



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2010 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 2010 Vol. 2**

**Cited as [2010] 2 S.C.R. 3-272**

**Renvoi [2010] 2 R.C.S. 3-272**

---

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
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 / Arrêtiiste en chef  
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	REMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	

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

Jurilinguists / Jurilinguistes		
STEPHEN BALOGH	MARIE-LUC SIMONEAU	ROSALIE TO-THANH-HIEN
MARIE RODRIGUE		CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE DELORME	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

*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.*

## CONTENTS

### **Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada ..... 245**

Insurance — Liability insurance — Insurer's duty to defend — Commercial general liability policy — Scope of coverage — Claims against insured for negligence in construction of buildings and for breach of contract — Insured alleging inadequate construction completed by subcontractors — Insurance policy covers property damage caused by an accident — Whether "property damage" limited to third-party property damage — Whether defective workmanship considered to be an "accident" — Whether insurer owes a duty to defend claims against insured.

Insurance — Liability insurance — Insurer's duty to defend — Policy exclusion — Whether exclusion for "work performed" includes work completed by subcontractors.

### **R. v. Cornell ..... 142**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Private home — Use of force — Police informed that two individuals believed to be members of violent criminal gang were running "dial-a-dope" cocaine trafficking operation — Police obtaining search warrants following investigation — Tactical team conducting unannounced, forced entry into accused's residence believed by police to be used in drug operation — Tactical team using hard entry to avoid destruction of evidence and to protect safety of police and public — Police finding cocaine in accused's room — Accused convicted of possession of cocaine for purpose of trafficking — Whether lawfully authorized search was conducted reasonably — Whether search unreasonable because tactical team members did not have copy of search warrant with it when entering residence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Criminal law — Search and seizure — Search warrants — Police tactical team conducting unannounced, forced entry into accused's residence — Tactical team members not having copy of search warrant with them when entering residence — Investigator who was physically present and close to accused's residence had copy of warrant — Whether police complied with requirements of s. 29 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

### **R. v. Levigne ..... 3**

Criminal law — Sexual offences — Luring a child — Presumption that accused believed interlocutor is underage — Reasonable steps requirement to determine if interlocutor underage — Accused communicating by computer with police officer posing as 13-year-old boy — Communication indicating accused's desire to engage in explicit sexual activity — "Boy" insisting he was

## SOMMAIRE

### **Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard ..... 245**

Assurance — Assurance de responsabilité — Obligation de défendre de l'assureur — Police d'assurance de responsabilité civile des entreprises — Portée de la protection — Poursuites contre l'assuré pour négligence dans la construction d'édifices et pour rupture de contrat — Pour l'assuré, des sous-traitants ont fait les travaux de construction inadéquats — Police d'assurance couvre les dommages matériels causés par un accident — Les « dommages matériels » sont-ils limités aux dommages causés aux biens d'autrui? — La malfaçon est-elle considérée comme un « accident »? — L'assureur a-t-il l'obligation de défendre l'assuré poursuivi?

Assurance — Assurance de responsabilité — Obligation de défendre de l'assureur — Exclusions prévues à la police — L'exclusion relative aux « travaux exécutés » vise-t-elle notamment les travaux exécutés par des sous-traitants?

### **R. c. Cornell ..... 142**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et perquisition — Maison privée — Utilisation de la force — Policiers informés que deux individus qu'on croit membres d'un gang de criminels violents exploitaient un réseau de vente de drogue sur appel de cocaïne — Obtention par les policiers de mandats de perquisition à la suite d'une enquête — Entrée par la force et sans s'annoncer par l'escouade tactique dans la résidence de l'accusé que les policiers croyaient être le théâtre d'un trafic de drogues — Entrée musclée par l'escouade tactique pour éviter la destruction des éléments de preuve et assurer la sécurité des policiers et du public — Cocaïne trouvée par les policiers dans la chambre de l'accusé — Accusé déclaré coupable de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic — La perquisition autorisée par la loi a-t-elle été menée de manière abusive? — La perquisition a-t-elle été menée de manière abusive parce que les membres de l'escouade tactique n'avaient pas de copie du mandat de perquisition avec eux lorsqu'ils sont entrés dans la résidence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit criminel — Fouille et perquisition — Mandats de perquisition — Entrée par la force et sans s'annoncer par l'escouade tactique de la police dans la résidence de l'accusé — Membres de l'escouade tactique non munis d'une copie du mandat de perquisition lors de leur entrée dans la résidence — Enquêteur, physiquement présent et proche de la résidence de l'accusé, était muni d'une copie du mandat — Les policiers se sont-ils conformés aux exigences de l'art. 29 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46?

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

13 notwithstanding profile stating his age to be 18 — Accused taking no steps to ascertain interlocutor's real age — Arrangements made to meet for anticipated sexual encounter — Accused arrested and charged with "luring a child" — Accused's acquittals overturned on appeal — Whether trial judge bound by combined effect of presumption of belief in s. 172.1(3) of Criminal Code and reasonable steps requirement in s. 172.1(4) to find that accused believed he was communicating by computer with an underage interlocutor — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1.

### **R. v. Pickton ..... 198**

Criminal law — Trial — Fair trial — Charge to jury — Accused charged with several counts of first degree murder — Crown maintaining that accused actually shot and killed victims — Trial judge instructing jury that if they had reasonable doubt whether accused shot victims they should return not guilty verdict — Trial judge subsequently instructing jury following question during their deliberations that they could find that accused was killer if he "was otherwise an active participant" in killings — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's response to jury question undermined fairness of trial and occasioned miscarriage of justice — Whether instructions as a whole, including response to jury question, adequately conveyed law on potential routes to criminal liability.

### **R. v. Shea ..... 17**

Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Leave to appeal — Three-judge panel of Court of Appeal overturning decision rendered by one of its judges and granting accused's motion for extension of time to serve and file notice of appeal against his conviction — Crown seeking leave to appeal, challenging jurisdiction of Court of Appeal to overturn decision rendered by one of its judges — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain leave application — If so, whether leave to appeal raised question of sufficient importance — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

### **Syndicat de la fonction publique du Québec v.**

### **Quebec (Attorney General) ..... 61**

Labour relations — Wrongful dismissal — Recourse — Jurisdiction of arbitrator or Commission des relations du travail — Arbitration procedure provided for in collective agreement with respect to dismissal not available to employees without job security — Act respecting labour standards establishing recourse before Commission des relations du travail in case of dismissal without good and sufficient

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Levigne ..... 3**

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Leurre — Présomption selon laquelle l'accusé croyait que son interlocuteur n'avait pas atteint l'âge fixé — Obligation de prendre des mesures raisonnables pour déterminer si l'interlocuteur a atteint l'âge fixé — Accusé ayant communiqué au moyen d'un ordinateur avec un policier se faisant passer pour un jeune de 13 ans — Communication témoignant du désir de l'accusé de se livrer à une activité au caractère sexuel explicite — « Jeune » affirmant être âgé de 13 ans, malgré son profil lui attribuant 18 ans — Accusé n'ayant pris aucune mesure pour s'assurer de l'âge réel de son interlocuteur — Dispositions prises pour un rendez-vous sexuel attendu — Accusé arrêté et inculpé de « leurre » — Acquittements de l'accusé infirmés en appel — Le juge du procès était-il tenu, par l'effet combiné de la présomption de croyance établie à l'art. 172.1(3) du Code criminel et de l'obligation de prendre des mesures raisonnables édictée à l'art. 172.1(4), de conclure que l'accusé croyait communiquer par ordinateur avec un interlocuteur n'ayant pas atteint l'âge fixé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 172.1.

### **R. c. Pickton ..... 198**

Droit criminel — Procès — Procès équitable — Exposé au jury — Accusé inculpé de plusieurs chefs de meurtre au premier degré — Ministère public soutenant que l'accusé a effectivement abattu d'un coup de feu les victimes — Directive du juge du procès aux jurés leur indiquant qu'ils devaient rendre un verdict d'acquiescement s'ils avaient un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé avait abattu ou non les victimes — Directive ultérieure du juge du procès indiquant aux jurés, à la suite d'une question de ces derniers durant leurs délibérations, qu'ils pouvaient conclure que l'accusé était le tueur s'il avait « autrement participé activement » à l'infliction de la mort aux victimes — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — La réponse du juge du procès à la question du jury a-t-elle compromis l'équité du procès et provoqué un déni de justice? — Est-ce que les directives dans leur ensemble, y compris la réponse à la question du jury, ont exposé correctement aux jurés les règles de droit sur les divers fondements permettant d'imputer la responsabilité criminelle en l'espèce?

### **R. c. Shea ..... 17**

Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Demande d'autorisation d'appel — Décision rendue par un juge de la même cour infirmée par une formation de trois juges de la Cour d'appel et requête de l'accusé visant la prorogation du délai pour signifier et déposer un avis d'appel de sa déclaration de culpabilité accueillie — Demande d'autorisation d'interjeter appel du ministère

## CONTENTS (Continued)

cause, except where equivalent remedial procedure provided for elsewhere in legislation or in agreement — Grievances filed in which employees complained they had been dismissed without good and sufficient cause — Whether labour standard prohibiting wrongful dismissal implicitly incorporated into collective agreement — Whether arbitrator or Commission has jurisdiction over complaint — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.

### **Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy v. Québec (Attorney General) ..... 123**

Labour relations — Wrongful dismissal — Recourse — Jurisdiction of arbitrator or Commission des relations du travail — Act respecting labour standards establishing recourse before Commission des relations du travail in case of dismissal without good and sufficient cause, except where equivalent remedial procedure provided for elsewhere in legislation or in agreement — Grievance filed in which it was alleged that withdrawal of employee's employment priority constituted dismissal without good and sufficient cause — Whether labour standard prohibiting wrongful dismissal implicitly incorporated into collective agreement — Whether arbitrator or Commission has jurisdiction over complaint — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.

### **Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières v. Université du Québec à Trois-Rivières ..... 132**

Labour relations — Wrongful dismissal — Recourse — Jurisdiction of arbitrator or Commission des relations du travail — Act respecting labour standards establishing recourse before Commission des relations du travail in case of dismissal without good and sufficient cause, except where equivalent remedial procedure provided for elsewhere in legislation or in agreement — Grievance filed in which it was alleged that non-renewal of employee's contract amounted to dismissal without good and sufficient cause — Whether collective agreement provides for recourse equivalent to one provided for in statute — Whether labour standard prohibiting wrongful dismissal implicitly incorporated into collective agreement — Whether arbitrator or Commission has jurisdiction over complaint — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.

### **Vancouver (City) v. Ward ..... 28**

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Damage award as remedy for breach of rights — Quantum — Claimant strip searched and his car seized in violation of his constitutional rights — Whether claimant entitled to damages as remedy under s. 24(1) of Canadian

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

public, contestant la compétence de la Cour d'appel d'infirmier une décision rendue par un de ses propres juges — La Cour suprême a-t-elle compétence pour se pencher sur la demande d'autorisation d'appel? — Si oui, la demande d'autorisation d'appel soulève-t-elle une question suffisamment importante? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

### **Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général) ..... 61**

Relations de travail — Congédiement injustifié — Recours — Compétence de l'arbitre ou de la Commission des relations du travail — Employés à statut précaire ne bénéficiant pas de la procédure d'arbitrage prévue à la convention collective en cas de congédiement — Loi sur les normes du travail accordant un recours en cas de renvoi sans cause juste et suffisante devant la Commission des relations du travail, sauf s'il existe une procédure de réparation équivalente ailleurs dans une loi ou une convention — Dépôt de griefs par les employés se plaignant d'un congédiement sans cause juste et suffisante — La norme du travail interdisant le congédiement injustifié est-elle incorporée implicitement dans la convention collective? — La plainte relève-t-elle de la compétence de l'arbitre ou de la Commission? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.

### **Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy c. Québec (Procureur général) ..... 123**

Relations de travail — Congédiement injustifié — Recours — Compétence de l'arbitre ou de la Commission des relations du travail — Loi sur les normes du travail accordant un recours en cas de renvoi sans cause juste et suffisante devant la Commission des relations du travail, sauf s'il existe une procédure de réparation équivalente ailleurs dans une loi ou une convention — Dépôt d'un grief alléguant que le retrait de la priorité d'emploi à un employé constitue un congédiement sans cause juste et suffisante — La norme du travail interdisant le congédiement injustifié est-elle incorporée implicitement dans la convention collective? — La plainte relève-t-elle de la compétence de l'arbitre ou de la Commission? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.

### **Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières ..... 132**

Relations de travail — Congédiement injustifié — Recours — Compétence de l'arbitre ou de la Commission des relations du travail — Loi sur les normes du travail accordant un recours en cas de renvoi sans cause juste et suffisante devant la Commission des relations du travail, sauf s'il existe une procédure de réparation équivalente ailleurs dans une loi ou une convention — Dépôt d'un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Charter of Rights and Freedoms — If so, how should quantum of damages be assessed.

## SOMMAIRE (Fin)

grief alléguant que le non-renouvellement du contrat de l'employée équivaut à un congédiement sans cause juste et suffisante — La convention collective prévoit-elle un recours équivalent à celui prévu à la loi? — La norme du travail interdisant le congédiement injustifié est-elle incorporée implicitement dans la convention collective? — La plainte relève-t-elle de la compétence de l'arbitre ou de la Commission? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.

### **Vancouver (Ville) c. Ward ..... 28**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Dommages-intérêts accordés en réparation d'une atteinte aux droits — Quantum — Demandeur soumis à une fouille à nu et sa voiture saisie en violation de ses droits constitutionnels — Le demandeur est-il en droit d'obtenir des dommages-intérêts à titre de réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, comment le montant des dommages-intérêts devrait-il être fixé?



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 2, 2010**

**2<sup>e</sup> volume, 2010**



**Michell Rayal Levigne** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. LEVIGNE**

**2010 SCC 25**

File No.: 33450.

