modernes. À notre avis, les droits issus de traités ne sont pas imperméables aux changements de cette nature. Ils n'évoluent pas dans un vide social, environnemental ou technologique. Le droit de chasser ne se transforme pas en droit de chasser de façon dangereuse, sans qu'il soit tenu compte de dangers imprévus ou de nouveaux risques.

115 Bien au contraire, le neuvième principe reconnaît simplement que l'interprétation des traités doit tenir compte de l'exercice des droits en question dans la société moderne. Tout comme les méthodes et moyens employés pour l'exercice des droits ne sont pas figés dans le temps, les préoccupations légitimes du gouvernement en matière de sécurité ne doivent pas l'être non plus. Adapter l'exercice des droits issus de traités au contexte des armes modernes sans adapter son corollaire — les préoccupations légitimes en matière de sécurité — entraînerait des résultats inacceptables. On ne pourrait raisonnablement insister sur le premier élément et fermer les yeux sur le second.

116 Dans *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, la Cour a statué que seule l'évolution logique d'une pratique préalable au traité peut bénéficier de la protection du traité. Dans cette affaire, la preuve révèle seulement la pratique d'un commerce de produits du bois relativement restreint avant la conclusion du traité. Cette preuve n'est pas suffisante pour permettre d'établir l'existence d'un droit issu d'un traité qui permet l'exploitation forestière à l'échelle commerciale. Au nom de la Cour, la juge en chef McLachlin a décrit la norme applicable en ces termes :

Of course, treaty rights are not frozen in time. Modern peoples do traditional things in modern ways. The question is whether the modern trading activity in question represents a logical evolution from the traditional trading activity at the time the treaty was made; *Marshall 2*, at para. 20. Logical evolution means the same sort of activity, carried on in the modern economy by modern means. This prevents aboriginal rights from being unfairly confined simply by changes in the economy and technology. But the activity must be essentially the same. "While treaty rights are capable of evolution within limits, . . . their subject matter . . . cannot be wholly transformed" (*Marshall 2*, at para. 19). [para. 25]

117 In our view, when the same sort of activity carried on in the modern economy by modern means is inherently dangerous, that dangerous activity will not be a logical evolution of the treaty right.

118 It is true, as the appellants assert, that the treaty protects from encroachment the means and methods of its exercise, such as: timing of the hunt (*R. v. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (S.C.C.), aff'g (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.); "season, method [and] limit" of the hunt (*Sutherland*, at p. 460); "method, timing and extent" of the hunt (*Badger*, at para. 90)).

119 However, the fact that the treaty protects the means and methods of hunting does not negate the internal limit on the right: the treaty hunting right does not include the right to hunt in a manner that endangers the safety of the hunter or others. Because dangerous hunting falls outside the scope of the protected treaty right, the province is free to regulate in this area. The issue of safety was not addressed in *Prince v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81, and that case's reference to night hunting should not be understood without reference to the subsequent jurisprudence of this Court with respect to safety, including *Myran*, which dealt specifically with the proper interpretation of *Prince*.

Certes, les droits issus de traités ne sont pas figés dans le temps. Les activités traditionnelles sont maintenant pratiquées de façon moderne. Il s'agit d'établir si l'activité commerciale actuelle en cause procède de l'évolution logique du commerce traditionnel pratiqué au moment du traité : *Marshall 2*, par. 20. L'évolution logique suppose le même type d'activité, exercée dans l'économie moderne par des moyens modernes. On évite ainsi de restreindre indûment les droits ancestraux simplement du fait des changements économiques ou technologiques. Il faut cependant que l'activité demeure fondamentalement la même. « Bien que les droits issus de traités soient dans certaines limites capables d'évolution [. . .] leur objet ne peut [. . .] être transformé du tout au tout » (*Marshall 2*, par. 19). [par. 25]

À notre avis, lorsqu'une activité du même type, exercée dans l'économie moderne avec des moyens modernes, est intrinsèquement dangereuse, cette activité dangereuse ne pourra être considérée comme étant l'évolution logique du droit issu d'un traité.

Certes, comme l'affirment les appelants, le traité protège contre l'empiétement les moyens et méthodes utilisés pour l'exercice d'un droit issu d'un traité, par exemple pour tout ce qui touche à la période de chasse (*R. c. White* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (C.S.C.), conf. (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), « aux saisons, aux méthodes [et] à la limite de prise » (*Sutherland*, p. 460) ainsi qu'aux modes et périodes de chasse, et à l'ampleur de la chasse (*Badger*, par. 90)).

Cependant, le fait que le traité protège les moyens et méthodes de chasse n'écarte pas la limite intrinsèque du droit : le droit de chasse issu d'un traité ne comporte pas le droit de chasser d'une manière qui mette en danger la sécurité du chasseur ou d'autrui. Étant donné que la chasse dangereuse ne relève pas d'un droit protégé par traité, la province est libre de réglementer ce domaine. Dans *Prince c. The Queen*, [1964] R.C.S. 81, la question de la sécurité n'a pas été abordée et il ne faut pas interpréter l'affaire, lorsqu'il est fait mention de la chasse nocturne, sans tenir compte de la jurisprudence subséquente de la Cour relativement à la question de sécurité, notamment *Myran*, où la Cour traitait précisément de la juste interprétation de *Prince*.

In *Myran*, Dickson J. (as he then was), speaking for the Court, explained the interplay between "means and methods" jurisprudence and safety this way:

I think it is clear from *Prince* . . . that an Indian of the Province is free to hunt or trap game in such numbers, at such times of the year, by such means or methods and with such contrivances, as he may wish, provided he is doing so in order to obtain food for his own use and on unoccupied Crown lands or other lands to which he may have a right of access. But that is not to say that he has the right to hunt dangerously and without regard for the safety of other persons in the vicinity. *Prince* . . . deals with "method". Neither that case nor those which preceded it dealt with the protection of human life. I agree with what was said in the present case by Mr. Justice Hall in the Court of Appeal for Manitoba:

In the present case the governing statute is *The Wildlife Act*, *supra*, and in particular Sec. 41(1) thereof. Section 10(1) under which the accused were charged does not restrict the type of game, nor the time or method of hunting, but simply imposes a duty on every person of hunting with due regard for the safety of others. Does that duty reduce, detract or deprive Indians of the right to hunt for food on land to which they have a right of access? If one regards that right in absolute terms the answer is clearly in the affirmative; but is that the case? Surely the right to hunt for food as conferred or bestowed by the agreement and affirmed by the statute cannot be so regarded. Inherent in the right is the quality of restraint, that is to say that the right will be exercised reasonably. Section 10(1) is only a statutory expression of that concept, namely that the right will be exercised with due regard for the safety of others, including Indians. [pp. 141-42]

The overarching principle, now firmly entrenched in our jurisprudence, is that public safety enjoys preeminent status in matters of this kind. Or to use the words of *Myran*, the right must be exercised reasonably.

## VII

We have concluded that the treaty right to hunt upon which the appellants rely in this case is subject to the internal limit that it cannot be exercised in a manner that is dangerous to the safety of the hunter or others. This is a general description of the limitation. We must still determine how this internal limit may be validly expressed in the

Dans *Myran*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la Cour, a expliqué l'interaction entre la jurisprudence traitant des « moyens et méthodes » et la question de sécurité en ces termes : 120

L'arrêt *Prince* [. . .] montre bien qu'un Indien est libre de chasser ou de piéger le gibier autant qu'il le désire, quand il le désire et par les moyens qu'il choisit à condition que ce soit pour se nourrir personnellement et sur des terres inoccupées de la Couronne ou auxquelles il a un droit d'accès. Toutefois, il n'a pas le droit de chasser dangereusement au mépris de la sécurité des gens du voisinage. L'arrêt *Prince* [. . .] traite des moyens permis. Ni cet arrêt ni ceux qui l'ont précédé n'ont traité de la protection de la vie humaine. Je suis d'accord avec ce qu'a dit le juge Hall à la Cour d'appel du Manitoba dans la présente cause :

[TRADUCTION] La loi applicable est [la] *Wildlife Act*, *supra*, notamment l'art. 41(1). L'art. 10(1), en vertu duquel les accusés ont été inculpés ne restreint pas le type de gibier, le temps ou la méthode de chasse, il impose seulement l'obligation de chasser en ayant égard à la sécurité d'autrui. Cette prescription est-elle une restriction ou une atteinte au droit des Indiens de chasser pour leur nourriture sur les terres auxquelles ils ont un droit d'accès? Si l'on prend ce droit en termes absolus, la réponse est clairement affirmative; mais est-ce le cas? Non, le droit de chasser pour se nourrir, conféré ou attribué par l'accord et ratifié par la loi, ne peut pas être vu de cette façon. Il y a une restriction inhérente au droit, il faut l'exercer raisonnablement. L'article 10(1) n'est que l'énoncé législatif de ce concept, à savoir que le droit sera exercé en ayant égard à la sécurité d'autrui, y compris celle des Indiens. [p. 141-142]

Selon ce principe prépondérant, solidement ancré dans notre jurisprudence, la sécurité publique prévaut dans ce genre d'affaire. Ou bien, pour reprendre les termes employés dans *Myran*, il faut exercer ce droit raisonnablement. 121

## VII

Nous avons conclu que le droit de chasse issu d'un traité invoqué par les appelants en l'espèce comporte la limite intrinsèque qu'il ne peut être exercé d'une manière dangereuse pour le chasseur ou autrui. C'est là une description générale de la limitation. Il reste maintenant à déterminer comment cette limite intrinsèque peut être validement 122

regulatory context. Are the courts limited to case-by-case after the fact inquiries into whether a particular hunter on a particular occasion exercised the treaty right to hunt unsafely? Or can the province pass legislation or adopt regulations that define the limits of the right in a way that can be administered and understood by the aboriginal community?