2010: May 17; 2010: July 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Sexual offences — Luring a child — Presumption that accused believed interlocutor is underage — Reasonable steps requirement to determine if interlocutor underage — Accused communicating by computer with police officer posing as 13-year-old boy — Communication indicating accused's desire to engage in explicit sexual activity — “Boy” insisting he was 13 notwithstanding profile stating his age to be 18 — Accused taking no steps to ascertain interlocutor's real age — Arrangements made to meet for anticipated sexual encounter — Accused arrested and charged with “luring a child” — Accused's acquittals overturned on appeal — Whether trial judge bound by combined effect of presumption of belief in s. 172.1(3) of Criminal Code and reasonable steps requirement in s. 172.1(4) to find that accused believed he was communicating by computer with an underage interlocutor — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1.*

The accused communicated by computer for a sexual purpose with an undercover police officer posing as a 13-year-old boy, “JG”. Throughout their online chat sessions, the accused reiterated his wish to perform oral sex on JG. The accused eventually arranged to meet JG at a local restaurant where the accused, upon his arrival, was arrested and charged with “luring a child” under s. 172.1(1)(a) and (c) of the *Criminal Code*. By virtue of s. 172.1(3) of the *Code*, an accused is presumed by law, in

**Michell Rayal Levigne** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. LEVIGNE**

**2010 CSC 25**

N° du greffe : 33450.

2010 : 17 mai; 2010 : 15 juillet.

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

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

*Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Leurre — Présomption selon laquelle l'accusé croyait que son interlocuteur n'avait pas atteint l'âge fixé — Obligation de prendre des mesures raisonnables pour déterminer si l'interlocuteur a atteint l'âge fixé — Accusé ayant communiqué au moyen d'un ordinateur avec un policier se faisant passer pour un jeune de 13 ans — Communication témoignant du désir de l'accusé de se livrer à une activité au caractère sexuel explicite — « Jeune » affirmant être âgé de 13 ans, malgré son profil lui attribuant 18 ans — Accusé n'ayant pris aucune mesure pour s'assurer de l'âge réel de son interlocuteur — Dispositions prises pour un rendez-vous sexuel attendu — Accusé arrêté et inculpé de « leurre » — Acquittements de l'accusé infirmés en appel — Le juge du procès était-il tenu, par l'effet combiné de la présomption de croyance établie à l'art. 172.1(3) du Code criminel et de l'obligation de prendre des mesures raisonnables édictée à l'art. 172.1(4), de conclure que l'accusé croyait communiquer par ordinateur avec un interlocuteur n'ayant pas atteint l'âge fixé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 172.1.*

L'accusé a communiqué au moyen d'un ordinateur, dans un but sexuel, avec un agent d'infiltration de la police se faisant passer pour un jeune de 13 ans, « JG ». Tout le long de leurs sessions de clavardage, l'accusé réitérait son désir de faire une fellation à JG. L'accusé a finalement organisé une rencontre avec JG dans un restaurant du coin où, dès son arrivée, l'accusé a été arrêté et accusé de « leurre » en vertu des al. 172.1(1)(a) et (c) du *Code criminel*. Par l'effet du par. 172.1(3) du *Code*,

the absence of evidence to the contrary, to have believed that he was communicating with an underage sexual target and, under subs. (4), it is not a defence to a charge that the accused believed that the person was not underage, unless he took reasonable steps to ascertain the age of the person. At trial, the accused acknowledged that he took no steps to ascertain JG's real age and testified that he did not believe him to be 13 because his online profile indicated that he was 18, even though, at the very beginning of their chat, JG had informed the accused that the age on his profile was wrong. The trial judge acquitted the accused. He did not apply s. 172.1(4) because the accused's belief was not put forward as a defence and, with respect to subs. (3), concluded that it was reasonably possible that the accused, despite all indications, believed he was dealing with an adult who was representing himself as a 13-year-old. The Court of Appeal overturned the acquittals and substituted convictions, finding that the trial judge had misapprehended the combined effect of s. 172.1(3) and (4) of the *Code*, notably in failing to apply the requirement in subs. (4) to take reasonable steps to ascertain JG's age.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Read together and harmoniously with the overarching purpose of s. 172.1, the combined effect of subs. (3) and (4) should be understood and applied this way. Where it has been represented to the accused that the person with whom he or she is communicating by computer is underage, the accused is presumed to have believed that the interlocutor was in fact underage. This presumption is rebuttable: It will be displaced by evidence to the contrary, which must include evidence that the accused took steps to ascertain the real age of the interlocutor. Objectively considered, the steps taken must be reasonable in the circumstances. The prosecution will fail where the accused took reasonable steps to ascertain the age of his or her interlocutor and believed that the interlocutor was not underage. In this regard, the evidential burden is on the accused but the persuasive burden is on the Crown. Such evidence will at once constitute "evidence to the contrary" under s. 172.1(3) and satisfy the "reasonable steps" requirement of s. 172.1(4). Where the evidential burden of the accused has been discharged, he or she must be acquitted if the trier of fact is left with a reasonable doubt whether the accused in fact believed that his or her interlocutor was not underage.

In this case, the accused's convictions must be upheld. The "reasonable steps" invoked by the accused were in fact neither "reasonable" nor "steps to ascertain

un accusé est présumé, sauf preuve contraire, avoir cru communiquer dans un dessein sexuel avec un interlocuteur n'ayant pas atteint l'âge fixé et, aux termes du par. 172.1(4), le fait pour l'accusé de croire que la personne avait atteint l'âge fixé ne constitue un moyen de défense que s'il a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de la personne. Au procès, l'accusé a reconnu n'avoir pris aucune mesure pour s'assurer de l'âge réel de JG et a déclaré ne pas avoir cru qu'il avait 13 ans, car son profil en ligne indiquait qu'il en avait 18, bien que, au début de leurs échanges, JG ait informé l'accusé que l'âge indiqué dans son profil était faux. Le juge du procès a acquitté l'accusé. Il n'a pas appliqué le par. 172.1(4) parce que la croyance de l'accusé n'était pas invoquée comme moyen de défense et, à l'égard du par. 172.1(3), a conclu qu'il existait une possibilité raisonnable que l'accusé, malgré toutes les indications, ait cru qu'il parlait à un adulte qui se faisait passer pour un enfant de 13 ans. La Cour d'appel a infirmé les acquittements et y a substitué des déclarations de culpabilité, concluant que le juge du procès avait mal apprécié l'effet combiné des par. 172.1(3) et (4) du *Code*, notamment en omettant d'appliquer l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de JG édictée au par. 172.1(4).

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Voici quel devrait être le résultat de l'effet combiné des par. (3) et (4), pris ensemble et interprétés à la lumière de l'objet général de l'art. 172.1. Lorsque la personne avec laquelle l'accusé communique au moyen d'un ordinateur lui a été présentée comme n'ayant pas atteint l'âge fixé, l'accusé est présumé l'avoir cru telle. Cette présomption est réfutable : elle sera écartée par une preuve contraire établissant notamment que l'accusé a pris des mesures pour s'assurer de l'âge réel de l'interlocuteur. Ces mesures, considérées objectivement, doivent être raisonnables dans les circonstances. La poursuite échouera si l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de son interlocuteur et croyait que celui-ci avait atteint l'âge fixé. À cet égard, le fardeau de présentation de la preuve incombe à l'accusé, mais le fardeau de persuasion repose sur le ministère public. Ces éléments de preuve vont à la fois constituer une « preuve contraire » au sens du par. 172.1(3) et établir que les « mesures raisonnables » exigées au par. 172.1(4) ont été prises. Lorsque l'accusé s'est déchargé de son fardeau, il doit être acquitté s'il subsiste un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à savoir si l'accusé croyait en réalité que son interlocuteur avait atteint l'âge fixé.

En l'espèce, les déclarations de culpabilité de l'accusé doivent être confirmées. Les « mesures raisonnables » invoquées par l'accusé n'étaient en fait ni « raisonnables »

the age of the person” with whom he was communicating by computer for the avowed purpose of his own sexual gratification. Rather, they were circumstances which explain why he in fact took no steps to ascertain the actual age of JG. And this despite the latter’s repeated assertion that he was only 13.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397; *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 172.1, 686(4)(b)(ii).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Berger and Slatter JJ.A.), 2009 ABCA 359, 14 Alta. L.R. (5th) 248, 464 A.R. 200, 467 W.A.C. 200, 248 C.C.C. (3d) 337, 69 C.R. (6th) 282, [2009] A.J. No. 1192 (QL), 2009 CarswellAlta 1743, setting aside the accused’s acquittals entered by Clackson J., 2008 CarswellAlta 2292, and substituting convictions. Appeal dismissed.

*F. Kirk MacDonald*, for the appellant.

*James C. Robb, Q.C.*, and *Troy Couillard*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

## I

[1] This appeal concerns an Internet lurer who himself took the bait.

[2] The appellant communicated by computer for a sexual purpose with an undercover police officer posing as a 13-year-old. In virtue of s. 172.1(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, he is presumed by law to have believed that he was communicating with an underage sexual target.

[3] The constitutional validity of that presumption is not in issue. Rather, the outcome of the appeal

ni « des mesures [ . . . ] pour s’assurer de l’âge de la personne » avec laquelle il communiquait par ordinateur dans le but avoué d’assouvir ses propres désirs sexuels. Il s’agit plutôt de circonstances qui expliquent pourquoi il n’a effectivement pris aucune mesure pour s’assurer de l’âge véritable de JG, et ce malgré que ce dernier lui ait affirmé à plusieurs reprises n’avoir que 13 ans.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397; *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 172.1, 686(4)(b)(ii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges McFadyen, Berger et Slatter), 2009 ABCA 359, 14 Alta. L.R. (5th) 248, 464 A.R. 200, 467 W.A.C. 200, 248 C.C.C. (3d) 337; 69 C.R. (6th) 282, [2009] A.J. No. 1192 (QL), 2009 CarswellAlta 1743, qui a annulé les acquittements prononcés à l’égard de l’accusé par le juge Clackson, 2008 CarswellAlta 2292, et y a substitué des déclarations de culpabilité. Pourvoi rejeté.

*F. Kirk MacDonald*, pour l’appellant.

*James C. Robb, c.r.*, et *Troy Couillard*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

## I

[1] Le pourvoi concerne un cyberprédateur qui a lui-même mordu à l’appât.

[2] L’appellant a communiqué au moyen d’un ordinateur, dans un but sexuel, avec un agent d’infiltration de la police se faisant passer pour un jeune de 13 ans. Par l’effet du par. 172.1(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, il est présumé avoir cru communiquer, dans un dessein sexuel, avec un interlocuteur n’ayant pas atteint l’âge fixé.

[3] La validité constitutionnelle de cette présomption n’est pas contestée. L’issue du pourvoi dépend

turns on the combined effect of the presumption of belief and its close companion, the “reasonable steps” requirement set out in s. 172.1(4) of the *Code*.

[4] More particularly, the decisive question is whether the trial judge was bound by the combined effect of the two provisions to find that the appellant believed he was communicating by computer with an underage interlocutor. Like the Alberta Court of Appeal, I would answer that question in the affirmative.

[5] Accordingly, I would dismiss this appeal.

## II

[6] Briefly stated, these are the relevant facts.

[7] Over a period of weeks, from May to June 30, 2006, the appellant, Michell Rayal Levigne, then 46 years old, engaged in a series of sex-infused Internet chats with “etownjessy13” (or “Jessy G”, as he appears in the chat logs). “Jessy G” was in fact Detective Randy Wickins, an undercover officer who represented himself to the appellant, repeatedly and in the clearest of terms, as a 13-year-old student in Grade 7.

[8] During one sexually explicit exchange, for example, “Jessy G” asked:

[A]nd ur sure im 13 is not a prob . . . ?

And Mr. Levigne replied:

[I]t’ll be ok.<sup>1</sup>

[9] At trial, Mr. Levigne acknowledged under cross-examination that he took no steps to ascertain the real age of “Jessy G”:

Q. . . . can you try again to answer my question that you never said anything to Jesse to confirm his age, right?

<sup>1</sup> Here and below, I reproduce extracts from the appellant’s chats with “Jessy G” as they appear in the transcript.

plutôt de l’effet combiné de la présomption de croyance et de la règle qui y est accolée, soit l’obligation de prendre des « mesures raisonnables » édictée au par. 172.1(4) du *Code*.

[4] Plus précisément, la question déterminante est de savoir si, en raison de l’effet combiné des deux dispositions, le juge du procès était tenu de conclure que l’appellant croyait communiquer par ordinateur avec un interlocuteur n’ayant pas atteint l’âge fixé. À l’instar de la Cour d’appel de l’Alberta, je répondrais à cette question par l’affirmative.

[5] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## II

[6] Voici, en résumé, les faits pertinents.

[7] Pendant des semaines, du mois de mai au 30 juin 2006, l’appellant, Michell Rayal Levigne, alors âgé de 46 ans, s’est livré à des séances de clavardage à caractère sexuel avec « etownjessy13 » (ou « Jessy G », selon le journal de clavardage). « Jessy G » était en réalité le détective Randy Wickins, un agent d’infiltration qui s’est présenté à l’appellant, à maintes reprises et on ne peut plus clairement, comme un élève de 7<sup>e</sup> année âgé de 13 ans.

[8] Par exemple, au cours d’un échange au caractère sexuel explicite, « Jessy G » a demandé :

[TRADUCTION] [E]t tu sûr qu’y a pas de pb pq j’ai 13 ans . . . ?

Et M. Levigne de répondre :

[TRADUCTION] [Ç]a va être ok.<sup>1</sup>

[9] Au procès, M. Levigne a reconnu en contre-interrogatoire n’avoir pris aucune mesure pour s’assurer de l’âge réel de « Jessy G » :

[TRADUCTION]

Q. . . . pouvez-vous essayer encore une fois de répondre à ma question : vous n’avez jamais rien dit à Jesse pour confirmer son âge, n’est-ce pas?

<sup>1</sup> Ici et dans la suite des motifs, je reproduis des extraits des séances de clavardage de l’appellant avec « Jessy G », tels qu’ils figurent dans la transcription.

A. Not that I remember.

Q. And he never contradicted his age of 13, except for the profile?

A. Other than, I can't remember for sure, but other than what's on here.

[10] Mr. Levigne testified that he did not believe “Jessy G” was 13 because his online profile indicated that he was 18. But “Jessy G”, at the very beginning of their chat, had informed Mr. Levigne that the age on his profile was wrong:

Jessy G: im 13 u freak

bicuradv69: yr p[rofile] . . . says 18

Jessy G: yahoo wony let me make a profile if i say im 13 . . . suks

Jessy G: wont

bicuradv69: ya i here ya . . .

[11] Throughout their online chat sessions, Mr. Levigne reiterated his wish to perform oral sex on “Jessy G”. Hoping to make that wish come true, he eventually arranged to meet “Jessy G” at a local restaurant. Upon his arrival for the anticipated sexual encounter, Mr. Levigne was instead promptly arrested and charged with three offences. Only two are relevant here, one count each under s. 172.1(1)(a) and (c)<sup>2</sup> of the *Criminal Code*. Essentially, both counts alleged that Mr. Levigne communicated by computer with an underage person, or person whom he believed to be underage, for the purpose of facilitating the commission, with respect to that person, of an offence mentioned in the relevant subsection.

[12] The sole issue at trial, as the appellant puts it in his factum, “was whether or not the Appellant reasonably believed he was corresponding

R. Pas que je me souviene.

Q. Et il ne s'est jamais contredit sur le fait qu'il avait 13 ans, sauf dans son profil?

R. À part, je ne suis pas certain, à part ce qui est ici.

[10] M. Levigne a déclaré ne pas avoir cru que « Jessy G » avait 13 ans, car son profil en ligne indiquait qu'il en avait 18. Cependant, « Jessy G », au début de leurs échanges, avait informé M. Levigne que l'âge indiqué dans son profil était faux :

[TRADUCTION]

Jessy G : j'ai 13 ans espèce de vicieux

bicuradv69 : t p[rofil] [. . .] dit 18

Jessy G : yahoo ba pas me laisser faire un profil si j'dis que j'ai 13 [. . .] fait chier

Jessy G : va

bicuradv69 : ouais j'comprends . . .

[11] Tout le long de leurs sessions de clavardage, M. Levigne réitérait son désir de faire une fellation à « Jessy G ». Dans l'espoir de réaliser ce désir, il a finalement organisé une rencontre avec « Jessy G » dans un restaurant du coin. Or, dès son arrivée à ce rendez-vous sexuel attendu, M. Levigne a été arrêté et accusé de trois infractions, dont deux seules sont pertinentes en l'espèce, soit celles prévues aux al. 172.1(1)(a) et c)<sup>2</sup> du *Code criminel*. Essentially, les deux chefs d'accusation reprochent à M. Levigne d'avoir communiqué par ordinateur avec une personne n'ayant pas atteint l'âge fixé ou qu'il croyait telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction énumérée dans la disposition applicable.

[12] La seule question en litige au procès, selon le mémoire de l'appellant, [TRADUCTION] « était de savoir si, oui ou non, l'appellant croyait, pour des

<sup>2</sup> Here and throughout my reference is to s. 172.1(1)(c) as it read at the time of trial. It has since been renumbered as 172.1(1)(b) and amended to raise the underage requirement to 16 years from 14. And “underage” signifies under the threshold age of 18, 16 or 14 years, as the case may be, contemplated by s. 172.1.

<sup>2</sup> Ici et dans la suite des motifs, il s'agit de l'al. 172.1(1)c) tel qu'il était libellé au moment du procès. Cette disposition est devenue depuis l'al. 172.1(1)b), et la limite d'âge est passée de 14 ans à 16 ans. Et « n'ayant pas atteint l'âge fixé » signifie n'ayant pas atteint l'âge de 18, 16 ou 14 ans, selon la disposition applicable de l'art. 172.1.

with someone who was over 18 years of age” (para. 5).

[13] Understandably, the trial judge thus began his reasons, delivered orally, by noting that “it is the belief of the accused which is at issue” (2008 CarswellAlta 2292, at para. 4), and not the real age of the person with whom he was communicating by computer.

[14] The judge then turned his attention, in reverse order, to the presumption of belief created by s. 172.1(3) and the “reasonable steps” requirement imposed by 172.1(4). These provisions read as follows:

(3) Evidence that the person referred to in paragraph (1)(a), (b) or (c) was represented to the accused as being under the age of eighteen years, sixteen years or fourteen years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused believed that the person was under that age.

(4) It is not a defence to a charge under paragraph (1)(a), (b) or (c) that the accused believed that the person referred to in that paragraph was at least eighteen years of age, sixteen years or fourteen years of age, as the case may be, unless the accused took reasonable steps to ascertain the age of the person.

[15] In the judge’s view, subs. (4) had no application “because [Mr. Levigne’s] belief is not put forward as a defence, but rather is an essential element of the offence . . . which must be proved by the Crown beyond a reasonable doubt” (para. 6). As I shall later explain, this analytical framework overlooks the peculiar nature of s. 172.1 of the *Code*. And, quite properly, appellant’s counsel expressly acknowledges in this Court that “the trial judge erred in law by failing to consider the requirement for reasonable steps as mandated by s. 172.1(4)” (Appellant’s Factum, at para. 33).

[16] Having held that s. 172.1(4) was inapplicable, the trial judge next turned his attention to the presumption of belief created by s.172.1(3). In virtue of that provision, as we have just seen, evidence that

motifs raisonnables, qu’il correspondait avec une personne âgée de plus de 18 ans » (par. 5).

[13] Il n’est donc pas étonnant que le juge du procès ait précisé d’emblée, dans ses motifs prononcés de vive voix, que [TRADUCTION] « c’est la croyance de l’accusé qui est en cause » (2008 CarswellAlta 2292, par. 4), et non l’âge réel de la personne avec laquelle il communiquait par ordinateur.

[14] Le juge a ensuite traité, dans l’ordre inverse, de la présomption de croyance établie au par. 172.1(3) et de l’obligation de prendre des « mesures raisonnables » imposée par le par. 172.1(4). Ces dispositions sont ainsi libellées :

(3) La preuve que la personne visée aux alinéas (1)a, b) ou c) a été présentée à l’accusé comme ayant moins de dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l’accusé croyait, au moment de l’infraction présumée, qu’elle avait moins que cet âge.

(4) Le fait pour l’accusé de croire que la personne visée aux alinéas (1)a, b) ou c) était âgée d’au moins dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, ne constitue un moyen de défense contre une accusation fondée sur le paragraphe (1) que s’il a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la personne.

[15] Selon le juge, le par. (4) ne s’appliquait pas [TRADUCTION] « parce que la croyance de [M. Levigne] n’est pas invoquée comme moyen de défense, mais constitue plutôt un élément essentiel de l’infraction [. . .] que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable » (par. 6). Comme nous le verrons plus loin, ce cadre analytique ne tient pas compte de la nature particulière de l’art. 172.1 du *Code*. Et, à juste titre, l’avocat de l’appelant reconnaît expressément devant la Cour que [TRADUCTION] « le juge du procès a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de l’obligation de prendre des mesures raisonnables imposée par le par. 172.1(4) » (mémoire de l’appelant, par. 33).

[16] Ayant statué que le par. 172.1(4) était inapplicable, le juge du procès s’est ensuite penché sur la présomption de croyance établie au par. 172.1(3). Aux termes de cette disposition, reproduite

the person with whom the accused communicated was represented to the accused as being underage — which was plainly the case here — is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused *believed that the person was underage*.

[17] It is undisputed that, in a statutory provision of this sort, “evidence to the contrary”

does not impose an “ultimate” or “persuasive” burden of proof on the accused. The “evidence to the contrary” to which it refers must tend to show — but it need not prove — [the contested fact]. The exculpatory evidence, in other words, must have probative value, but it need not be so cogent as to persuade the court. [Emphasis deleted.]

(*R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (Que. C.A.), at p. 92; cited with approval in *R. v. Gibson*, 2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397, by LeBel J., at para. 51, and Deschamps J., at para. 86.)

[18] The trial judge applied this understanding of “evidence to the contrary” in s. 172.1(3) to the facts of this case. He summarized Mr. Levigne’s evidence and concluded as follows:

... I do not believe that the accused [Mr. Levigne] was not at least alert to the possibility that he was actually talking to a 13-year-old. However, his evidence leaves me in doubt as to whether he actually believed that to be the case. His explanations, while not convincing, were not established to be lies. It is reasonably possible that the accused, despite all indications, believed he was dealing with an adult who was representing himself as a 13-year-old. In those circumstances, I cannot say that he proceeded recklessly or that he blinded himself to the truth. The Crown has not succeeded in overcoming reasonable doubt, and therefore the prosecution fails. [para. 13]

And, for this reason, the judge acquitted Mr. Levigne on both counts.

[19] On an appeal by the Crown, the Alberta Court of Appeal set aside Mr. Levigne’s acquittals, entered convictions in their stead and, pursuant to s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code*, returned

précédemment, la preuve que l’interlocuteur de l’accusé lui avait été présenté comme n’ayant pas atteint l’âge fixé — ce qui est manifestement le cas en l’espèce — constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l’accusé le *croyait tel*.

[17] Il est bien établi que, dans une disposition législative de ce genre, la « preuve contraire »

[TRADUCTION] n’impose pas à l’accusé la « charge ultime » ou la « charge de persuasion ». La « preuve contraire » dont il est question doit tendre à démontrer — sans devoir prouver — [le fait contesté]. Autrement dit, la preuve disculpatoire doit avoir une force probante, mais elle n’a pas à être solide au point de convaincre le tribunal. [Italique omis.]

(*R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (C.A. Qué.), p. 92; propos cités et approuvés dans *R. c. Gibson*, 2008 CSC 16, [2008] 1 R.C.S. 397, par le juge LeBel au par. 51, et par la juge Deschamps au par. 86.)

[18] Le juge du procès a appliqué aux faits de l’espèce cette interprétation du terme « preuve contraire » qui figure au par. 172.1(3). Il a résumé la preuve de M. Levigne et a conclu en ces termes :

[TRADUCTION] ... je ne crois pas que l’accusé [M. Levigne] n’était pas à tout le moins conscient de la possibilité qu’il converse en fait avec un enfant de 13 ans. Cependant, son témoignage laisse subsister chez moi un doute quant à savoir s’il croyait réellement que tel était le cas. Ses explications n’étaient pas convaincantes, mais il n’a pas été établi qu’il s’agissait de mensonges. Il existe une possibilité raisonnable que l’accusé, malgré toutes les indications, ait cru qu’il parlait à un adulte qui se faisait passer pour un enfant de 13 ans. Dans ces circonstances, je ne puis affirmer qu’il a agi avec insouciance ou qu’il a fait preuve d’aveuglement volontaire. Le ministère public n’a pas réussi à dissiper le doute raisonnable; la poursuite est donc rejetée. [par. 13]

Et, pour ce motif, le juge a acquitté M. Levigne sur les deux chefs d’accusation.

[19] Dans l’appel interjeté par le ministère public, la Cour d’appel de l’Alberta a annulé les acquittements prononcés à l’égard de M. Levigne, les a remplacés par des déclarations de culpabilité et,

the matter to the trial court for sentencing: 2009 ABCA 359, 14 Alta. L.R. (5th) 248.

[20] Speaking for a unanimous court, Berger J.A. found that the trial judge had misapprehended the combined effect of s. 172.1(3) and (4), notably in failing to apply the “reasonable steps” requirement of s. 172.1(4). Justice Berger felt bound to substitute convictions instead of ordering a new trial because “[t]he uncontradicted evidence is that [Mr. Levigne] took no steps to confirm Jesse’s age” (para. 9).

[21] Mr. Levigne now asks this Court to reverse the decision of the Court of Appeal and to restore his acquittals or, in the alternative, to order a new trial.

[22] For the reasons that follow, I would decline to do so.

### III

[23] Section 172.1 prohibits the use of computers to communicate with an underage person or a person whom the accused believes to be underage for the purpose of facilitating the commission, with respect to that person, of the specified sexual offences. As mentioned earlier, our concern here is with s. 172.1(1)(a) and (c), which both consist of three elements: (1) an intentional communication by computer; (2) with “a person who is, or who the accused believes is” underage; (3) for the specific purpose of facilitating the commission of an enumerated secondary offence with respect to that person.

[24] Section 172.1 was adopted by Parliament to identify and apprehend predatory adults who, generally for illicit sexual purposes, troll the Internet to attract and entice vulnerable children and adolescents.

[25] In structuring the provision as it did, Parliament recognized that the anonymity of an assumed online profile acts as both a shield for the predator and a sword for the police. As a shield,

en vertu du sous-al. 686(4)b)(ii) du *Code criminel*, a renvoyé l’affaire devant le tribunal de première instance pour la détermination de la peine : 2009 ABCA 359, 14 Alta. L.R. (5th) 248.

[20] Au nom d’une cour unanime, le juge Berger a conclu que le juge du procès avait mal apprécié l’effet combiné des par. 172.1(3) et (4), notamment en omettant d’appliquer l’obligation de prendre des « mesures raisonnables » édictée au par. 172.1(4). Le juge Berger s’est senti obligé de substituer des déclarations de culpabilité aux acquittements au lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès étant donné que, [TRADUCTION] « [d]’après la preuve non contredite, [M. Levigne] n’a pris aucune mesure pour confirmer l’âge de Jesse » (par. 9).

[21] M. Levigne demande maintenant à la Cour d’infirmier la décision de la Cour d’appel et de rétablir les acquittements ou, subsidiairement, d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

[22] Pour les motifs qui suivent, je m’abstiendrai de le faire.

### III

[23] L’article 172.1 interdit l’utilisation d’un ordinateur pour communiquer avec une personne n’ayant pas atteint l’âge fixé ou que l’accusé croit telle en vue de faciliter la perpétration à son égard des infractions sexuelles énumérées. Rappelons-le, il est ici question des al. 172.1(1)a) et c), qui comportent tous deux trois éléments : (1) une communication intentionnelle au moyen d’un ordinateur; (2) avec une personne n’ayant pas atteint l’âge fixé « ou qu’il croit telle »; (3) dans le dessein précis de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction secondaire énumérée.

[24] Le législateur a adopté l’art. 172.1 en vue de démasquer et d’arrêter les prédateurs adultes qui rôdent dans l’Internet pour appâter des enfants et des adolescents vulnérables, généralement à des fins sexuelles illicites.

[25] En structurant ainsi la disposition, le législateur a reconnu que l’anonymat d’un profil fictif en ligne sert à la fois au prédateur, qui l’utilise comme bouclier, et à la police, qui l’utilise comme arme.

because it permits predators to mask their true identities as they pursue their nefarious intentions; as a sword (or, perhaps more accurately, as a barbed weapon of law enforcement), because it permits investigators, posing as children, to cast their lines in Internet chat rooms, where lurking predators can be expected to take the bait — as the appellant did here.