123 The answer to this question is found in this Court's jurisprudence, which affirms the right of the province to determine and direct in advance the limits of a treaty right in a particular regulatory context, provided it does so reasonably. As Cory J., writing for the majority in *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, stated:

> It has frequently been said that rights do not exist in a vacuum, and that the rights of one individual or group are necessarily limited by the rights of another. . . . The government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights should interact. Absolute freedom in the exercise of even a *Charter* or constitutionally guaranteed aboriginal right has never been accepted, nor was it intended. . . . Absolute freedom without any restriction necessarily infers a freedom to live without any laws. Such a concept is not acceptable in our society. [Emphasis added; para. 92.]

124 Similarly, in *Marshall No. 1*, the Court, after concluding that the treaty right to fish was inherently limited to quantities reasonably expected to produce a moderate livelihood, stated:

> Catch limits that could reasonably be expected to produce a moderate livelihood for individual Mi'kmaq families at present-day standards can be established by regulation and enforced without violating the treaty right. In that case, the regulations would accommodate the treaty right. Such regulations would *not* constitute an infringement that would have to be justified under the *Badger* standard. [Emphasis in original; para. 61.]

The Court reaffirmed the province's right to define the reasonable limits of treaty rights through regulation in *Marshall No. 2*, stating:

exprimée dans le contexte de la réglementation. Les tribunaux sont-ils réduits à procéder au cas par cas pour décider, après examen des faits, si un chasseur en particulier a, à une occasion donnée, exercé de façon dangereuse le droit de chasse issu d'un traité? Ou les provinces peuvent-elles, par des lois ou des règlements, définir les limites du droit d'une manière qui puisse être administrée et comprise par la collectivité autochtone?

La réponse à cette question réside dans la jurisprudence de la Cour, laquelle confirme le droit des provinces d'établir et de régir au préalable les limites d'un droit issu d'un traité dans un contexte de réglementation particulier, pourvu qu'elles le fassent de façon raisonnable. Comme l'a dit le juge Cory, au nom de la majorité dans *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013 :

> Il a fréquemment été déclaré que les droits n'existent pas dans l'abstrait et que les droits d'un individu ou d'un groupe sont nécessairement limités par les droits d'autrui. [. . .] Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d'établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue d'exercer un droit, même un droit ancestral protégé par la *Charte* ou garanti par la Constitution, n'a jamais été reconnue ni voulue. [. . .] La liberté absolue, sans restriction aucune, implique nécessairement la liberté de vivre en marge des lois. Un tel concept est inacceptable dans notre société. [Nous soulignons; par. 92.]

Dans la même veine, après avoir conclu que le droit de pêche issu d'un traité était intrinsèquement limité par le nombre de prises dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il permette de s'assurer une subsistance convenable, la Cour a affirmé dans *Marshall n^o 1* :

> Des limites de prises, dont il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'elles permettent aux familles mi'kmaq de s'assurer une subsistance convenable selon les normes d'aujourd'hui, peuvent être établies par règlement et appliquées sans porter atteinte au droit issu du traité. Un tel règlement respecterait ce droit et *ne* constituerait *pas* une atteinte qui devrait être justifiée suivant la norme établie dans l'arrêt *Badger*. [En italique dans l'original; par. 61.]

La Cour a réaffirmé dans *Marshall n^o 2* le droit de la province de définir par règlement les limites raisonnables des droits issus de traités :

. . . regulations that do no more than reasonably *define* the Mi'kmaq treaty right in terms that can be administered by the regulator and understood by the Mi'kmaq community that holds the treaty rights do not impair the exercise of the treaty right . . . . [Underlining added; para. 37.]

. . . un règlement qui se contente de *définir* raisonnablement le droit issu de traité des Mi'kmaq d'une manière qui puisse à la fois être administrée par l'organe chargé de sa réglementation et être comprise par la communauté mi'kmaq titulaire du droit en question ne porte pas atteinte à l'exercice de ce droit . . . [Nous soulignons; par. 37.]

These holdings are consistent with this Court's assertion in *Myran* that the treaty right must be exercised in a reasonable manner. Reasonable regulatory restrictions, including blanket prohibitions, which address legitimate safety concerns, will not infringe the treaty right.

125 Ces conclusions sont compatibles avec l'affirmation de la Cour dans *Myran* selon laquelle le droit issu d'un traité doit être exercé de manière raisonnable. Les restrictions réglementaires raisonnables, y compris les interdictions générales, qui ont trait à des préoccupations légitimes en matière de sécurité ne porteront pas atteinte au droit issu d'un traité.

The question before us is thus whether the province's ban on night hunting constitutes a reasonable exercise of the province's power to regulate the internal safety limit on the appellants' treaty right. Or, put differently, is this ban a reasonable way, in the regulatory context of the Province of British Columbia, to articulate the internal safety limitation on the treaty right to hunt?

126 La Cour doit donc déterminer si l'interdiction de la province concernant la chasse nocturne constitue un exercice raisonnable de son pouvoir de réglementer la limite intrinsèque — en matière sécurité — du droit conféré par traité aux appelants. Autrement dit, est-ce que, dans le contexte de la réglementation en Colombie-Britannique, cette interdiction constitue une façon raisonnable d'exprimer la limite intrinsèque — en matière de sécurité — du droit de chasse issu d'un traité?

The trial judge found that it was. He stated:

127 Voici ce qu'a dit le juge du procès :

[I]t is undeniably true that the Province of British Columbia has taken a firm and consistent attitude against night hunting, based upon the advice from conservation officers, that the practice is inherently unsafe. Certainly the evidence in this case supports such a finding. It is night hunting that brings added and unacceptable danger, according to the evidence. The evidence establishes that it is dangerous to permit the use of high-powered rifles in the dark, and to leave it to individual hunters to use their common sense to minimize those risks in the face of a sudden opportunity to kill game.

[TRADUCTION] [O]n ne saurait nier que l'opposition de la Colombie-Britannique à la chasse nocturne a été ferme et constante, suivant les conseils des agents de conservation selon lesquels cette pratique est intrinsèquement dangereuse. La preuve en l'espèce étaye certainement cette conclusion. Selon la preuve, c'est la chasse nocturne qui accroît le danger et le rend inacceptable. Il ressort de la preuve qu'il est dangereux d'autoriser l'usage de carabines de haute puissance dans l'obscurité et de se fier au bon sens des chasseurs pour minimiser ces risques devant la chance qu'ils ont soudainement de tuer un gibier.

. . .

. . .

[I]t is apparent that the use of lights at night brings a new set of problems, even as it eliminates others. Most important, it brings the problem of tunnel vision, where the hunter becomes so focussed on the illuminated target, he tends to fail to be sufficiently aware of the periphery of his view, or even the background. This leads to a significant risk of accidental injury to persons or property. I do not question that proper training and

[L]e recours à des lampes la nuit engendre manifestement de nouveaux problèmes, même s'il en élimine d'autres. Le problème le plus grave est celui du rétrécissement concentrique du champ visuel : l'attention du chasseur est tellement centrée sur la cible éclairée par la source lumineuse que sa vision périphérique tend à lui échapper, tout comme l'arrière-plan. Ce problème entraîne un grand risque de blessures accidentelles à

other measures can be taken to reduce the risk, but we do not live in a perfect world. The statutory provision is directed at the issue of safety, and is reasonable on its face as a measure to help ensure that needless risk is avoided. [paras. 11 and 13]

128 These findings, shared by trial and appellate courts across the country, are manifestly reasonable. See *R. v. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524 (B.C.C.A.); *R. v. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. vi; *R. v. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260 (Que. C.A.); *R. v. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL) (Prov. Div.); *R. v. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL) (Prov. Div.); *R. v. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL) (C.J.); *R. v. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260 (B.C. Prov. Ct.); *R. v. Barlow* (2000), 228 N.B.R. (2d) 289 (Q.B.), leave to appeal refused, [2001] N.B.J. No. 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner v. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. v. Augustine* (2001), 232 N.B.R. (2d) 313 (Q.B.), leave to appeal refused, [2001] N.B.J. No. 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. v. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. v. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. v. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318. For the opposing view see: *R. v. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181 (Sask. Prov. Ct.); *R. v. Machimity*, [1996] O.J. No. 4365 (QL) (Prov. Div.); and *R. v. Polches* (2005), 289 N.B.R. (2d) 72, 2005 NBQB 137.

129 The conclusion that a ban on night hunting is a reasonable exercise of the Province's regulatory power in defining the internal limit on the treaty right flows naturally and logically from the defining feature of nighttime — that is, darkness. The evidence at trial was more than sufficient to establish that one's ability to identify objects, estimate distances and observe background and surrounding items is greatly diminished in the dark, posing a real danger to other members of the public.

autrui ou de dommages accidentels à des biens. Je ne doute pas qu'une formation pertinente et d'autres mesures permettent de réduire le risque, mais la perfection n'est pas de ce monde. La disposition législative vise la sécurité et, à première vue, elle constitue une mesure raisonnable pour éviter que des risques inutiles se produisent. [par. 11 et 13]

Ces conclusions, auxquelles se rallient des tribunaux de première instance et d'appel partout au pays, sont manifestement raisonnables. Voir *R. c. Seward* (1999), 171 D.L.R. (4th) 524 (C.A.C.-B.); *R. c. Bernard* (2002), 200 N.S.R. (2d) 352, 2002 NSCA 5, demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. vi; *R. c. Pariseau*, [2003] 2 C.N.L.R. 260 (C.A. Qué.); *R. c. Southwind*, [1991] O.J. No. 3612 (QL) (Div. prov.); *R. c. King*, [1996] O.J. No. 5458 (QL) (Div. prov.); *R. c. Harris*, [1998] B.C.J. No. 1016 (QL) (C. prov.); *R. c. Ice*, [2000] O.J. No. 5857 (QL) (C.J.); *R. c. Stump*, [2000] 4 C.N.L.R. 260 (C. prov. C.-B.); *R. c. Barlow* (2000), 228 R.N.-B. (2e) 289 (B.R.), demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. nº 145 (QL), 2001 NBCA 44; *Turner c. Manitoba* (2001), 160 Man. R. (2d) 256, 2001 MBCA 207; *R. c. Augustine* (2001), 232 R.N.-B. (2e) 313 (B.R.), demande d'autorisation de pourvoi refusée, [2001] A.N.-B. nº 190 (QL), 2001 NBCA 57; *R. c. Maurice*, [2002] 2 C.N.L.R. 273, 2002 SKQB 68; *R. c. Pitawanakwat*, [2004] O.J. No. 2075 (QL), 2004 ONCJ 50; *R. c. Yapput*, [2004] O.J. No. 5055 (QL), 2004 ONCJ 318. Pour l'opinion contraire, voir : *R. c. Maple*, [1982] 2 C.N.L.R. 181 (C. prov. Sask.); *R. c. Machimity*, [1996] O.J. No. 4365 (QL) (Div. prov.); et *R. c. Polches* (2005), 289 R.N.-B. (2e) 72, 2005 NBQB 137.

La conclusion que l'interdiction de la chasse nocturne est l'exercice raisonnable du pouvoir de réglementation de la province pour définir la limite intrinsèque du droit issu d'un traité découle naturellement et logiquement de la caractéristique déterminante de la nuit : l'obscurité. Par ailleurs, la preuve produite au procès suffit amplement pour établir que la capacité de reconnaître des objets, d'évaluer les distances et d'observer les éléments situés à l'arrière-plan et en périphérie est grandement réduite dans l'obscurité, ce qui présente un danger réel pour les autres membres du public.

This added danger to hunting causes the risks associated with hunting at nighttime with a firearm to be unacceptably high. The *Wildlife Act* prohibition is a reasonable response to a real danger.

Ce danger qui s'ajoute à ceux de la chasse fait que les risques associés à la chasse nocturne avec une arme à feu atteignent un niveau trop élevé pour être acceptables. L'interdiction prévue par la *Wildlife Act* représente une solution raisonnable pour éviter un danger réel. 130

In *Seward*, the British Columbia Court of Appeal put it succinctly:

> The introduction of rifles has significantly heightened the danger of hunting. Not just the hunters, but anyone within a mile radius of a hunter is at risk. This is especially so at night when the fact of darkness transforms a dangerous endeavour into a hazardous one. It does not matter that an individual might be able to hunt at night without injuring anyone, the fact is that the possibility of death or injury is increased when visibility is decreased and one or more hunters are in the woods. [para. 47]

Dans *Seward*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a déclaré succinctement : 131

> [TRADUCTION] L'introduction de carabines a fortement accru les dangers de la chasse. Ce ne sont pas seulement les chasseurs qui sont exposés aux risques; c'est aussi toute personne qui se trouve dans un rayon d'un mille autour du chasseur. Cela est d'autant plus vrai la nuit, où l'obscurité ajoute un élément de hasard. Peu importe qu'une personne soit capable de chasser la nuit sans blesser qui que ce soit, il demeure que le risque de décès ou de blessures s'accroît lorsque la visibilité est réduite et qu'il y a plusieurs chasseurs dans le bois. [par. 47]

The impugned legislation thus regulates an area which lies entirely outside the treaty right to hunt. It therefore does not conflict at all with the treaty right. No aboriginal right is asserted, and absent a conflicting treaty or aboriginal right, reasonable provincial safety regulation of dangerous hunting practices cannot be said to intrude upon "core Indianness". It follows that the *Wildlife Act* prohibition on night hunting with a firearm is a valid provincial law applicable to the appellants *ex proprio vigore* and without recourse to s. 88.

La mesure législative contestée régit donc un champ complètement différent de celui visé par le droit de chasse issu d'un traité. Elle n'entre donc pas du tout en conflit avec le droit issu d'un traité. Aucun droit ancestral n'est invoqué et, en l'absence d'un droit ancestral ou issu d'un traité incompatible, on ne peut affirmer qu'une réglementation provinciale raisonnable en matière de sécurité qui vise les pratiques de chasse dangereuses empiète sur l'« essentiel de l'indianité ». Il s'ensuit que l'interdiction prévue par la *Wildlife Act* de chasser la nuit avec une arme à feu constitue une mesure législative provinciale valide qui s'applique d'elle-même aux appelants, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à l'art. 88. 132

We are not persuaded by the appellants' submission that the provincial power to legislate with respect to safety is restricted to the ability to prohibit unsafe hunting in a *general* manner. If provinces can prohibit "unsafe hunting", there is no reason why they should be precluded from identifying particular practices that are unsafe. This falls within the power of the provinces to reasonably regulate the internal limits on treaty rights, affirmed in *Marshall No. 1* and *No. 2* and *Sundown*.

Nous ne sommes pas convaincus par l'argument des appelants que le pouvoir d'une province de légiférer en matière de sécurité se limite à sa capacité d'interdire, de façon *générale*, la chasse dangereuse. Si les provinces peuvent interdire la « chasse dangereuse », il n'y a pas de raison qu'elles ne puissent pas désigner certaines pratiques comme étant dangereuses. Cette fonction relève du pouvoir des provinces de réglementer de façon raisonnable les limites intrinsèques des droits issus de traités, confirmé dans *Marshall n^o 1* et *n^o 2* et *Sundown*. 133

134 Finally, we offer two brief observations concerning the joint reasons of Justices Deschamps and Abella.

135 First, in their view, the question on this appeal is the extent to which, if at all, provinces may validly interfere with treaty rights. With respect, we only reach that question if the impugned provincial legislation is first found to affect a treaty right. In this case, we are agreed that the Douglas Treaty does not confer a right to hunt dangerously. This renders hypothetical the question posed by our colleagues.

136 Second, Justices Deschamps and Abella find that a ban on hunting with a modern firearm at night is overly broad. They believe that the Douglas Treaty countenances only more limited prohibitions. In our respectful view, this constraint undermines the objective of legislation relating to a hunting practice which courts have consistently found inherently involves an unacceptable and elevated risk to the public.

137 The constitutional questions in the present appeal were stated as follows:

1. Do ss. 27(1)(d) and (e) of the *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57, constitutionally apply of their own force to the appellants in view of Parliament's exclusive legislative authority under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*?

2. If not, do ss. 27(1)(d) and (e) of the *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57, nonetheless apply to the appellants by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5?