[26] To enhance its effectiveness, s. 172.1 was invested with a synergetic combination of four defining characteristics, two substantive and two procedural.

[27] First, as explained in *R. v. Legare*, 2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551, at para. 25:

... s. 172.1(1)(c) creates an incipient or “inchoate” offence, that is, a preparatory crime that captures otherwise legal conduct meant to culminate in the commission of a completed crime. It criminalizes conduct that precedes the commission of the sexual offences to which it refers, and even an attempt to commit them. Nor, indeed, must the offender meet or intend to meet the victim with a view to committing any of the specified secondary offences. This is in keeping with Parliament’s objective to close the cyberspace door before the predator gets in to prey. [Emphasis deleted.]

[28] This is true as well of s. 172.1(1)(a) and (b).

[29] Second, s. 172.1 makes it an offence to communicate by computer for a prohibited purpose with a person who is underage, or who the accused *believes* is underage. Were it otherwise, “sting” operations of the kind that occurred here could not be mounted.

[30] Third, pursuant to s. 172.1(3), evidence that the target of the communication was represented to the accused to be under the specified age, “is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused believed that the person was under that age”. This rebuttable presumption facilitates the prosecution of child luring offences while leaving intact the burden on the Crown to prove

Comme bouclier, parce qu’il permet aux prédateurs de dissimuler leur véritable identité lorsqu’ils poursuivent leurs vils projets; comme arme (ou, peut-être plus exactement, comme grappin pour l’application de la loi), car il permet aux enquêteurs, en se faisant passer pour des enfants, de tendre leurs filets dans les clavardoirs, où des prédateurs embusqués sont susceptibles de s’y prendre — comme l’appellant l’a fait en l’espèce.

[26] Pour accroître l’efficacité de l’art. 172.1, on y a intégré quatre caractéristiques déterminantes, dont deux de nature substantielle et deux de nature procédurale, qui agissent en synergie.

[27] Premièrement, comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. Legare*, 2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551, par. 25 :

... l’al. 172.1(1)(c) crée une infraction préliminaire ou « inchoative », c’est-à-dire un crime préparatoire constitué d’actes, par ailleurs légaux, qui devraient mener à la perpétration d’un crime complet. Cette disposition érige en crime des actes qui précèdent la perpétration des infractions d’ordre sexuel auxquelles elle renvoie, et même la tentative de les perpétrer. Il n’est pas nécessaire que le délinquant rencontre ou ait l’intention de rencontrer la victime en vue de perpétrer une des infractions sous-jacentes énumérées. Une telle interprétation est conforme à l’objectif du législateur de fermer la porte du cyberspace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie. [Italique omis.]

[28] Il en va de même des al. 172.1(1)(a) et (b).

[29] Deuxièmement, l’art. 172.1 érige en infraction le fait de communiquer au moyen d’un ordinateur à une fin prohibée avec une personne qui n’a pas atteint l’âge fixé, ou que l’accusé *croit* telle. S’il en allait autrement, il serait impossible de monter des opérations d’infiltration comme celle qui a été menée en l’espèce.

[30] Troisièmement, aux termes du par. 172.1(3), la preuve que la personne avec laquelle l’accusé a communiqué lui a été présentée comme ayant moins que l’âge fixé, « constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l’accusé croyait, au moment de l’infraction présumée, qu’elle avait moins que cet âge ». Cette présomption réfutable facilite les poursuites pour leurre, mais ne dispense aucunement le

guilt beyond a reasonable doubt. Put differently, s. 172.1(3) assists the Crown in discharging its evidential burden on the element of culpable belief, but preserves for accused persons the benefit of any reasonable doubt where the record discloses “evidence to the contrary”.

[31] Finally, in virtue of s. 172.1(4), that the accused believed the person with whom he or she communicated was not underage will afford no defence to the charge “unless the accused took reasonable steps to ascertain the age of the person”. This provision was enacted by Parliament to foreclose exculpatory claims of ignorance or mistake that are entirely devoid of an objective evidentiary basis.

[32] Read together and harmoniously with the overarching purpose of s. 172.1, the combined effect of subss. (3) and (4) should be understood and applied this way:

1. Where it has been represented to the accused that the person with whom he or she is communicating by computer (the “interlocutor”) is underage, the accused is presumed to have believed that the interlocutor was in fact underage.
2. This presumption is rebuttable: It will be displaced by evidence to the contrary, which must include evidence that the accused took steps to ascertain the real age of the interlocutor. Objectively considered, the steps taken must be reasonable in the circumstances.
3. The prosecution will fail where the accused took reasonable steps to ascertain the age of his or her interlocutor and believed that the interlocutor was not underage. In this regard, the evidential burden is on the accused but the persuasive burden is on the Crown.
4. Such evidence will at once constitute “evidence to the contrary” under s. 172.1(3) and satisfy the “reasonable steps” requirement of s. 172.1(4).

ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Autrement dit, le par. 172.1(3) aide le ministère public à s’acquitter de son fardeau de preuve à l’égard de l’élément de croyance coupable, mais laisse aux accusés le bénéfice du doute raisonnable lorsque le dossier révèle une « preuve contraire ».

[31] Enfin, par application du par. 172.1(4), l’accusé ne peut faire valoir pour sa défense qu’il croyait que la personne avec laquelle il a communiqué avait atteint l’âge fixé « que s’il a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la personne ». Le législateur a adopté cette disposition afin de faire obstacle aux allégations disculpatoires d’ignorance ou d’erreur dénuées de tout fondement probatoire objectif.

[32] Voici quel devrait être le résultat de l’effet combiné des par. (3) et (4), pris ensemble et interprétés à la lumière de l’objet général de l’art. 172.1 :

1. Lorsque la personne avec laquelle l’accusé communique au moyen d’un ordinateur (l’« interlocuteur ») lui a été présentée comme n’ayant pas atteint l’âge fixé, l’accusé est présumé l’avoir cru telle.
2. Cette présomption est réfutable : elle sera écartée par une preuve contraire établissant notamment que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge réel de l’interlocuteur. Les mesures prises, considérées objectivement, doivent être raisonnables dans les circonstances.
3. La poursuite échouera si l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de son interlocuteur et croyait que celui-ci avait atteint l’âge fixé. À cet égard, le fardeau de présentation de la preuve incombe à l’accusé, mais le fardeau de persuasion repose sur le ministère public.
4. Ces éléments de preuve vont à la fois constituer une « preuve contraire » au sens du par. 172.1(3) et établir que les « mesures raisonnables » exigées au par. 172.1(4) ont été prises.

5. Where the evidential burden of the accused has been discharged, he or she must be acquitted if the trier of fact is left with a reasonable doubt whether the accused in fact believed that his or her interlocutor was not underage.

[33] As mentioned earlier, the trial judge in this case found that s.172.1(4) had no application “because [Mr. Levigne’s] belief is not put forward as a defence, but rather is an essential element of the offence . . . which must be proved by the Crown beyond a reasonable doubt” (para. 6).

[34] With respect, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in this regard. As explained in *Legare*, at paras. 38-41:

In determining whether the Crown has discharged its burden under s. 172.1, it is neither necessary nor particularly helpful for trial judges to recast every element of the offence in terms of its *actus reus*, or “act” component, and its *mens rea*, or requisite mental element. As in the case of attempt, s. 172.1 criminalizes otherwise lawful conduct when its specific purpose is to facilitate the commission of a specified secondary offence with respect to an underage person. Separately considered, neither the conduct itself nor the purpose alone is sufficient to establish guilt: It is not an offence under s. 172.1 to communicate by computer with an underage person, nor is it an offence under s. 172.1 to facilitate the commission of a specified secondary offence in respect of that person without communicating by computer.

In this unusual context, determining whether each of the essential elements I have set out constitutes all or part of the *actus reus* or *mens rea* of s. 172.1(1)(c) is of no assistance in reaching the appropriate verdict on a charge under that provision. More specifically, forcibly compartmentalizing the underage requirement of s. 172.1(1)(c) — “a person who is, or who the accused believes is, under the age of fourteen years” — as either part of the *actus reus* or part of the *mens rea*, may well introduce an element of confusion in respect of both concepts.

Is it part of the *actus reus* that the accused communicated with a person of any age whom the accused believed to be under 14? Is it part of the *mens rea* that

5. Lorsque l’accusé s’est déchargé de son fardeau, il doit être acquitté s’il subsiste un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à savoir si l’accusé croyait en réalité que son interlocuteur avait atteint l’âge fixé.

[33] En l’espèce, comme je l’ai mentionné précédemment, le juge du procès a conclu que le par. 172.1(4) ne s’appliquait pas [TRADUCTION] « parce que la croyance de [M. Levigne] n’est pas invoquée comme moyen de défense, mais constitue plutôt un élément essentiel de l’infraction [. . .] que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable » (par. 6).

[34] Avec égards, j’estime, comme la Cour d’appel, que le juge du procès a fait erreur sur ce point. Comme il est expliqué dans l’arrêt *Legare*, aux par. 38-41 :

Il n’est ni nécessaire ni particulièrement utile pour le juge de première instance qui doit déterminer si le ministère public s’est acquitté du fardeau qui lui incombe aux termes de l’art. 172.1 de reformuler les éléments de l’infraction selon les notions d’*actus reus*, ou d’élément matériel, et de *mens rea*, ou d’élément moral exigé. Comme pour la tentative, l’art. 172.1 érige en crime des actes, par ailleurs légaux, qui visent à faciliter la perpétration d’une infraction énumérée à l’égard d’une personne qui n’a pas atteint l’âge fixé. Pris isolément, ni les actes eux-mêmes ni le seul dessein ne sont suffisants pour établir la culpabilité : ne constituent une infraction prévue à l’art. 172.1, ni le simple fait de communiquer au moyen d’un ordinateur avec une personne qui n’a pas atteint l’âge fixé, ni le fait de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction énumérée sans communiquer au moyen d’un ordinateur.

Dans ce contexte inhabituel, il n’est d’aucune utilité pour rendre le verdict qui convient sur ce chef de déterminer si chacun des éléments essentiels que j’ai énoncés correspond en tout ou en partie à l’*actus reus* ou à la *mens rea* qu’exige l’al. 172.1(1)(c). Plus particulièrement, en qualifiant arbitrairement l’exigence de l’al. 172.1(1)(c) quant à l’âge — « une personne âgée de moins de quatorze ans ou [que l’accusé] croit telle » — d’élément matériel ou d’élément moral, on risque même d’introduire un élément de confusion en ce qui concerne les deux concepts.

Le fait que l’accusé ait communiqué avec une personne, de quelque âge que ce soit, qu’il croyait être âgée de moins de 14 ans, s’inscrit-il dans l’*actus reus*? Le fait

the person was in fact under 14? I see no conceptual or practical advantage in attempting to resolve these questions. It seems to me preferable, in setting out the elements of s. 172.1, to adopt “language which accurately conveys the effect of the law without in itself imposing an unnecessary burden of translation and explanation”: *Howard’s Criminal Law* (5th ed. 1990), at p. 11.

I believe that the elements of the offence, as I have set them out, achieve that objective: They satisfy the principle of legality by affording the required degree of certainty, respecting the will of Parliament, and reflecting “the overall need to use the criminal law with restraint”: see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (5th ed. 2007), at p. 86. [Emphasis deleted.]

[35] The trial judge in this case did not have the benefit of *Legare* when he declined to apply s. 172.1(4) for the reasons he gave. I am satisfied that he would otherwise have recognized that the “reasonable steps” requirement imposed by that subsection was meant by Parliament to foreclose successful claims of mistaken belief, absent an objective evidentiary basis.

[36] Characterizing such claims as a “mistake of fact” defence rather than an absence of proof of an essential element is of no analytical assistance in the context of a prosecution for child luring under s. 172.1. Parliament has deliberately proscribed in that section communications for the prohibited purpose with a person who *is* or who the accused *believes is* underage and cannot have intended to impose a “reasonable step” requirement on one but not the other. In either instance, the accused’s belief that the person was not underage will afford a defence — but only if the accused took reasonable steps to ascertain the age of his or her interlocutor, as required by s. 172.1(4).

[37] I recognize, of course, that it seems incongruous to convict the appellant on the ground that he failed to take reasonable steps to determine the real age of “Jessy G” when “Jessy G” was in fact an adult pretending to be a child and not a child pretending to be an adult.

que la personne était en réalité âgée de moins de 14 ans s’inscrit-il dans la *mens rea*? Je ne vois aucun avantage conceptuel ou pratique à tenter de résoudre ces questions. Il me paraît préférable, en énonçant les éléments de l’art. 172.1, d’adopter [TRADUCTION] « une formulation qui exprime fidèlement l’esprit de la loi sans imposer elle-même inutilement le fardeau de la traduire ou de l’expliquer » : *Howard’s Criminal Law* (5<sup>e</sup> éd. 1990), p. 11.

Je crois que les éléments de l’infraction, tels que je les ai exposés, répondent à cet objectif. Ils respectent le principe de la légalité, en permettant d’obtenir le degré nécessaire de certitude, sont conformes à la volonté du législateur et reflètent [TRADUCTION] « la nécessité générale de recourir au droit criminel avec modération » : voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (5<sup>e</sup> éd. 2007), p. 86. [Italique omis.]

[35] L’arrêt *Legare* n’avait pas été rendu lorsque le juge du procès a écarté l’application du par. 172.1(4) pour les motifs qu’il a exposés. S’il en avait été autrement, je suis convaincu qu’il aurait reconnu que le législateur a édicté l’obligation de prendre des « mesures raisonnables » au par. 172.1(4) dans l’intention d’empêcher ainsi qu’une allégation de croyance erronée puisse être retenue sans être étayée objectivement par une preuve quelconque.

[36] Percevoir une telle allégation comme une défense d’« erreur de fait » plutôt que comme l’absence de preuve d’un élément essentiel n’est d’aucune utilité, du point de vue de l’analyse, dans le cadre d’une poursuite pour l’infraction de leurre prévue à l’art. 172.1. Le législateur y a délibérément interdit les communications aux fins prohibées avec une personne qui *n’a pas* atteint l’âge fixé ou que l’accusé *croit telle* et ne peut avoir voulu exiger la prise de « mesures raisonnables » dans un cas, mais non dans l’autre. Dans les deux cas, l’accusé pourra faire valoir en défense qu’il croyait que la personne avait atteint l’âge fixé — mais seulement s’il a pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de son interlocuteur, comme l’exige le par. 172.1(4).