138 Since the proceedings relating to s. 27(1)(e) were conditionally stayed and no objection was made on appeal, it is not necessary for purposes of this appeal to assess the constitutionality of s. 27(1)(e).

139 With respect to s. 27(1)(d), the first question should be answered in the affirmative. Having

Enfin, deux brèves observations concernant les motifs conjoints des juges Deschamps et Abella.

Premièrement, à leur avis, il s'agit de savoir en l'espèce dans quelle mesure, le cas échéant, les provinces peuvent validement intervenir dans les questions des droits issus de traités. Soit dit en tout respect, nous estimons que, pour répondre à cette question, il faut d'abord établir que la mesure législative provinciale contestée porte atteinte à un droit issu d'un traité. En l'espèce, nous sommes d'accord pour dire que le Traité de Douglas ne confère pas le droit de chasser dangereusement. Cela rend hypothétique la question posée par nos collègues.

Deuxièmement, les juges Deschamps et Abella estiment que l'interdiction de chasser la nuit avec une arme à feu moderne est d'une portée trop large. À leur avis, le Traité de Douglas tolère seulement des interdictions plus limitées. À notre humble avis, cette restriction compromet la réalisation de l'objectif de tout texte législatif concernant une pratique de chasse dont les tribunaux ont, de façon constante, considéré qu'elle comporte un risque inacceptable et élevé pour le public.

Les questions constitutionnelles posées en l'espèce sont ainsi formulées :

1. Les alinéas 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, ch. 57, sont-ils constitutionnellement applicables d'eux-mêmes aux appelants, compte tenu de la compétence législative exclusive que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement?

2. Dans la négative, les al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act*, S.C.B. 1982, ch. 57, s'appliquent-ils néanmoins aux appelants par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5?

Étant donné la suspension conditionnelle des procédures fondées sur l'al. 27(1)e) et l'absence d'objection en appel, il n'est pas nécessaire, dans le cadre du présent pourvoi, d'évaluer la constitutionnalité de l'al. 27(1)e).

En ce qui concerne l'al. 27(1)d), il faut répondre par l'affirmative à la première question. Vu la

concluded that s. 27(1)(d) of the *Wildlife Act* is a reasonable law of general application directed at safety that does not engage the appellants' treaty rights, and which applies *ex proprio vigore*, it is not necessary to answer the second question.

For these reasons, we would dismiss the appeal.

*Appeal allowed,* McLACHLIN C.J. *and* BASTARACHE *and* FISH JJ. *dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Saskatchewan Justice, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Eagle Village First Nation (Migizy Odenaw): Diane Soroka Barrister and Solicitor Inc., Westmount.*

*Solicitors for the intervener the Red Rock Indian Band: Duboff Edwards Haight & Schachter, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener Conseil de la Nation huronne-wendat: Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

conclusion que l'al. 27(1)d) de la *Wildlife Act* est une disposition d'application générale raisonnable visant la sécurité qui n'entre pas en conflit avec les droits conférés par le traité aux appelants et qui s'applique d'elle-même, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. 140

*Pourvoi accueilli, la juge en chef* McLACHLIN *et les juges* BASTARACHE *et* FISH *sont dissidents.*

*Procureurs des appelants : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Saskatchewan Justice, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante la Première Nation de Eagle Village (Migizy Odenaw) : Diane Soroka Barrister and Solicitor Inc., Westmount.*

*Procureurs de l'intervenante la bande indienne de Red Rock : Duboff Edwards Haight & Schachter, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil de la Nation huronne-wendat : Langlois Kronström Desjardins, Québec.*

*Solicitors for the intervener Te'mexw Treaty Association: Cook Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the intervener Chief Allan Claxton: Woodward and Co., Victoria.*

*Solicitors for the intervener Chief Roger William: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : Cook Roberts, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le chef Allan Claxton : Woodward and Co., Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le chef Roger William : Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.*

# INDEX


## ABORIGINAL LAW

1. Aboriginal rights — Right to harvest wood for personal uses — Members of Maliseet and Mi'kmaq First Nations charged in New Brunswick with unlawful possession or unlawful cutting of Crown timber — Crown lands where timber harvested forming part of First Nations' traditional territory — Whether Maliseet and Mi'kmaq have aboriginal right to harvest wood for personal uses on Crown lands.

R. v. SAPPIER; R. v. GRAY, 686.

2. Van der Peet test — Meaning of "distinctive culture".

R. v. SAPPIER; R. v. GRAY, 686.

3. Property situated on reserve — Exemption from seizure — Creditor of Indian band attempting to garnish funds in off-reserve financial institution — Funds paid to band by federal government pursuant to Comprehensive Funding Arrangement — Whether funds exempted from seizure by virtue of s. 89 or s. 90(1)(b) of Indian Act — Whether funds notionally "situated on a reserve" — Whether funds paid to band pursuant to "treaty or agreement" — Meaning of word "agreement" in s. 90(1)(b) of Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 89, 90(1)(b).

MCDIARMID LUMBER LTD. v. GOD'S LAKE FIRST NATION, 846.

4. Treaty rights — Right to hunt — Two members of Tsartlip Indian Band charged under provincial wildlife legislation of hunting with firearm during prohibited hours and hunting with illuminating device — Whether treaty right to hunt includes right to hunt at night with illuminating device — Whether provincial legislation of general application infringes band's treaty right to hunt — Whether provincial legislation applicable to band by virtue of s. 88 of Indian Act — Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, ss. 27(1)(d), (e), 29 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.

R. v. MORRIS, 915.

---

## ACCESS TO INFORMATION

1. Exemptions — Solicitor-client privilege — Access to records for determination of whether they should be disclosed under Freedom of Information and Protection of Privacy Act — Whether records may be disclosed to requester's counsel notwithstanding claim of solicitor-client privilege — Whether

## ACCESS TO INFORMATION — Concluded

Divisional Court bound by Act's provisions prohibiting Commissioner from disclosing any records until final decision made — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 19.

GOODIS v. ONTARIO (MINISTRY OF CORRECTIONAL SERVICES), 32.

2. Exemptions — Solicitor-client privilege — Distinction between solicitor-client privilege and litigation privilege — Claimant requesting documents relating to prosecutions of himself and a company for federal regulatory offences — Charges subsequently quashed or stayed — Request for access denied by government on various grounds including solicitor-client privilege exemption set out in s. 23 of Access to Information Act — Whether documents once subject to litigation privilege remain privileged when litigation ends — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 23.

BLANK v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 319.

---

## BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

1. Bankruptcy court — Jurisdiction — Whether bankruptcy judge lacks jurisdiction to determine whether interim receiver is successor employer under provincial labour relations legislation — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 47, 72(1).

GMAC COMMERCIAL CREDIT CORP. — CANADA v. T.C.T. LOGISTICS INC., 123.

2. Procedure — Action against interim receiver — Bankruptcy legislation precluding proceedings against interim receiver without leave of court — Union seeking leave to bring "successor employer" application against interim receiver — Whether Mancini test applicable — Whether test different when dispute relates to receiver's obligations to debtors' employees represented by union — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 215.

GMAC COMMERCIAL CREDIT CORP. — CANADA v. T.C.T. LOGISTICS INC., 123.


---

## CIVIL PROCEDURE

1. Anton Piller order — Requirements for order — Guidelines for preparation and execution of order.

CELANESE CANADA INC. v. MURRAY DEMOLITION CORP., 189.

2. Removal of counsel — Plaintiffs' lawyers seizing electronic documents from defendants' premises pursuant to Anton Piller order later found to include documents subject to solicitor-client privilege — Plaintiffs' lawyers conducting partial review of documents — Defendants seeking to remove plaintiffs' lawyers as solicitors of record — Whether onus on plaintiffs to rebut presumption of prejudice — Whether plaintiffs' lawyers should be removed.

CELANESE CANADA INC. v. MURRAY DEMOLITION CORP., 189.

3. Appeals — Supreme Court of Canada — Stay — Court of Appeal's judgment declaring constitutional legislative amendments precluding school board employees from running for election as school trustees anywhere in province — Applicants and other school board employees accordingly disqualified from holding their positions as school trustees — Applicants appealing Court of Appeal's judgment and bringing motion to stay judgment pending leave to appeal — Motion granted — Stay order exempting from operation of relevant legislation school board employees who are presently sitting as school board trustees as result of valid election — Relevant legislation not suspended and remaining operative in all other circumstances.

BAIER v. ALBERTA, 311.

4. Class actions — Class members — Newspaper publishers reproducing in databases and CD-ROMs freelance and staff writers' articles published in newspapers — Freelance author bringing class action against newspaper publishers for copyright infringement — Whether staff writers should have been certified as members of class.

ROBERTSON v. THOMSON CORP., 363.

5. Costs — Risk premiums — Plaintiffs' counsel carrying lengthy personal injury litigation without remuneration because plaintiffs lacked financial resources to pay — Defendants not admitting liability — Whether plaintiffs' costs award payable by unsuccessful defendants may be increased to take into account risk of non-payment to plaintiffs' counsel — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 49, 57.01(1).

WALKER v. RITCHIE, 428.

6. Costs — Extra-judicial fees — Whether Court of Appeal's order relating to payment of extra-judicial fees should be struck from disposition — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 477.

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS ACÉRICOLES DU QUÉBEC v. REGROUPEMENT POUR LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS DE L'ÉRABLE INC., 591.

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Extradition — Whether surrender of accused to U.S., where they could receive sentences of 10 years to life without parole if convicted, "shocks conscience" of Canadians — Whether Minister of Justice's refusal to seek assurances for enhanced credit for time served in pre-trial custody offends fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

UNITED STATES OF AMERICA v. FERRAS; UNITED STATES OF AMERICA v. LATTY, 77.

2. Charter of Rights — Liberty and security of person — Fundamental justice — Extradition — Committal hearings — Whether provisions of extradition legislation relating to evidence at committal hearing infringe principles of fundamental justice applicable to extradition — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 29(1), 32(1)(a), (b), 33.

UNITED STATES OF AMERICA v. FERRAS; UNITED STATES OF AMERICA v. LATTY, 77.

3. Charter of Rights — Mobility — Right to remain in Canada — Extradition — Whether provisions of extradition legislation relating to evidence at committal hearing infringe right of Canadian citizens to remain in Canada — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 6 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 32(1)(a), 33(3).

UNITED STATES OF AMERICA v. FERRAS; UNITED STATES OF AMERICA v. LATTY, 77.

4. Charter of Rights — Liberty and security of person — Fundamental justice — Extradition — Committal hearing — Whether provisions of extradition legislation relating to evidence at committal hearing permit extradition on unavailable evidence — If so, whether provisions infringe principles of fundamental justice applicable to extradition — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 29, 32(1)(b).

UNITED MEXICAN STATES v. ORTEGA; UNITED STATES OF AMERICA v. FIESSEL, 120.

## CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

5. Division of powers — Navigation and shipping — Scope — Pleasure craft — Boat being prepared for transport on highway — Boat owner using bungee cord to secure engine cover — Plaintiff suffering personal injury when metal hook at end of bungee cord struck him in eye — Plaintiff bringing action in damages against boat owner — Boat owner claiming benefit of limitation of liability provision contained in federal shipping legislation — Whether matter governed by federal power over navigation and shipping or provincial power over property and civil rights — Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92(13).

ISEN v. SIMMS, 349.

6. Charter of Rights — Right to trial by jury — Accused charged with unlawfully producing cannabis — Trial judge directing jurors to convict and indicating that they were bound to abide by that direction — Whether accused deprived of his constitutional right to trial by jury — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).

R. v. KRIEGER, 501.

7. Indians — Provincial wildlife legislation — Two members of Tsartlip Indian Band charged under provincial wildlife legislation of hunting with firearm during prohibited hours and hunting with illuminating device — Whether valid provincial legislation of general application inapplicable to band because it interferes with band's treaty right to hunt — Whether provincial legislation nonetheless applicable by virtue of s. 88 of Indian Act — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88 — Wildlife Act, S.B.C. 1982, c. 57, s. 27(1)(d), (e).

R. v. MORRIS, 915.

## CONTRACTS

Commercial contracts — Insurer in breach of disability insurance contract — Whether insured entitled to damages for mental distress.

FIDLER v. SUN LIFE ASSURANCE CO. OF CANADA, 3.

## CRIMINAL LAW

1. Breach of trust by public officer — Elements of offence — Whether accused's actions rose to level of seriousness required to establish actus reus of offence — Whether accused intended to use public office for purpose other than public good — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 122.

R. v. BOULANGER, 49.

## CRIMINAL LAW — Continued

2. Defences — Self-defence — Victim stabbed during altercation between two groups — Accused testified that he feared for his safety and waved knife in self-defence — Trial judge found defence did not have air of reality and refused to charge jury with defence of self-defence under s. 34(1) of Criminal Code — Accused convicted of manslaughter — Court of Appeal erred in upholding trial judge's decision to not put defence of self-defence before jury — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34(1).

R. v. KONG, 347.

3. Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — No dissent on question of law alone — Appeal quashed.

R. v. HAZOUT, 361.

4. Sentencing — Probation — Accused convicted of entering a dwelling house with intent to commit sexual assault and sentenced to incarceration followed by two years of probation subject to conditions — Probation order requires accused to abstain from consumption and possession of alcohol and non-prescription narcotics and to provide bodily substances on demand by probation officer or peace officer to monitor compliance with abstention condition — Whether sentencing judge had jurisdiction under Criminal Code to authorize search and seizure of bodily substances as part of probation order — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 732.1(3)(c), 732.1(3)(h).

R. v. SHOKER, 399.

5. Appeals — Powers of Court of Appeal — Curative provision — Accused charged with unlawfully producing cannabis — Jury convicting accused following trial judge's direction they had to convict — Whether trial judge deprived accused of his right to trial by jury — If so, whether curative provision of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. KRIEGER, 501.

6. Evidence — Criminal negligence — Assessment of evidence.

R. v. R.D., 610.

7. Attempted conspiracy — Whether offence of attempted conspiracy to commit substantive offence exists in Canadian criminal law.

R. v. DÉRY, 669.

8. Evidence — Fresh evidence — Due diligence — Evidence not adduced at sentencing hearing because of lack of co-operation between Crown and police — Whether it is in interests of justice to allow Crown to introduce this fresh evidence on appeal.

R. v. ANGELILLO, 728.

## CRIMINAL LAW — Concluded

9. Sentencing — Consideration of other offences — Accused sentenced to term of imprisonment of two years less day to be served in community — New charges laid against him in relation to new offences committed while he was waiting to be sentenced — Whether court sentencing accused may consider evidence of facts tending to establish commission of another offence in respect of which accused has been charged but not convicted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 725, 742.1.

R. v. ANGELILLO, 728.

10. Sentencing — Uncharged offences — Accused participating in criminal operation that exported cannabis in U.S. and repatriated proceeds to Canada — Accused pleading guilty on two counts — Sentencing judge applying s. 725(1)(c) of Criminal Code dealing with uncharged offences in determining sentence — Whether sentencing judge entitled to apply s. 725(1)(c) without Crown's consent — Whether uncharged offences considered by sentencing judge met connexity and jurisdictional requirements of s. 725(1)(c) — Relevance of international comity in exercising discretion conferred by s. 725(1)(c) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 725(1)(c).

R. v. LARCHE, 762.

11. Evidence — Hearsay — Admissibility — Trial judge admitting deceased complainants' hearsay statements to police into evidence — Whether statements admissible under principled exception to hearsay rule — Factors to be considered in determining whether hearsay statements sufficiently reliable to be admissible.

R. v. KHELAWON, 787.

## DAMAGES

1. Compensatory damages — Damages for mental distress — Breach of contract — Insurer wrongly terminating insured's long-term disability benefits for more than five years — Whether insured entitled to damages for mental distress.

FIDLER v. SUN LIFE ASSURANCE CO. OF CANADA, 3.

2. Punitive damages — Breach of contract — Insurer wrongly terminating insured's long-term disability benefits for more than five years — Whether insured entitled to punitive damages.

FIDLER v. SUN LIFE ASSURANCE CO. OF CANADA, 3.

## EXTRADITION

Committal hearings — Evidence — Powers of extradition judge — Whether extradition judge can weigh evidence and refuse to extradite if evidence unreliable or unavailable for trial — Sufficiency of evidence for extradition purposes — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 29(1).

UNITED STATES OF AMERICA v. FERRAS; UNITED STATES OF AMERICA v. LATTY, 77.

## FAMILY LAW

Maintenance — Child support — Retroactive support — Whether court can make retroactive child support order — If so, in what circumstances is it appropriate to do so — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.1, 17, 25.1 — Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 1 to 4, 9, 10, 14, 25 — Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, c. P-1.

D.B.S. v. S.R.G.; L.J.W. v. T.A.R.; HENRY v. HENRY; HIEMSTRA v. HIEMSTRA, 231.

## INSURANCE

Breach of contract — Damages — Insurer wrongly terminating insured's long-term disability benefits for more than five years — Whether insured entitled to damages for mental distress and punitive damages.

FIDLER v. SUN LIFE ASSURANCE CO. OF CANADA, 3.

## INTELLECTUAL PROPERTY

1. Copyright — Infringement — Right to reproduce work — Newspaper publishers reproducing in databases and CD-ROMs articles by freelance and staff writers published in newspapers — Freelance author bringing class action against newspaper publishers for copyright infringement — Whether newspaper publishers entitled to reproduce in databases and CD-ROMs freelance articles acquired for publication in newspapers and staff written articles — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1).