[37] Bien entendu, je reconnais qu’il semble absurde de déclarer l’appelant coupable parce qu’il a omis de prendre des mesures raisonnables pour vérifier l’âge réel de « Jessy G », alors que celui-ci était en fait un adulte se faisant passer pour un enfant et non un enfant se faisant passer pour un adulte.

[38] But s. 172.1, I repeat, makes it an offence to communicate for the purpose prohibited by that section with a person whom the accused *believes to be underage*. That is in itself conduct deemed undesirable and criminalized by Parliament. It thus seems more incongruous still to acquit an accused who communicated for a prohibited sexual purpose with a person whom he believed to be underage — the evil aimed at — on the ground that he would not have made that mistake had he taken the reasonable steps he was *required by law to take*.

## IV

[39] The appellant concedes that the trial judge erred in declining to apply s. 172.1(4) of the *Criminal Code* to the evidence before him, but urges us nonetheless to restore the appellant's acquittals or, in the alternative, to set aside the convictions substituted by the Court of Appeal and to order a new trial instead.

[40] What is put against the appellant is that, on the uncontested evidence, the trial judge was bound by s. 172.1(3) and (4) to find that the appellant was guilty as charged. Convictions on both counts were inevitable, says the Crown, because the only issue was whether the appellant believed that he was communicating with an underage interlocutor. It was plainly and repeatedly represented to him that "Jessy G" was only 13 and he took no reasonable steps to ascertain that "Jessy G" was in fact 18, as he claims to have believed. He is precluded from relying on that belief because it was neither reasonable in the circumstances nor available to him as a defence because it was unsupported by the reasonable steps mandated by s. 172.1(4).

[41] The "reasonable steps" invoked by the appellant were in fact neither "reasonable" nor "steps to ascertain the age of the person" with whom he was communicating by computer for the avowed purpose of his own sexual gratification. Rather, they were circumstances which in the appellant's

[38] Cependant, je le répète, l'art. 172.1 érige en infraction le fait de communiquer à une fin prohibée par cette disposition avec une personne dont l'accusé *croit qu'elle n'a pas atteint l'âge fixé*. Ce comportement a été jugé indésirable en soi par le législateur, qui l'a criminalisé. Il semble donc encore plus absurde d'acquitter l'accusé qui a communiqué à une fin sexuelle prohibée avec une personne dont il croyait qu'elle n'avait pas atteint l'âge fixé — le mal visé — parce qu'il n'aurait pas commis une telle erreur s'il avait pris les mesures raisonnables qu'il était *légalement tenu de prendre*.

## IV

[39] L'appellant admet que le juge du procès a fait erreur en n'appliquant pas le par. 172.1(4) du *Code criminel* à la preuve dont il était saisi, mais il nous exhorte néanmoins à rétablir les acquittements prononcés à son égard ou, subsidiairement, à annuler les déclarations de culpabilité que la Cour d'appel leur a substituées et à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[40] À l'encontre des prétentions de l'appellant, on soutient que le juge du procès, au vu de la preuve non contestée, était tenu par les par. 172.1(3) et (4) de déclarer l'appellant coupable des infractions reprochées. Un tel résultat était inévitable, selon le ministère public, car la seule question en litige était de savoir si l'appellant croyait communiquer avec un interlocuteur n'ayant pas atteint l'âge fixé. Or, on lui avait dit en termes clairs et à maintes reprises que « Jessy G » n'avait que 13 ans et il n'avait pris aucune mesure raisonnable pour vérifier que « Jessy G » avait en réalité 18 ans, comme il prétend l'avoir cru. Il ne peut se fonder sur cette croyance parce qu'elle n'était pas raisonnable dans les circonstances et qu'il ne pouvait pas l'invoquer en défense, faute d'avoir pris les mesures raisonnables exigées au par. 172.1(4).

[41] Les « mesures raisonnables » invoquées par l'appellant n'étaient en fait ni « raisonnables » ni « des mesures [ . . . ] pour s'assurer de l'âge de la personne » avec laquelle il communiquait par ordinateur dans le but avoué d'assouvir ses propres désirs sexuels. Il s'agit plutôt de circonstances qui, selon

submission explain why, as he admitted in cross-examination, he in fact took *no steps* to ascertain the actual age of “Jessy G”. And this despite the latter’s repeated assertion that he was only 13.

[42] Thus, for example, Mr. Levigne maintained at trial that there were moderators in the public chat rooms who would remove children. But this is of little comfort to him, since his relevant communications with “Jessy G” occurred in a *private* chat room.

[43] Likewise, Mr. Levigne’s purported reliance on the fact that the profile of “Jessy G” listed his age as 18. But as we have already seen (at para.10), “Jessy G” explained to Mr. Levigne that he was in fact only 13, and had indicated on his profile that he was 18 only because he would not otherwise have been permitted to post a profile.

[44] In short, I agree with Berger J.A. (at para. 17) that Mr. Levigne

relies upon indicia of adulthood . . . [that] support neither the reasonableness of [his] belief nor satisfy the requirements of subsec. (4) that for such a defence to carry the day [Mr. Levigne] must have taken reasonable steps to ascertain the age of the person with whom he was communicating. The record here is silent in that regard.

V

[45] For all of these reasons, as stated at the outset, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Pringle & Associates, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

l’appelant, expliquent pourquoi, comme il l’a admis en contre-interrogatoire, il n’a effectivement pris *aucune mesure* pour s’assurer de l’âge véritable de « Jessy G », et ce malgré que ce dernier lui ait affirmé à plusieurs reprises n’avoir que 13 ans.

[42] Par exemple, en première instance, M. Levigne a soutenu que des modérateurs dans les clavardoirs publics en expulsent les enfants. Cependant, cet argument ne lui est pas d’un grand secours, puisque les communications avec « Jessy G » qui sont en cause ont eu lieu dans un clavardoir *privé*.

[43] De même, M. Levigne a invoqué le fait que le profil de « Jessy G » lui attribuait 18 ans. Or, comme nous l’avons déjà vu (au par. 10), « Jessy G » a expliqué à M. Levigne qu’il n’avait en réalité que 13 ans et qu’il avait indiqué en avoir 18 dans son profil uniquement parce qu’il n’aurait autrement pas pu l’afficher.

[44] Bref, je suis d’accord avec le juge Berger (au par. 17) selon lequel M. Levigne

[TRANSLATION] s’appuie sur des signes d’atteinte de l’âge adulte [. . . qui] n’étaient pas le caractère raisonnable de [sa] croyance ni ne satisfont à l’exigence du par. (4) selon laquelle, pour qu’un tel moyen de défense puisse tenir la route, [M. Levigne] doit avoir pris des mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la personne avec laquelle il communiquait. Le dossier ne révèle rien à ce sujet.

V

[45] Pour tous ces motifs, comme je l’ai dit au début, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l’appelant : Pringle & Associates, Edmonton.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen** *Applicant*

v.

**Thomas Robert Shea** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. SHEA**

**2010 SCC 26**

File No.: 33466.

2010: May 10; 2010: July 15.

Present: LeBel, Deschamps and Cromwell JJ.

**APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL**

*Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Leave to appeal — Three-judge panel of Court of Appeal overturning decision rendered by one of its judges and granting accused’s motion for extension of time to serve and file notice of appeal against his conviction — Crown seeking leave to appeal, challenging jurisdiction of Court of Appeal to overturn decision rendered by one of its judges — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain leave application — If so, whether leave to appeal raised question of sufficient importance — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).*

The accused was convicted of sexual offences and, several years later, sought to appeal his conviction. A judge of the Court of Appeal dismissed his motion for leave to extend the time to serve and file a notice of appeal, but a three-judge panel of the same court granted the motion in the interests of justice. The Crown applied for leave to appeal to the Supreme Court, challenging the Court of Appeal’s jurisdiction to overturn the decision rendered by one of its judges.

*Held:* The application for leave to appeal should be dismissed.

In light of its role as the final court of appeal for Canada, a liberal interpretation of s. 40(1) of the *Supreme Court Act* is required. This section states that, subject to s. 40(3) of the Act, the Court’s jurisdiction to grant leave under s. 40(1) extends to “any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province”. The wording

**Sa Majesté la Reine** *Demanderesse*

c.

**Thomas Robert Shea** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SHEA**

**2010 CSC 26**

N° du greffe : 33466.

2010: 10 mai; 2010 : 15 juillet.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps et Cromwell.

**DEMANDE D’AUTORISATION D’APPEL**

*Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Demande d’autorisation d’appel — Décision rendue par un juge de la même cour infirmée par une formation de trois juges de la Cour d’appel et requête de l’accusé visant la prorogation du délai pour signifier et déposer un avis d’appel de sa déclaration de culpabilité accueillie — Demande d’autorisation d’interjeter appel du ministère public, contestant la compétence de la Cour d’appel d’infirmier une décision rendue par un de ses propres juges — La Cour suprême a-t-elle compétence pour se pencher sur la demande d’autorisation d’appel? — Si oui, la demande d’autorisation d’appel soulève-t-elle une question suffisamment importante? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).*

L’accusé a été déclaré coupable d’infractions d’ordre sexuel et, plusieurs années plus tard, a demandé à interjeter appel de sa déclaration de culpabilité. Un juge de la Cour d’appel a rejeté sa requête visant la prorogation du délai pour signifier et déposer un avis d’appel, mais une formation de trois juges de la même cour a accueilli la motion dans l’intérêt de la justice. Le ministère public a demandé l’autorisation d’interjeter appel à la Cour suprême, contestant la compétence de la Cour d’appel d’infirmier une décision rendue par un de ses propres juges.

*Arrêt :* La demande d’autorisation d’appel est rejetée.

Compte tenu de son rôle de tribunal de dernier ressort au Canada, il faut donner au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* une interprétation libérale. Cette disposition prévoit que, sous réserve du par. 40(3) de la Loi, la compétence de la Cour pour autoriser le pourvoi vise « tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d’appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier

“any final or other judgment” is broad enough to include the order which is the subject of the leave application. This conclusion is reinforced by the expansive definition of “judgment” in s. 2 of the Act. Section 40(3), read in conjunction with ss. 691 to 693 of the *Criminal Code*, excludes many criminal appeals from the ambit of s. 40(1), but the present application is not so excluded. In this case, however, while the Court has jurisdiction to entertain the leave application, this application must be dismissed as it raises no question of sufficient importance within the meaning of s. 40(1).

### Cases Cited

**Not followed:** *Hind v. The Queen*, [1968] S.C.R. 234; **considered:** *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; **referred to:** *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60; *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452; *R. v. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] S.C.R. 359; *R. v. MacDonald*, [1965] S.C.R. 831; *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639; *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 691 to 693.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 2, 40(1), (3).

APPLICATION for leave to appeal to the Supreme Court of Canada. Application dismissed.

*Alexander V. Hrybinsky and Christine Tier*, for the applicant.

*Lisa Loader and Michael Hefferon*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] CROMWELL J. — The applicant Crown applies for leave to appeal from an order of the Ontario Court of Appeal granting the respondent an extension of time to serve and file his notice of appeal. As a question about the Court’s jurisdiction to grant leave was raised, this Court ordered an oral hearing. I would dismiss the application for leave to appeal as it raises no question of sufficient importance

ressort habilité, dans une province, à juger l’affaire en question ». L’expression « tout jugement, définitif ou autre, » est suffisamment large pour viser l’ordonnance qui fait l’objet de la présente demande. La très large définition du mot « jugement » à l’art. 2 de la Loi vient renforcer cette conclusion. Même si le par. 40(3) de la Loi, lu conjointement avec les art. 691 à 693 du *Code criminel*, exclut de nombreux pourvois en matière criminelle de la portée du par. 40(1), la présente demande n’en est pas ainsi exclue. En l’espèce, toutefois, même si la Cour a compétence pour entendre la demande d’autorisation d’appel, celle-ci doit être rejetée puisqu’elle ne soulève pas de question suffisamment importante au sens où il faut l’entendre pour l’application du par. 40(1).

### Jurisprudence

**Arrêt non suivi :** *Hind c. The Queen*, [1968] R.C.S. 234; **arrêts examinés :** *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; **arrêts mentionnés :** *Goldhar c. The Queen*, [1960] R.C.S. 60; *Paul c. The Queen*, [1960] R.C.S. 452; *R. c. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] R.C.S. 359; *R. c. MacDonald*, [1965] R.C.S. 831; *Ernewein c. Ministère de l’Emploi et de l’Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 691 à 693.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 2, 40(1), (3).

DEMANDE d’autorisation d’appel à la Cour suprême du Canada. Demande rejetée.

*Alexander V. Hrybinsky et Christine Tier*, pour la demanderesse.

*Lisa Loader et Michael Hefferon*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE CROMWELL — Le demandeur, le ministère public, sollicite l’autorisation d’interjeter appel d’une ordonnance de la Cour d’appel de l’Ontario par laquelle l’intimé a obtenu une prorogation du délai pour signifier et déposer son avis d’appel. Comme la question de la compétence de la Cour pour autoriser le pourvoi a été soulevée, celle-ci a ordonné la tenue d’une audience. Je suis d’avis de

within the meaning of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. Our review of the jurisprudence reveals that the courts of appeal recognize that there are narrow circumstances where a court can reconsider the decision of a judge sitting alone. We are not persuaded from the record that guidance is required on this question or that the circumstances of this case warrant granting the application.

[2] The respondent was convicted of historical sexual offences. He was sentenced to imprisonment for two years less one day. Some eight and one half years later, the respondent sought from a judge of the Court of Appeal sitting alone an extension of time to serve and file a notice of appeal against conviction. His motion was dismissed. Subsequently, a three-judge panel of the Court of Appeal granted the motion in the interests of justice. The Crown seeks leave to appeal, challenging the jurisdiction of the Court of Appeal to overturn the decision rendered by one of its judges. The question is whether this Court has jurisdiction to hear the appeal.