ROBERTSON v. THOMSON CORP., 363.

2. Copyright — Licences — Whether licence from freelance author granting right to newspaper publishers to republish

## INTELLECTUAL PROPERTY — Concluded

his or her articles in databases and CD-ROMs must be in writing — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 13.

ROBERTSON v. THOMSON CORP., 363.

3. Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Generic manufacturer applying in 1993 for notice of compliance to manufacture and sell copy-cat version of drug containing omeprazole — Original drug sold in Canada from 1989 to 1996 — Innovator drug company continuing to list new patents associated with drug even though it had withdrawn drug from market and had marketed no related products — Generic manufacturer's notice of compliance establishing bioequivalence with 1989 version of drug — Whether generic manufacturer was required to address new listed patents — Whether s. 5(1) of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations refers to actual comparator drug copied by generic manufacturer or to drug in any of its formulations — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, s. 55.2(4) — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4(1), (5), 5(1).

ASTRAZENECA CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH), 560.

## LAW OF PROFESSIONS

1. Barristers and solicitors — Solicitor-client privilege — Litigation privilege — Distinction between solicitor-client privilege and litigation privilege — Nature, scope and duration of litigation privilege.

BLANK v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE), 319.

2. Ethics — Syndic's powers of investigation — Injunction — Syndic of Ordre des pharmaciens requiring manufacturer of generic drugs to provide him with any documents indicating that rebates, discounts or other benefits had been granted to pharmacists — Whether power of inquiry provided for in s. 122 of Professional Code authorizes syndic of professional order to request information from persons who are not members of that order — Whether, where third party refuses to provide requested information, syndic may seek injunction pursuant to Code of Civil Procedure — Professional Code, R.S.Q., c. C-26, ss. 2, 122, 191 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 751.

PHARMASCIENCE INC. v. BINET, 513.

## MARITIME LAW

Scope — Pleasure craft — Limitation of liability — Boat being prepared for transport on highway — Boat owner using bungee cord to secure engine cover — Plaintiff suffering personal injury when metal hook at end of bungee cord struck him in eye — Plaintiff bringing action in damages against boat owner — Whether limitation of liability provision contained in federal shipping legislation applicable — Whether plaintiff's claim falling within ambit of federal maritime law — Canada Shipping Act, R.S.C. 1985, c. S-9, s. 577.

ISEN v. SIMMS, 349.

## MARITIME LAW — Concluded

## PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Foreign judgments — Recognition and enforcement of foreign non-monetary judgments — Whether common law should be changed to permit enforcement of foreign non-monetary judgments — Considerations relevant to recognition and enforcement of such judgments or orders.

PRO SWING INC. v. ELTA GOLF INC., 612.

## STATUS OF PERSONS

Legal persons — Dissolution and liquidation — Forced dissolution of non-profit corporation constituted by letters patent under Part III of Quebec Companies Act — Whether suppletive scheme for dissolution and liquidation of legal persons set out in Civil Code of Québec applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 300, 334, 355, 361 — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 829.

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS ACÉRICOLES DU QUÉBEC v. REGROUPEMENT POUR LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS DE L'ÉRABLE INC., 591.

## TAXATION

Income tax — Computation of business income — Capital losses — Discount on certain obligations — Foreign exchange losses — Debentures issued by taxpayer companies in U.S. dollars — Appreciation of U.S. dollar against Canadian dollar resulted in foreign exchange losses on redemption of debt obligations — Whether s. 20(1)(f) of Income Tax Act permits deductions from income of foreign exchange losses incurred on redemption of debt obligations — Whether s. 20(1)(f) limited to deduction of original issue discounts — Whether foreign exchange losses constitute capital losses pursuant to s. 39(2)

**TAXATION** — Concluded

of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 20(1)(f), 39(2).

IMPERIAL OIL LTD. v. CANADA; INCO LTD. v. CANADA, 447.

# INDEX


## ACCÈS À L'INFORMATION

1. Exemptions — Secret professionnel de l'avocat — Accès à des documents en vue de déterminer s'ils doivent être divulgués en vertu de la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée — Les documents peuvent-ils être divulgués à l'avocate de l'auteure de la demande en dépit de la revendication du secret professionnel de l'avocat? — La Cour divisionnaire est-elle liée par les dispositions de la loi interdisant au Commissaire de divulguer les documents avant qu'une décision finale soit rendue? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 19.

GOODIS C. ONTARIO (MINISTÈRE DES SERVICES CORRECTIONNELS), 32.

2. Exemptions — Secret professionnel de l'avocat — Distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige — Requérant demandant l'accès à des documents relatifs à des poursuites intentées contre lui et une société pour des infractions réglementaires fédérales — Annulation des accusations ou arrêt des procédures — Accès refusé par le gouvernement pour divers motifs dont l'exemption du secret professionnel de l'avocat prévue à l'art. 23 de la Loi sur l'accès à l'information — Les documents protégés par le privilège relatif au litige, continuent-ils à bénéficier de cette protection lorsque le litige prend fin? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 23.

BLANK C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 319.

---

## ASSURANCE

Violation de contrat — Dommages-intérêts — Assureur cessant à tort de verser à l'assurée les prestations d'invalidité de longue durée pendant plus de cinq ans — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour souffrance morale et des dommages-intérêts punitifs?

FIDLER C. SUN LIFE DU CANADA, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE, 3.

---

## CONTRATS

Contrats commerciaux — Violation du contrat d'assurance-invalidité par l'assureur — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour souffrance morale?

FIDLER C. SUN LIFE DU CANADA, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE, 3.

---

## DOMMAGES-INTÉRÊTS

1. Dommages-intérêts compensatoires — Dommages-intérêts pour souffrance morale — Violation de contrat — Assureur cessant à tort de verser à l'assurée les prestations d'invalidité de longue durée pendant plus de cinq ans — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts pour souffrance morale?

FIDLER C. SUN LIFE DU CANADA, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE, 3.

2. Dommages-intérêts punitifs — Violation de contrat — Assureur cessant à tort de verser à l'assurée les prestations d'invalidité de longue durée pendant plus de cinq ans — L'assurée a-t-elle droit à des dommages-intérêts punitifs?

FIDLER C. SUN LIFE DU CANADA, COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE, 3.

---

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Extradition — L'extradition des accusés vers les États-Unis, où ils sont passibles, s'ils sont reconnus coupables, d'une peine variant entre 10 ans d'emprisonnement et l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle, « choque-t-elle la conscience » des Canadiens? — Le refus du ministre de la Justice de demander des assurances quant à une plus grande réduction de peine compte tenu de la détention avant procès contrevient-il à la justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. FERRAS; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. LATTY, 77.

## DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

2. Charte des droits — Liberté de circulation — Droit de rester au Canada — Extradition — Les dispositions législatives en matière d'extradition concernant la preuve produite à l'audience relative à l'incarcération portent-elles atteinte au droit des Canadiens de rester au Canada? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 6 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 32(1)a), 33(3).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. FERRAS; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. LATTY, 77.

3. Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Les dispositions législatives en matière d'extradition concernant la preuve produite à l'audience relative à l'incarcération contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale applicables à l'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 29(1), 32(1)a) et b), 33.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. FERRAS; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. LATTY, 77.

4. Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Extradition — Audiences relatives à l'incarcération — Les dispositions législatives en matière d'extradition concernant la preuve produite à l'audience relative à l'incarcération permettent-elles une extradition fondée sur des éléments de preuve non disponibles? — Dans l'affirmative, ces dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale applicables à l'extradition? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 29, 32(1)b).

ÉTATS-UNIS DU MEXIQUE C. ORTEGA; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. FIESSEL, 120.

5. Partage des compétences — Navigation et bâtiments ou navires — Champ d'application — Embarcation de plaisance — Préparation d'un bateau en vue de son transport par route — Utilisation par le propriétaire du bateau d'un câble élastique pour fixer le couvercle du moteur — Blessures subies par le demandeur lorsqu'il a reçu dans l'œil un crochet en métal se trouvant à l'extrémité du câble élastique — Bénéfice de la disposition de limitation de la responsabilité figurant dans une loi fédérale concernant les bâtiments et navires invoqué par le propriétaire du bateau — La question relève-t-elle du pouvoir de légiférer du fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires ou du pouvoir de la province de légiférer sur la propriété et les droits civils? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92(13).

ISEN C. SIMMS, 349.

6. Charte des droits — Droit à un procès avec jury — Accusé inculpé de production illégale de cannabis — Juge du procès donnant aux jurés la directive de prononcer une déclaration de culpabilité et leur indiquant qu'ils sont tenus de suivre cette directive — L'accusé a-t-il été privé de son droit constitutionnel à un procès avec jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).

R. C. KRIEGER, 501.

7. Indiens — Loi provinciale sur la faune — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Les mesures législatives provinciales d'application générale qui sont valides sont-elles inapplicables à la bande du fait qu'elles portent atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles néanmoins applicables par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88 — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e).

R. C. MORRIS, 915.

## DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

## DROIT CRIMINEL

1. Abus de confiance par un fonctionnaire — Éléments de l'infraction — Les actions de l'accusé atteignent-elles le degré de gravité requis pour établir l'actus reus de l'infraction? — L'accusé avait-il l'intention d'user de sa charge publique dans un but autre que l'intérêt public? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 122.

R. C. BOULANGER, 49.

2. Moyens de défense — Légitime défense — Victime poignardée au cours d'une altercation entre deux groupes — Témoignage de l'accusé portant qu'il avait agi en état de légitime défense en brandissant un couteau parce qu'il craignait pour sa sécurité — Juge du procès ne jugeant pas ce moyen de défense vraisemblable et refusant de donner des directives au jury sur la légitime défense prévue à l'art. 34(1) du Code criminel — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Décision du juge du procès de ne pas soumettre la question de la légitime défense au jury confirmée à tort par la Cour d'appel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34(1).

R. C. KONG, 347.

3. Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Absence de dissidence sur une question de droit seulement — Appel cassé.

R. C. HAZOUT, 361.

## DROIT CRIMINEL — Suite

4. Détermination de la peine — Probation — Accusé déclaré coupable d'introduction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre une agression sexuelle et condamné à une peine d'emprisonnement suivie d'une période de probation de deux ans assortie de certaines conditions — Ordonnance de probation intimant à l'accusé de s'abstenir de consommer et de posséder de l'alcool et des narcotiques non vendus sur ordonnance et de fournir, à la demande d'un agent de probation ou d'un agent de la paix, des échantillons de substances corporelles permettant de vérifier si la condition interdisant la consommation et la possession de ces substances est respectée — Le Code criminel habilite-t-il un juge chargé de la détermination de la peine à autoriser le prélèvement de substances corporelles dans le cadre d'une ordonnance de probation? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 732.1(3)c), 732.1(3)h).

R. c. SHOKER, 399.

5. Appels — Pouvoirs d'une cour d'appel — Disposition réparatrice — Accusé inculpé de production illégale de cannabis — Accusé déclaré coupable par le jury à la suite d'une directive du juge du procès enjoignant à celui-ci de prononcer une déclaration de culpabilité — Le juge du procès a-t-il privé l'accusé de son droit à un procès avec jury? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice du Code criminel s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. c. KRIEGER, 501.

6. Preuve — Négligence criminelle — Appréciation de la preuve.

R. c. R.D., 610.

7. Tentative de complot — L'infraction de tentative de complot en vue de commettre une infraction matérielle existe-t-elle en droit criminel canadien?

R. c. DÉRY, 669.

8. Détermination de la peine — Prise en considération d'autres infractions — Accusé condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour à purger dans la collectivité — Autres accusations portées contre lui à la suite de nouvelles infractions commises alors qu'il attendait le prononcé de sa peine — Le tribunal qui inflige une peine à un accusé peut-il prendre en compte des éléments de preuve tendant à démontrer la commission d'une autre infraction pour laquelle celui-ci a été inculpé mais n'a pas été condamné? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 725, 742.1.

R. c. ANGELILLO, 728.

9. Preuve — Éléments de preuve nouveaux — Diligence raisonnable — Éléments de preuve non présentés à l'audience de détermination de la peine en raison d'une absence de collaboration entre le ministère public et la force policière — Est-il dans l'intérêt de la justice d'autoriser le ministère public à introduire cette preuve nouvelle en appel?

R. c. ANGELILLO, 728.

## DROIT CRIMINEL — Fin

10. Détermination de la peine — Infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation — Participation de l'accusé à une opération criminelle consistant à exporter de la marijuana aux États-Unis et à en rapatrier au Canada le produit de la vente — Accusé plaidant coupable à deux chefs d'accusation — Pour la détermination de la peine, application par le juge de l'art. 725(1)c) du Code criminel relatif aux infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation — Le juge chargé de la détermination de la peine a-t-il le droit d'appliquer l'art. 725(1)c) sans le consentement du ministère public? — Les infractions n'ayant fait l'objet d'aucune accusation qui sont prises en compte par le juge chargé de la détermination de la peine satisfont-elles aux exigences de l'art. 725(1)c) sur le plan de la connexité et de la compétence? — Pertinence du principe de la courtoisie internationale quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 725(1)c) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 725(1)c).

R. c. LARCHE, 762.

11. Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Juge du procès admettant en preuve les déclarations relatées que des plaignants décédés avaient faites à la police — Ces déclarations étaient-elles admissibles en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire? — Facteurs à considérer pour décider si des déclarations relatées sont suffisamment fiables pour être admissibles.

R. c. KHELAWON, 787.

---

## DROIT DE LA FAMILLE

Pension alimentaire — Pensions alimentaires pour enfants — Pension alimentaire rétroactive — Un tribunal peut-il rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit d'un enfant? — Dans l'affirmative, quelles circonstances s'y prêtent? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15.1, 17, 25.1 — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 1 à 4, 9, 10, 14, 25 — Parentage and Maintenance Act, R.S.A. 2000, ch. P-1.

D.B.S. c. S.R.G.; L.J.W. c. T.A.R.; HENRY c. HENRY; HIEMSTRA c. HIEMSTRA, 231.

---

## DROIT DES AUTOCHTONES

1. Critère de l'arrêt Van der Peet — Sens de l'expression « culture distinctive ».

R. c. SAPPIER; R. c. GRAY, 686.

## DROIT DES AUTOCHTONES — Fin

2. Droits ancestraux — Droit de récolter du bois à des fins personnelles — Accusations de possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou de coupe illicite de bois sur de telles terres déposées au Nouveau-Brunswick contre des membres des premières nations malécite et mi'kmaq — Les terres de la Couronne où le bois a été récolté font partie du territoire traditionnel des premières nations concernées — Les Malécites et les Mi'kmaq possèdent-ils un droit ancestral les autorisant à récolter du bois à des fins personnelles sur les terres de la Couronne?

R. c. SAPPIER; R. c. GRAY, 686.

3. Biens situés sur une réserve — Insaisissabilité — Saisie-arrêt de fonds déposés dans une institution financière hors réserve demandée par un créancier d'une bande indienne — Fonds versés à la bande par le gouvernement fédéral en application d'une entente globale de financement — Les articles 89 et 90(1)b) de la Loi sur les Indiens rendent-ils les fonds insaisissables? — Les fonds sont-ils théoriquement « situés sur une réserve »? — Ont-ils été versés à la bande en vertu d'un « traité ou accord »? — Portée du mot « accord » employé à l'art. 90(1)b) de la Loi sur les Indiens — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 89, 90(1)b).

MCDIARMID LUMBER LTD. c. PREMIÈRE NATION DE GOD'S LAKE, 846.

4. Droits issus de traités — Droit de chasse — Deux membres de la bande indienne des Tsartlip accusés en vertu d'une loi provinciale sur la faune d'avoir chassé avec une arme à feu pendant les heures d'interdiction et d'avoir chassé à l'aide d'une source lumineuse — Le droit de chasse issu d'un traité comprend-il le droit de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse? — Les mesures législatives provinciales d'application générale portent-elles atteinte au droit de chasse conféré par traité à la bande? — Les mesures législatives provinciales sont-elles applicables à la bande par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens? — Wildlife Act, S.B.C. 1982, ch. 57, art. 27(1)d), e), 29 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.

R. c. MORRIS, 915.

---

## DROIT DES PERSONNES

Personnes morales — Dissolution et liquidation — Dissolution forcée d'une compagnie à but non lucratif constituée par lettres patentes en vertu de la partie III de la Loi sur les compagnies du Québec — Le régime supplétif de dissolution et de liquidation de personnes morales prévu au Code civil du Québec est-il applicable? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 300, 334, 355, 361 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 829.

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS ACÉRICOLES DU QUÉBEC c. REGROUPEMENT POUR LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS DE L'ÉRABLE INC., 591.

---

## DROIT DES PROFESSIONS

1. Avocats et procureurs — Secret professionnel de l'avocat — Privilège relatif au litige — Distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige — Nature, portée et durée du privilège relatif au litige.

BLANK c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE), 319.