[3] The relevant jurisdictional provision is s. 40(1) of the *Supreme Court Act* which currently reads as follows:

**40.** (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

rejeter la demande d'autorisation d'appel puisqu'elle ne soulève pas de question suffisamment importante au sens où il faut l'entendre pour l'application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26. Selon l'examen de la jurisprudence auquel nous avons procédé, les cours d'appel reconnaissent qu'il existe des circonstances restreintes où une cour peut réexaminer la décision d'un juge siégeant seul. Le dossier dont nous sommes saisis ne nous convainc pas qu'il faut nous prononcer sur cette question ou que les circonstances de la présente affaire justifient d'accueillir la demande.

[2] L'intimé a été déclaré coupable d'anciennes infractions d'ordre sexuel. Le tribunal lui a infligé une peine d'emprisonnement de deux ans moins un jour. Quelque huit ans et demi plus tard, l'intimé a demandé à un juge de la Cour d'appel siégeant seul de proroger le délai pour qu'il signifie et dépose un avis d'appel de la déclaration de culpabilité. Sa motion a été rejetée. Ultérieurement, une formation de trois juges de la Cour d'appel a accueilli la motion dans l'intérêt de la justice. Le ministère public demande l'autorisation d'interjeter appel, contestant la compétence de la Cour d'appel d'infirmier une décision rendue par un de ses juges. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si la Cour a compétence pour entendre le pourvoi.

[3] Le paragraphe 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* est la disposition pertinente relative à la compétence pour la présente affaire. Cette disposition est actuellement libellée comme suit :

**40.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

Jurisdiction to grant leave under s. 40(1) extends to any final *or other* judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province in which judgment can be had in the particular case. On its face, this language is broad enough to include the order which is the subject of this leave application, subject of course to the requirement that the question involved in the case be of sufficient importance. This conclusion is reinforced by the expansive definition of “judgment” in s. 2 of the Act. I note that while s. 40(3) of the Act, read in conjunction with ss. 691 to 693 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, excludes many criminal appeals from the ambit of s. 40(1), the present application is not so excluded.

[4] The main authority supporting the view that the Court does not have jurisdiction to entertain this leave application is *Hind v. The Queen*, [1968] S.C.R. 234. In that case, a three-judge panel of this Court held that it did not have jurisdiction to grant leave to appeal from the refusal of a Court of Appeal to grant an extension of time to hear a sentence appeal. The Court relied on *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 60, *Paul v. The Queen*, [1960] S.C.R. 452, and *R. v. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] S.C.R. 359. However, each of those cases has been overruled by subsequent decisions of the Court and, in my view, the time has come to say that *Hind* itself should no longer be followed.

[5] As noted in *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827, and subsequently in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, the changes made in 1949 to what is now s. 40 resulted in large part from the change in the role of this Court when appeals to the Privy Council were abolished. Not only was the wording of the provision changed, but the Court, in light of its role as the final court of appeal for Canada, took a broader approach to the interpretation of its appellate jurisdiction which was inconsistent with many earlier decisions, including the cases relied upon by the Court in *Hind*.

La compétence pour autoriser le pourvoi en vertu du par. 40(1) vise tout jugement définitif *ou autre* rendu par la Cour d’appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l’affaire en question. À sa face même, ce libellé est suffisamment large pour viser l’ordonnance qui fait l’objet de la présente demande, sous réserve bien entendu de l’exigence voulant que la question soulevée soit suffisamment importante. La très large définition du mot « jugement » à l’art. 2 de la Loi vient renforcer cette conclusion. Je précise que même si le par. 40(3) de la Loi, lu conjointement avec les art. 691 à 693 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exclut de nombreux pourvois en matière criminelle de la portée du par. 40(1), la présente demande n’en est pas ainsi exclue.

[4] L’arrêt qui fait autorité pour appuyer la thèse voulant que la Cour n’a pas compétence pour entendre la présente demande d’autorisation est *Hind c. The Queen*, [1968] R.C.S. 234. Dans cette affaire, une formation de trois juges de la Cour a conclu que celle-ci n’avait pas compétence pour accorder l’autorisation d’appel du refus par une Cour d’appel de proroger le délai pour entendre l’appel d’une sentence. La Cour s’est fondée sur *Goldhar c. The Queen*, [1960] R.C.S. 60, *Paul c. The Queen*, [1960] R.C.S. 452, et *R. c. J. Alepin Frères Ltée*, [1965] R.C.S. 359. Or, chacun de ces arrêts a été écarté par des décisions subséquentes de la Cour et, à mon avis, il est temps d’affirmer que l’arrêt *Hind* lui-même ne doit plus être suivi.

[5] Comme la Cour l’a souligné dans *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827, puis subséquemment dans *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, les modifications apportées en 1949 à ce qui est maintenant l’art. 40 résultaient pour une large part du changement du rôle de la Cour lorsque les pourvois au Conseil privé ont été abolis. Non seulement le libellé de la disposition a été changé, mais la Cour, compte tenu de son rôle de dernier ressort d’appel au Canada, a interprété plus largement sa compétence pour entendre des pourvois dérogeant ainsi à de nombreuses décisions antérieures, y compris celles sur lesquelles s’était fondée la Cour dans *Hind*.

[6] *Hill* itself was a turning point. In that case, the Court granted leave to appeal to consider whether the Court of Appeal had jurisdiction to lengthen the appellant's sentence when there had been no cross-appeal by the Crown. As this was a sentencing issue, the jurisdiction of the Court to hear the appeal was squarely before the Court as were its earlier decisions which had taken a narrow view of its jurisdiction to grant leave to appeal from sentencing decisions. The Court in *Hill* specifically refused to follow *Goldhar* and held that s. 41(1) (now s. 40(1)) was to have a broad interpretation rather than the narrow interpretation previously attributed to it.

[7] The Court in *Hill* also noted that *Goldhar* had been followed in *Paul* which was in turn relied upon in *J. Alepin Frères and R. v. MacDonald*, [1965] S.C.R. 831. In considering the proper interpretation of s. 41(1) in light of legislative changes, the Court held at p. 850:

... the literal construction [i.e. of the words "final or other judgment"] is preferable not only because in the absence of ambiguity the literal meaning should always be adhered to despite any inconsistencies short of absurdity, but also because any assumption that Parliament did not intend to depart from the previous state of the law is unjustified. Section 41 was enacted substantially in its present form at the time when appeals to the Privy Council were being abolished and this Court was being made truly supreme. The Privy Council had enjoyed unlimited jurisdiction by special leave and it is apparent that the new provision was intended to effect the change from a limited specific jurisdiction to a broad general jurisdiction. To hold that the inconsistencies resulting from this sweeping change indicate the intention of leaving some wide gaps open is, in my view, entirely unwarranted. On the contrary, the enactment of a provision that undoubtedly confers some jurisdiction in criminal matters beyond that existing under the *Criminal Code*, clearly indicates Parliament's will to remedy the omission to extend the jurisdiction of this Court in criminal cases when the Privy Council's jurisdiction in such cases was effectively abolished after the Statute of Westminster.

Thus, while it explicitly stated that fitness of sentence should never be considered by the Court, the

[6] *Hill* a lui-même été un tournant. Dans cette affaire, la Cour a accueilli la demande d'autorisation d'appel visant à examiner si la Cour d'appel avait compétence pour prolonger la peine de l'appelant alors que le ministère public n'avait pas interjeté d'appel incident. Comme il s'agissait d'une question relative à la peine, la Cour était directement saisie de la question de sa compétence pour entendre le pourvoi et directement appelée à se pencher sur ses décisions antérieures d'interpréter restrictivement sa compétence d'autoriser les pourvois à l'encontre de sentences. Dans *Hill*, la Cour a spécifiquement refusé de suivre *Goldhar* et a statué que le par. 41(1) (maintenant le par. 40(1)) devait être interprété largement plutôt que restrictivement comme il l'avait été auparavant.

[7] Toujours dans *Hill*, la Cour a noté que l'arrêt *Goldhar* avait été suivi dans *Paul* sur lequel se sont ensuite fondés les arrêts *J. Alepin Frères et R. c. MacDonald*, [1965] R.C.S. 831. Se penchant sur l'interprétation qu'il convenait de donner au par. 41(1) compte tenu des changements apportés à la loi, la Cour a affirmé à la p. 850 :

... l'interprétation littérale [des termes « jugement, définitif ou autre, »] est préférable non seulement parce que, sauf en cas d'ambiguïté, il faut toujours s'en tenir au sens littéral des mots malgré les conséquences qui peuvent en résulter sauf si l'on aboutit à une absurdité, mais aussi parce qu'il n'y a pas lieu de présumer que le Parlement n'entendait pas modifier profondément l'état du droit. L'article 41 a été promulgué essentiellement dans sa forme actuelle en même temps que les appels au Conseil privé étaient abolis et cette Cour devenait véritablement suprême. Le Conseil privé jouissait d'une juridiction illimitée par voie d'autorisation et il est évident que la nouvelle disposition visait à transformer la juridiction limitée de la Cour en une juridiction générale. A mon avis, rien ne permet de croire que les conséquences résultant de cette modification majeure signifient qu'on a voulu laisser de grandes lacunes. Au contraire, la promulgation d'une disposition qui confère indubitablement en matière pénale une juridiction allant au-delà de celle qui existe en vertu du *Code criminel*, indique clairement la volonté du Parlement de remédier à l'omission d'étendre la juridiction de cette Cour en matière pénale lorsque la juridiction du Conseil privé en cette matière a été effectivement abolie après le Statut de Westminster.

Ainsi, même s'il est dit explicitement que la justice d'une peine ne devrait jamais être prise en

earlier jurisprudence indicating that the Court did not have jurisdiction to hear appeals from sentencing decisions was no longer good law. That earlier jurisprudence included the three key decisions relied upon by the Court in *Hind*.

[8] In 1982, in *Gardiner*, this Court considered once again its jurisdiction to grant leave to appeal from sentencing decisions and affirmed the breadth of its authority to grant leave under what is now s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. Dickson J. (as he then was) stated at pp. 397-98:

It is incorrect, however, in my opinion, to characterize our justifiable reluctance to consider questions of fitness of sentence as lack of jurisdiction. It is to compound the error to extend the argument of lack of jurisdiction to what are clearly important questions of law arising out of the sentencing process. The function of this Court is precisely that, to settle questions of law of national importance in the interests of promoting uniformity in the application of the law across the country, especially with respect to matters of federal competence. To decline jurisdiction is to renounce the paramount responsibility of an ultimate appellate court with national authority.

It is important to remember that between *Goldhamer* and *Goldhar* significant revisions to the *Supreme Court Act* had intervened in 1949. The Supreme Court had replaced the Privy Council as the ultimate appeal court for Canada.

With respect to *Hill*, the Court in *Gardiner* stated at pp. 402-4:

In *Hill* all nine judges joined in support of the view that s. 41 [now s. 40] of the *Supreme Court Act* was intended to confer a broad general jurisdiction, beyond that existing under the *Criminal Code*. The Court rejected as “entirely unwarranted” the notion dominating the *Goldhar* line of cases that possible inconsistencies arising from a broad construction of s. 41 indicated Parliamentary intention to leave some wide gaps open.

compte par la Cour, la jurisprudence antérieure selon laquelle la Cour n'avait pas compétence pour entendre les pourvois à l'encontre de sentences n'était plus valable. Cette jurisprudence antérieure comprenait les trois arrêts clés sur lesquels s'était fondée la Cour dans *Hind*.

[8] En 1982, dans *Gardiner*, la Cour s'est à nouveau penchée sur sa compétence pour autoriser les pourvois à l'encontre de sentences et a confirmé avoir la latitude pour accueillir des demandes d'autorisation d'appel en vertu de ce qui est désormais le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a énoncé ce qui suit aux p. 397-398 :

Il est toutefois erroné, à mon avis, de qualifier d'absence de compétence notre hésitation justifiable à nous prononcer sur des questions de justesse d'une sentence. C'est ajouter à l'erreur que d'appliquer l'argument de l'absence de compétence à ce qui constitue clairement d'importantes questions de droit que soulève le processus de sentence. Le rôle de cette Cour est précisément de trancher des questions de droit d'importance nationale dans le but de favoriser l'application uniforme du droit dans tout le pays, spécialement pour ce qui est des sujets de compétence fédérale. Décliner sa compétence équivaut à refuser de remplir la fonction prépondérante d'une cour d'appel de dernier ressort et d'envergure nationale.

Il est important de se rappeler qu'en 1949, entre l'arrêt *Goldhamer* et l'arrêt *Goldhar*, d'importantes modifications avaient été apportées à la *Loi sur la Cour suprême*. La Cour suprême avait remplacé le Conseil privé comme cour d'appel de dernier ressort pour le Canada.

Quant à l'arrêt *Hill*, la Cour a affirmé ce qui suit aux p. 402-404 de *Gardiner* :

Dans l'arrêt *Hill*, les neuf juges de la Cour ont affirmé à l'unanimité que l'art. 41 de la *Loi sur la Cour suprême* vise à attribuer une compétence générale plus étendue que celle que confère le *Code criminel*. Cette Cour a rejeté comme totalement injustifiée la notion qui prévaut dans l'arrêt *Goldhar* et les arrêts semblables, voulant que les inconséquences qui peuvent résulter d'une interprétation large de l'art. 41 traduisent l'intention du législateur de laisser de grandes lacunes.

... *Hill* gave the quietus to *Goldhar* and to the abnegation which underpinned that decision and those which followed in its wake. *Hill* mandated an expansive reading of s. 41(1), the better to enable this Court to discharge its role at the apex of the Canadian judicial system, as the court of last resort for all Canadians.

If policy considerations are to enter the picture, as they often do, there would appear to me to be every reason why this Court should remain available to adjudicate upon difficult and important questions of law in the sentencing process, in particular where there are, as here, conflicting opinions expressed in the provinces. Indeed we are asked, in effect, in this appeal to decide between two opinions of the Ontario Court of Appeal which are in direct conflict. I can see no advantage to litigants or to the orderly administration of justice in closing doors which do not have to be closed.