2. Déontologie — Pouvoirs d'enquête du syndic — Injonction — Syndic de l'Ordre des pharmaciens exigeant d'un fabricant de médicaments génériques de lui fournir tout document indiquant que des rabais, ristournes ou autres avantages ont été accordés à des pharmaciens — Le pouvoir d'enquête prévu à l'art. 122 du Code des professions permet-il au syndic d'un ordre professionnel de demander des renseignements à des personnes qui ne sont pas membres de l'ordre? — Le refus d'un tiers de fournir les renseignements demandés permet-il au syndic de réclamer une injonction en vertu du Code de procédure civile? — Code des professions, L.R.Q., ch. C-26, art. 2, 122, 191 — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 751.

PHARMASCIENCE INC. c. BINET, 513.

---

## DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu d'entreprise — Pertes en capital — Rabais sur émission de certains titres — Pertes sur change — Sociétés contribuables émettant des débentures libellées en dollars américains — Augmentation de la valeur du dollar américain par rapport au dollar canadien à l'origine de pertes sur change lors du rachat de titres de créance — L'article 20(1)f) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet-il de déduire du revenu les pertes sur change subies lors du rachat de titres de créance? — L'article 20(1)f) n'autorise-t-il que la déduction de l'escompte initial d'émission? — Les pertes sur change constituent-elles des pertes en capital selon l'art. 39(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 20(1)f), 39(2).

CIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE c. CANADA; INCO LTÉE c. CANADA, 447.

---

## DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Jugements étrangers — Reconnaissance et exécution d'un jugement non pécuniaire étranger — Y a-t-il lieu de modifier la common law pour permettre l'exécution d'un jugement non pécuniaire étranger? — Considérations pertinentes pour la reconnaissance et l'exécution d'un jugement ou d'une ordonnance de cette nature.

PRO SWING INC. C. ELTA GOLF INC., 612.

## DROIT MARITIME

Champ d'application — Embarcation de plaisance — Limitation de responsabilité — Préparation d'un bateau en vue de son transport par route — Utilisation par le propriétaire du bateau d'un câble élastique pour fixer le couvercle du moteur — Blessures subies par le demandeur lorsqu'il a reçu dans l'œil un crochet en métal se trouvant à l'extrémité du câble élastique — Action en dommages-intérêts intentée par le demandeur contre le propriétaire du bateau — La disposition de limitation de la responsabilité figurant dans une loi fédérale concernant la marine marchande est-elle applicable? — La créance du demandeur relève-t-elle du champ d'application du droit maritime fédéral? — Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. 1985, ch. S-9, art. 577.

ISEN C. SIMMS, 349.

## EXTRADITION

Audiences relatives à l'incarcération — Preuve — Pouvoirs du juge d'extradition — Le juge d'extradition peut-il soupeser la preuve et refuser d'ordonner l'incarcération si la preuve n'est pas fiable ou n'est pas disponible pour le procès? — Caractère suffisant de la preuve pour l'extradition — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 29(1).

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. FERRAS; ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. LATTY, 77.

## FAILLITE ET INSOLVABILITÉ

1. Procédure — Action contre un séquestre intérimaire — Disposition législative sur la faillite interdisant l'engagement de procédures contre un séquestre intérimaire sans autorisation judiciaire préalable — Permission demandée par un syndicat en vue d'être autorisé à déposer contre un séquestre intérimaire une requête touchant le statut d'« employeur successeur » — Le critère énoncé dans l'arrêt Mancini est-il applicable? — Un critère différent s'applique-t-il lorsque le litige a trait aux obligations du séquestre envers les employés syndiqués du débiteur? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 215.

SOCIÉTÉ DE CRÉDIT COMMERCIAL GMAC — CANADA C. T.C.T. LOGISTICS INC., 123.

2. Tribunal de faillite — Compétence — Les juges de faillite sont-ils incompétents pour décider si un séquestre intérimaire est un employeur successeur pour l'application des lois provinciales sur les relations de travail? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 47, 72(1).

SOCIÉTÉ DE CRÉDIT COMMERCIAL GMAC — CANADA C. T.C.T. LOGISTICS INC., 123.

## PROCÉDURE CIVILE

1. Déclaration d'inhabilité d'un avocat à occuper — Avocats des demanderesses saisissant dans les locaux des défenderesses, conformément à une ordonnance Anton Piller, des documents électroniques dont certains se sont par la suite révélés assujettis au privilège avocat-client — Avocats des demanderesses effectuant un examen partiel des documents — Défenderesses demandant que les avocats des demanderesses soient déclarés inhabiles à occuper — Les demanderesses ont-elles l'obligation de réfuter la présomption de préjudice? — Y a-t-il lieu de déclarer les avocats des demanderesses inhabiles à occuper?

CELANESE CANADA INC. C. MURRAY DEMOLITION CORP., 189.

2. Ordonnance Anton Piller — Conditions applicables à l'ordonnance — Lignes directrices applicables à la préparation et à l'exécution de l'ordonnance.

CELANESE CANADA INC. C. MURRAY DEMOLITION CORP., 189.

3. Appels — Cour suprême du Canada — Sursis — Jugement de la Cour d'appel déclarant constitutionnelles les modifications législatives interdisant aux employés d'un conseil scolaire de briguer un poste de conseiller scolaire où que ce soit dans la province — Requérants et autres employés du conseil scolaire devenus inhabiles à occuper leur poste de conseiller à la suite de cette décision — Requérants portant en appel le jugement de la Cour d'appel et déposant une requête en sursis d'exécution de ce jugement jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande d'autorisation d'appel — Requête accordée — Ordonnance de sursis soustrayant à l'application de la mesure législative pertinente

## PROCÉDURE CIVILE — Fin

les employés d'un conseil scolaire qui occupent actuellement un poste de conseiller scolaire à la suite d'une élection valide — Mesure législative pertinente non suspendue et demeurant opérante dans tous les autres cas.

BAIER C. ALBERTA, 311.

4. Recours collectifs — Membres du groupe — Articles de pigistes et d'employés publiés dans un journal reproduits par les éditeurs du journal dans des bases de données et sur des CD-ROM — Recours collectif pour violation du droit d'auteur intenté par les auteurs pigistes contre les éditeurs du journal — Les employés auraient-ils dû être autorisés à participer au recours collectif?

ROBERTSON C. THOMSON CORP., 363.

5. Dépens — Primes de risque — Avocat ayant représenté les demandeurs dans une longue action en dommages-intérêts pour préjudice corporel sans être rémunéré en raison de l'impécuniosité de ses clients — Dénégation de responsabilité par les défendeurs — Les dépens payables aux demandeurs par les défendeurs ayant succombé peuvent-ils être majorés pour tenir compte du risque de non-paiement couru par l'avocat des demandeurs? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 49, 57.01(1).

WALKER C. RITCHIE, 428.

6. Dépens — Honoraires extra-judiciaires — L'ordonnance de la Cour d'appel relative au paiement des honoraires extra-judiciaires doit-elle être retirée de son dispositif? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 477.

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS ACÉRICOLES DU QUÉBEC C. REGROUPEMENT POUR LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS DE L'ÉRABLE INC., 591.

## PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1. Droit d'auteur — Licences — La concession par un pigiste d'une licence accordant aux éditeurs de journaux le droit de reproduire ses articles dans des bases de données et sur des CD-ROM doit-elle être constatée par écrit? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 13.

ROBERTSON C. THOMSON CORP., 363.

2. Droit d'auteur — Violation — Droit de reproduire une œuvre — Articles de pigistes et d'employés publiés dans un journal reproduits par les éditeurs du journal dans des bases de données et sur des CD-ROM — Recours collectif pour violation du droit d'auteur intenté par les auteurs pigistes contre les éditeurs du journal — Les éditeurs de journaux peuvent-ils reproduire dans des bases de données électroniques et sur des CD-ROM les articles qu'ils acquièrent de pigistes en vue de les publier dans leurs journaux et les articles rédigés par leurs employés? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 3(1).

ROBERTSON C. THOMSON CORP., 363.

3. Brevets — Médicaments brevetés — Avis de conformité — Demande d'avis de conformité en 1993 par un fabricant de produits génériques en vue de la fabrication et de la vente d'une copie d'une drogue contenant de l'oméprazole — Vente de la drogue originale au Canada de 1989 à 1996 — Société pharmaceutique innovatrice continuant à inscrire de nouveaux brevets relativement à la drogue même si elle l'avait retirée du marché et n'avait commercialisé aucun produit connexe — Bioéquivalence avec la version de 1989 de la drogue établie par l'avis de conformité du fabricant de produits génériques — Le fabricant de produits génériques doit-il traiter des nouveaux brevets inscrits au registre? — Le paragraphe 5(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) renvoie-t-il à la véritable drogue de comparaison copiée par le fabricant de produits génériques ou à la drogue dans toutes ses formulations? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 55.2(4) — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(1), (5), 5(1).

ASTRAZENECA CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ), 560.