[9] A similar evolution may be observed with respect to the Court's jurisdiction to grant leave to appeal when the highest appellate tribunal in the province has refused leave to appeal to it. The Court held in *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639, that it did not have jurisdiction in such cases. However, in 1986, the Court revisited this question and decided in favour of its jurisdiction. In *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, the Court considered its jurisdiction to consider the appellate court's refusal to grant leave to appeal and overturned *Ernewein* and expanded upon its reasoning in *Hill*, *Gardiner* and subsequent cases thereby indicating that "final or other judgment" provides jurisdiction to this Court to hear any issue it deems to be of sufficient importance as long as resort to s. 40 is not excluded by s. 40(3) of the *Supreme Court Act*. Wilson J. discussed the question in these terms in *MacDonald v. City of Montreal*, at pp. 508-9:

The proposition that under s. 41(1) the Court has jurisdiction to intervene even in the case of discretionary decisions of intermediate appellate courts is supported by other provisions of the *Supreme Court Act*. Section 44, for example, provides that the Court has no power to hear an appeal from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion *except where leave to appeal is granted by this Court pursuant to s. 41 of*

... *Hill* a donné le coup de grâce à l'arrêt *Goldhar* et au renoncement qui a marqué ce dernier arrêt et ceux qui ont suivi dans le même sens. L'arrêt *Hill* a donné au par. 41(1) une interprétation plus libérale qui permet à cette Cour de remplir son rôle au sommet du système judiciaire canadien en tant que cour de dernier ressort pour tous les Canadiens.

Si des considérations de principe doivent entrer en ligne de compte, comme c'est souvent le cas, il me semble tout à fait de mise que cette Cour soit prête à trancher des questions de droit importantes et difficiles quant au processus de sentence, surtout lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, des opinions contradictoires ont été exprimées dans les provinces. En fait, dans le présent pourvoi, on nous demande de départager deux opinions de la Cour d'appel de l'Ontario qui sont en contradiction l'une avec l'autre. Je ne puis voir davantage ni pour les parties au litige ni pour la bonne administration de la justice à fermer la porte quand il n'est pas nécessaire de le faire.

[9] On peut constater une évolution similaire quant à la compétence de la Cour pour autoriser les pourvois quand le plus haut tribunal de la province a refusé l'autorisation d'en appeler devant elle. La Cour a conclu dans *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, qu'elle n'avait pas compétence dans de tels cas. Toutefois, en 1986, la Cour s'est penchée à nouveau sur cette question et a décidé qu'elle avait compétence. Dans *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, la Cour a examiné sa compétence pour revoir le refus d'une cour d'appel d'autoriser un pourvoi, a infirmé *Ernewein* et a ajouté au raisonnement énoncé dans *Hill*, *Gardiner* et d'autres causes subséquentes indiquant ainsi que le passage « jugement, définitif ou autre, » confère à la Cour la compétence pour entendre toute question qu'elle juge d'importance suffisante dans la mesure où le recours à l'art. 40 n'est pas exclu par le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*. La juge Wilson a discuté de la question dans les termes suivants aux p. 508-509 de l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal* :

D'autres dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* étayaient la proposition selon laquelle la Cour a, en vertu du par. 41(1), compétence pour intervenir même dans le cas de décisions discrétionnaires de cours d'appel intermédiaires. Par exemple, l'art. 44 dispose que la Cour n'a pas compétence pour entendre l'appel d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire *sauf si la Cour accorde une*

*the Act*. The section 44 restriction on the Court's power would clearly apply to appeals arising under s. 38 of the Act, *i.e.*, where a provincial court of appeal had granted leave to appeal to the Supreme Court of Canada. It would also apply to appeals arising under s. 39 of the Act, *i.e.*, where the parties have agreed to appeal a judgment of a lower court directly to the Supreme Court of Canada instead of to the provincial Court of Appeal. Accordingly, in the less usual situations in which leave to appeal to this Court is not granted by a panel of this Court, the statutory jurisdiction excludes appeals from the exercise of judicial discretion. On the other hand, the explicit exception of s. 41 from the s. 44 restriction serves to indicate that where the route to this Court is the more usual one, *i.e.*, where leave to appeal is granted by this Court itself, its jurisdiction is not restricted to non-discretionary decisions. Rather, under s. 41 of the Act the Court's jurisdiction is confined only by its own exercise of discretion in determining which decisions of an intermediate appellate court are of sufficient national importance to warrant a grant of leave.

It was stated in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, that while there are many instances in which this Court is justifiably reluctant to intervene in decisions of the courts below, it is incorrect to confuse this attitude of reluctance with lack of jurisdiction. Dickson J. (as he then was) came to his conclusion as to the broad ambit of the Court's jurisdiction after a thorough survey of its history and a consequent appreciation of its expanded role and increased significance since the days when most appeals were as of right and the Supreme Court of Canada was itself an intermediate appellate court. Given this expansion, the broadly phrased statutory language in which the Court's jurisdiction was framed, and the role of the Court as the ultimate appellate tribunal, he concluded that in the absence of any irrefutable indication to the contrary, the Court's jurisdiction should not be restrictively construed. [Underlining added.]

As explained later in *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 392-93:

Any doubt on the issue of jurisdiction is, in my view, resolved by *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, where, as here, the Court of Appeal refused

*autorisation de pourvoi conformément à l'art. 41 de la Loi*. La restriction apportée par l'art. 44 à la compétence de la Cour s'appliquerait manifestement aux pourvois interjetés en vertu de l'art. 38 de la Loi, c.-à-d. lorsqu'une cour d'appel provinciale a accordé l'autorisation de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada. Elle s'appliquerait aussi aux pourvois interjetés en vertu de l'art. 39 de la Loi, c.-à-d. lorsque les parties ont convenu d'en appeler du jugement d'un tribunal d'instance inférieure directement à la Cour suprême du Canada plutôt qu'à la cour d'appel provinciale. En conséquence, dans les situations moins courantes où l'autorisation de pourvoi devant cette Cour n'est pas accordée par une formation de juges de cette Cour, la compétence conférée par la loi exclut les appels visant l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire. D'autre part, l'exception explicite de l'art. 41 à la restriction apportée à l'art. 44 sert à indiquer que lorsque la voie suivie pour arriver à cette Cour est la plus usuelle, c.-à-d. lorsque l'autorisation de pourvoi est accordée par cette Cour elle-même, sa compétence n'est pas limitée aux décisions qui ne sont pas de nature discrétionnaire. Plutôt, en vertu de l'art. 41 de la Loi, la compétence de la Cour n'est limitée que par son propre exercice du pouvoir discrétionnaire de déterminer quels arrêts d'une cour d'appel intermédiaire ont suffisamment d'importance nationale pour justifier une autorisation.

Dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, on a dit que même s'il y a de nombreux cas où cette Cour hésite avec raison à intervenir dans les décisions des cours d'instance inférieure, il est erroné d'assimiler cette attitude d'hésitation à une absence de compétence. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) en est venu à cette conclusion quant à l'étendue considérable de la compétence de la Cour après en avoir tracé minutieusement l'historique et avoir noté l'accroissement de son rôle et l'augmentation de son importance depuis l'époque où presque tous les pourvois étaient de plein droit et où la Cour suprême du Canada était elle-même une cour d'appel intermédiaire. Compte tenu de cet accroissement de son rôle, du caractère général de la formulation des dispositions législatives relatives à la compétence de la Cour et de son rôle comme tribunal d'appel de dernier ressort, il a conclu qu'en l'absence de toute indication irréfutable en sens contraire, il n'y avait pas lieu d'interpréter la compétence de la Cour de façon restrictive. [Je souligne.]

Comme il a été expliqué ultérieurement dans *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, aux p. 392-393 :

Tout doute quant à la question de compétence est, à mon avis, résolu par l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, où, comme en l'espèce,

to grant leave to appeal. Although dissenting on the constitutional issue involved, Wilson J. spoke on the issue of jurisdiction at p. 508:

Under s. 41(1) of the *Supreme Court Act* [now s. 40(1)] this Court retains the discretionary power to interfere with any final or other judgment of the intermediate appellate courts which raises an issue of national importance. This discretion is itself broadly phrased so as to include any case with respect to which “. . . the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in such question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it . . .” While a certain amount of deference to the undoubted competence of intermediate appellate courts to control their own leave granting process is called for, it is equally evident that this Court’s jurisdiction to exercise its own discretion in intervening in such decisions is not statutorily confined. [Emphasis added.]

[10] In 1995, the Court considered *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597. In that case, the Court of Appeal set aside the appellant’s conviction but rather than ordering a new trial, it entered a stay of proceedings. Unhappy with the lack of finality and statement of innocence, the appellant wished to appeal the order of stay of proceedings to this Court. Initially, this Court refused leave to appeal but reconsidered its decision and in doing so, discussed the jurisdiction of the Court as found in s. 40(1). The Court noted the concern that an appellate court, in making an order pursuant to s. 686(8) of the *Criminal Code*, could overstep its own jurisdiction and make an order in direct contradiction of the underlying judgment. It expressed the need for a broad and liberal interpretation of s. 40(1), stating at paras. 34-35:

Given this troubling concern, I am inclined to adopt a more generous interpretation of s. 40(1) (and a correspondingly more narrow interpretation of s. 40(3)) which would facilitate this Court’s supervisory role in ensuring the underlying consistency of appellate court orders rendered under the procedural regime of the *Criminal Code*.

la Cour d’appel avait refusé la permission d’en appeler. Bien que dissidente sur la question constitutionnelle, [la] juge Wilson s’est exprimée ainsi, à la p. 508, sur l’aspect juridictionnel :

En vertu du par. 41(1) de la *Loi sur la Cour suprême* [maintenant le par. 40(1)], cette Cour conserve le pouvoir discrétionnaire d’intervenir à l’égard de tout jugement définitif ou de toute autre décision d’une cour d’appel intermédiaire qui soulève une question d’importance nationale. Ce pouvoir discrétionnaire est lui-même formulé en termes généraux de manière à inclure toute affaire à l’égard de laquelle « [. . . ] la Cour suprême estime, étant donné l’importance de l’affaire pour le public, l’importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu’elle comporte, ou sa nature ou son importance à tout autre égard, qu’elle devrait en être saisie [. . . ] » Bien que cela commande un certain respect pour le pouvoir qu’ont indubitablement les cours d’appel intermédiaires de contrôler leur propre processus d’autorisation, il est également évident que le pouvoir discrétionnaire qu’a cette Cour pour intervenir dans ces décisions n’est pas limité par la loi. [Je souligne.]

[10] En 1995, la Cour s’est penchée sur *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597. Dans cette affaire, la Cour d’appel a annulé la déclaration de culpabilité de l’appellant; puis, plutôt que d’ordonner la tenue d’un nouveau procès, elle a ordonné l’arrêt des procédures. Mécontent du manque de finalité et de l’absence d’une déclaration d’innocence, l’appelant a souhaité interjeter appel devant la Cour de la décision d’arrêter les procédures. Initialement, la Cour n’a pas autorisé l’appel. Elle a ensuite reconsidéré sa décision et, ce faisant, a discuté de la compétence que lui confère le par. 40(1). La Cour a noté qu’il pouvait être préoccupant qu’une cour d’appel, en rendant une ordonnance en vertu du par. 686(8) du *Code criminel*, pouvait outrepasser sa propre compétence et rendre une ordonnance qui contredit directement le jugement qu’elle a prononcé. La Cour a exprimé qu’il fallait donner au par. 40(1) une interprétation large et libérale, affirmant aux par. 34-35 :

En raison de cette préoccupation troublante, je suis porté à adopter une interprétation plus libérale du par. 40(1) (et, en contrepartie, une interprétation plus stricte du par. 40(3)), qui faciliterait le rôle de surveillance de notre Cour pour ce qui est d’assurer la cohérence sous-jacente des ordonnances rendues par les cours d’appel sous le régime procédural du *Code criminel*.

For all the foregoing reasons, I am persuaded that an accused or the Crown ought to be permitted to independently seek leave to appeal the legality of an order rendered under s. 686(8) as a “final or other judgment . . . of the highest court of final resort in a province” under this Court’s general jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

[11] I conclude my review of the cases with *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442. Although this case involved a publication ban, the Court made a general comment regarding its jurisdiction under s. 40(1) at para. 20:

The *Supreme Court Act* was passed to allow this Court to serve as a “general court of appeal for Canada”, and s. 40 must be read in light of the purpose of the Court’s enabling legislation. Unless the Court is specifically prohibited from entertaining appeals by s. 40(3) of the Act, it may grant leave to hear any appeal from the decision of any “court of final resort” in Canada. Parliament has seen fit to provide generally for rational routes of appeal in criminal cases. In these cases, we cannot take jurisdiction, nor would we wish to. But a purposive approach to s. 40 requires the Court to take jurisdiction where no other appellate court can do so, unless an explicit provision bars all appeals. Section 40(1) ensures that even though specific legislative provisions on jurisdiction are lacking, this Court may fill the void until Parliament devises a satisfactory solution. [Emphasis added.]

[12] I conclude that under s. 40(1) of the Act, the Court has jurisdiction to grant leave to appeal from an order “of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case” refusing or granting an extension of time to an appellant in an indictable appeal and that the order from which leave to appeal is sought is such an order. However, I would emphasize that the existence of this jurisdiction does not in any way alter the test applicable under s. 40(1), namely that the question “is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis convaincu qu’un accusé ou le ministère public doit pouvoir demander indépendamment l’autorisation de se pourvoir relativement à la légalité d’une ordonnance fondée sur le par. 686(8), comme s’il s’agissait d’un « jugement, définitif ou autre, rendu [. . .] par le plus haut tribunal de dernier ressort [. . .] dans une province », en vertu de la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

[11] Je conclus mon examen de la jurisprudence avec l’arrêt *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Même si cette affaire portait sur une interdiction de publication, la Cour a formulé, au par. 20 de ses motifs, un commentaire général sur la compétence que lui confère le par. 40(1) :

La *Loi sur la Cour suprême* a été adoptée pour permettre à la Cour de servir de « cour générale d’appel pour l’ensemble du pays », et l’art. 40 doit être interprété en fonction de l’objet de la loi habilitante de la Cour. À moins que le par. 40(3) de la Loi interdise expressément à la Cour d’entendre certains pourvois, celle-ci peut décider d’entendre tout appel formé à l’encontre de la décision de tout « tribunal de dernier ressort » au Canada. Le législateur a jugé bon de prévoir de façon générale des voies rationnelles d’appel en matière criminelle. En cette matière, nous ne pouvons pas et ne voulons pas nous attribuer compétence. Mais la méthode d’interprétation en fonction de l’objet de l’art. 40 exige que la Cour s’attribue compétence lorsqu’aucun autre tribunal d’appel ne peut le faire, sauf si une disposition interdit explicitement tout pourvoi. Le paragraphe 40(1) garantit que, même en l’absence de disposition législative précise sur la compétence, la Cour peut combler le vide jusqu’à ce que le législateur trouve une solution satisfaisante. [Je souligne.]

[12] Je conclus que, en vertu du par. 40(1) de la Loi, la Cour a compétence pour accorder l’autorisation d’en appeler d’une ordonnance « rendu[e] par la Cour d’appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l’affaire en question, ou par l’un des juges de ces juridictions » refusant ou accordant une prorogation du délai dont dispose l’appelant qui se pourvoit dans le cadre d’une accusation relative à un acte criminel et que l’ordonnance contre laquelle le demandeur cherche à se pourvoir est de ce type. Toutefois, je tiens à souligner que l’existence de cette compétence ne change en rien le critère applicable selon le par. 40(1), soit que la Cour estime « compte tenu

that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it". It seems to me that only in very rare circumstances would a proposed appeal from an order granting an extension of time for appealing meet this test.

[13] While I would affirm the Court's jurisdiction to grant leave, I would dismiss the application for leave to appeal without costs.

*Application dismissed.*

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

*Solicitor for the respondent: Community Legal Clinic — Simcoe, Haliburton, Kawartha Lakes, Orillia.*

de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie ». Je suis d'avis que ce ne sera que dans de très rares circonstances qu'un pourvoi projeté à l'encontre d'une ordonnance prorogeant un délai pour interjeter appel satisferait à ce critère.

[13] Tout en confirmant la compétence de la Cour d'autoriser le pourvoi, je suis d'avis de rejeter sans dépens la demande d'autorisation d'appel.

*Demande rejetée.*

*Procureur de la demanderesse : Ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intimé : Community Legal Clinic — Simcoe, Haliburton, Kawartha Lakes, Orillia.*

**City of Vancouver** *Appellant*

v.

**Alan Cameron Ward** *Respondent*

- and -

**Her Majesty The Queen in Right of the  
Province of British Columbia** *Appellant*

v.

**Alan Cameron Ward** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General of Ontario, Attorney General  
of Quebec, Aboriginal Legal Services of  
Toronto Inc., Association in Defence of the  
Wrongly Convicted, Canadian Civil Liberties  
Association, Canadian Association of Chiefs  
of Police, Criminal Lawyers' Association  
(Ontario), British Columbia Civil Liberties  
Association and David Asper Centre for  
Constitutional Rights** *Interveners*

**INDEXED AS: VANCOUVER (CITY) v. WARD**

**2010 SCC 27**

File No.: 33089.

2010: January 18; 2010: July 23.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Enforce-  
ment — Damage award as remedy for breach of rights —  
Quantum — Claimant strip searched and his car seized  
in violation of his constitutional rights — Whether  
claimant entitled to damages as remedy under s. 24(1) of*

**Ville de Vancouver** *Appelante*

c.

**Alan Cameron Ward** *Intimé*

- et -

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de  
la Colombie-Britannique** *Appelante*

c.

**Alan Cameron Ward** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur  
général de l'Ontario, procureur général  
du Québec, Aboriginal Legal Services of  
Toronto Inc., Association in Defence of the  
Wrongly Convicted, Association canadienne  
des libertés civiles, Association canadienne  
des chefs de police, Criminal Lawyers'  
Association (Ontario), Association des  
libertés civiles de la Colombie-Britannique  
et David Asper Centre for Constitutional  
Rights** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : VANCOUVER (VILLE) c. WARD**

**2010 CSC 27**

N<sup>o</sup> du greffe : 33089.

2010 : 18 janvier; 2010 : 23 juillet.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Répara-  
tion — Dommages-intérêts accordés en réparation d'une  
atteinte aux droits — Quantum — Demandeur soumis à  
une fouille à nu et sa voiture saisie en violation de ses  
droits constitutionnels — Le demandeur est-il en droit*

*Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, how should quantum of damages be assessed.*

During a ceremony in Vancouver, the city police department received information that an unknown individual intended to throw a pie at the Prime Minister who was in attendance. Based on his appearance, police officers mistakenly identified W as the would-be pie-thrower, chased him down and handcuffed him. W, who loudly protested his detention and created a disturbance, was arrested for breach of the peace and taken to the police lockup. Upon his arrival, the corrections officers conducted a strip search. While W was at the lockup, police officers impounded his car for the purpose of searching it once a search warrant had been obtained. The detectives subsequently determined that they did not have grounds to obtain the required search warrant or evidence to charge W for attempted assault. W was released approximately 4.5 hours after his arrest. He brought an action in tort and for breach of his rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against several parties, including the Province and the City. With respect to the strip search and the car seizure, the trial judge held that, although the Province and the City did not act in bad faith and were not liable in tort for either incident, the Province's strip search and the City's vehicle seizure violated W's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. The trial judge assessed damages under s. 24(1) of the *Charter* at \$100 for the seizure of the car and \$5,000 for the strip search. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the trial judge's ruling.

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

The language of s. 24(1) is broad enough to include the remedy of constitutional damages for breach of a claimant's *Charter* rights if such remedy is found to be appropriate and just in the circumstances of a particular case. The first step in the inquiry is to establish that a *Charter* right has been breached; the second step is to show why damages are a just and appropriate remedy, having regard to whether they would fulfill one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, and/or deterrence of future breaches.

*d'obtenir des dommages-intérêts à titre de réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, comment le montant des dommages-intérêts devrait-il être fixé?*

Au cours d'une cérémonie se tenant à Vancouver, le service de police de cette ville a été informé qu'un individu non identifié avait l'intention d'entarter le premier ministre, qui y assistait. Des policiers ont identifié à tort W, en raison de son apparence, comme l'entartereur potentiel, l'ont poursuivi et lui ont passé les menottes. W, qui a protesté bruyamment contre sa détention et a fait du tapage, a été arrêté pour violation de la paix et conduit au centre de détention de la police. À son arrivée, les agents de correction l'ont soumis à une fouille à nu. Pendant que W se trouvait au centre de détention, des policiers ont remorqué sa voiture à la fourrière en vue de la fouiller après l'obtention d'un mandat de perquisition. Les enquêteurs ont par la suite conclu qu'ils n'avaient pas de motifs suffisants pour obtenir le mandat de perquisition nécessaire, ni les éléments de preuve requis pour inculper W de tentative de voies de fait. W a été libéré environ quatre heures et demie après son arrestation. Il a intenté une action en responsabilité délictuelle et pour violation des droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* contre plusieurs parties, dont la province et la ville. À propos de la fouille à nu et de la saisie de la voiture, le juge de première instance a conclu que même si la province, dans le cas de la fouille, et la ville, dans le cas de la saisie, n'avaient ni agi de mauvaise foi ni engagé leur responsabilité délictuelle, elles avaient violé le droit de W à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge de première instance a fixé le montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) de la *Charte* à 100 \$ pour la saisie de la voiture et à 5 000 \$ pour la fouille à nu. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la décision du juge de première instance.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie.

Le libellé du par. 24(1) est suffisamment large pour embrasser l'octroi de dommages-intérêts en matière constitutionnelle en réparation d'une violation des droits garantis à un demandeur par la *Charte* si une telle réparation est jugée convenable et juste eu égard aux circonstances d'une affaire donnée. À la première étape de l'analyse, il doit être établi qu'un droit garanti par la *Charte* a été enfreint; à la deuxième, il faut démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, selon qu'ils peuvent remplir au moins une des fonctions interreliées suivantes : l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation.

Once the claimant has established that damages are functionally justified, the state has the opportunity to demonstrate, at the third step, that countervailing factors defeat the functional considerations that support a damage award and render damages inappropriate or unjust. Countervailing considerations include the existence of alternative remedies. Claimants need not show that they have exhausted all other recourses. Rather, it is for the state to show that other remedies including private law remedies or another *Charter* remedy are available in the particular case that will sufficiently address the *Charter* breach. Concern for effective governance may also negate the appropriateness of s. 24(1) damages. In some situations, the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity.

If the state fails to negate that the award is “appropriate and just”, the final step is to assess the quantum of the damages. To be “appropriate and just”, an award of damages must represent a meaningful response to the seriousness of the breach and the objectives of s. 24(1) damages. Where the objective of compensation is engaged, the concern is to restore the claimant to the position he or she would have been in had the breach not been committed. With the objectives of vindication and deterrence, the appropriate determination is an exercise in rationality and proportionality. Generally, the more egregious the breach and the more serious the repercussions on the claimant, the higher the award for vindication or deterrence will be. In the end, s. 24(1) damages must be fair to both the claimant and the state. In considering what is fair to both, a court may take into account the public interest in good governance, the danger of deterring governments from undertaking beneficial new policies and programs, and the need to avoid diverting large sums of funds from public programs to private interests. Damages under s. 24(1) should also not duplicate damages awarded under private law causes of action, such as tort, where compensation of personal loss is at issue.

Une fois que le demandeur a démontré que l’octroi de dommages-intérêts est fondé, d’un point de vue fonctionnel, l’État a la possibilité de démontrer, à la troisième étape, que des facteurs faisant contrepois l’emportent sur les considérations fonctionnelles favorables à l’octroi de dommages-intérêts, de sorte que ces derniers ne seraient ni convenables, ni justes. Au nombre des considérations qui peuvent faire contrepois se trouve l’existence d’autres recours. Les demandeurs ne sont pas tenus de prouver qu’ils ont épuisé tous les autres recours. Au contraire, c’est à l’État de démontrer que d’autres recours possibles dans l’affaire, y compris les recours en droit privé ou d’autres réparations accordées en vertu de la *Charte*, offriraient une réparation suffisante pour remédier à la violation de la *Charte*. Le souci de l’efficacité gouvernementale est une autre considération en raison de laquelle l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) peut ne pas être une réparation convenable. Dans certaines situations, l’État pourrait démontrer que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l’État atteint un seuil minimal de gravité.

Si l’État ne réussit pas à réfuter le caractère « convenable et juste » de l’octroi de dommages-intérêts, la dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts. Pour constituer une réparation « convenable et juste », les dommages-intérêts doivent répondre réellement à la gravité de l’atteinte et aux objectifs des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1). L’objectif d’indemnisation vise à replacer le demandeur dans la même situation que si ses droits n’avaient pas été violés. En ce qui a trait aux objectifs de défense du droit et de dissuasion, arriver à une décision adéquate est un exercice de rationalité et de proportionnalité. Règle générale, plus l’atteinte et ses conséquences pour le demandeur seront graves, plus le montant des dommages-intérêts accordés au titre des objectifs de défense du droit et de dissuasion sera élevé. Finalement, le montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) doit être équitable à la fois envers le demandeur et envers l’État. Le tribunal, dans son évaluation d’un montant équitable envers les deux, peut mettre dans la balance l’intérêt public au bon gouvernement, le risque de dissuader les gouvernements d’élaborer des programmes et politiques bénéfiques et la nécessité d’éviter que de gros montants soient prélevés sur le budget des programmes publics pour être consacrés à des intérêts privés. Les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) ne doivent pas non plus emporter duplication des dommages-intérêts obtenus sur le fondement de causes d’action relevant du droit privé, comme un délit civil, dans les cas où l’indemnisation d’un préjudice personnel est en cause.

Here, damages were properly awarded for the strip search of W. This search violated his s. 8 *Charter* rights and compensation is required, in this case, to functionally fulfill the objects of constitutional damages. Strip searches are inherently humiliating and degrading and the *Charter* breach significantly impacted on W's person and rights. The correction officers' conduct which caused the breach was also serious. Minimum sensitivity to *Charter* concerns within the context of the particular situation would have shown the search to be unnecessary and violative. Combined with the police conduct, the impingement on W also engages the objects of vindication of the right and deterrence of future breaches. The state did not establish countervailing factors and damages should be awarded for the breach. Considering the seriousness of the injury and the finding that the corrections officers' actions were not intentional, malicious, high-handed or oppressive, the trial judge's \$5,000 damage award was appropriate.

With respect to the seizure of the car, W has not established that damages under s. 24(1) are appropriate and just from a functional perspective. The object of compensation is not engaged as W did not suffer any injury as a result of the seizure. Nor are the objects of vindication of the right and deterrence of future breaches compelling. While the seizure was wrong, it was not of a serious nature. A declaration under s. 24(1) that the vehicle seizure violated W's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* adequately serves the need for vindication of the right and deterrence of future improper car seizures.

### Cases Cited

**Considered:** *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Dunlea v. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Anufrijeva v. Southwark London Borough Council*, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124; *Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971); *Taunoa v. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429; *Fose*

En l'espèce, la fouille à nu de W appelait à bon droit l'octroi de dommages-intérêts. Cette fouille a porté atteinte à ses droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*, et l'octroi de dommages-intérêts est requis dans ce cas pour que, d'un point de vue fonctionnel, les objectifs des dommages-intérêts en matière constitutionnelle soient remplis. Les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, et la violation de la *Charte* a eu des conséquences non négligeables sur la personne de W et sur ses droits. La conduite des agents de correction à l'origine de la violation des droits était grave elle aussi. Une conscience minimale des préceptes de la *Charte* dans ce contexte aurait permis de reconnaître que la fouille était inutile et attentatoire. Combinée à la conduite des policiers, l'atteinte portée aux droits de W fait aussi intervenir les objectifs de défense du droit en cause et de dissuasion contre de nouvelles violations. L'État n'a pas démontré l'existence de facteurs faisant contrepoids; il convient donc d'accorder des dommages-intérêts en réparation de l'atteinte. Vu la gravité de l'atteinte et la conclusion voulant que les actes des agents de correction ne fussent pas intentionnels, malveillants, tyranniques ou oppressifs, les dommages-intérêts de 5 000 \$ que le juge de première instance a accordés étaient convenables.

Quant à la saisie de sa voiture, W n'a pas démontré que l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constitue une réparation convenable et juste, d'un point de vue fonctionnel. L'objectif d'indemnisation n'intervient pas, la saisie n'ayant causé aucun préjudice à W. Les objectifs de défense du droit et de dissuasion contre de nouvelles violations ne sont pas non plus déterminants. Certes, la saisie de la voiture était fautive, mais n'était pas de nature grave. Un jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) attestant que la saisie du véhicule a porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives que l'art. 8 de la *Charte* garantit à W répond adéquatement à la nécessité de défendre son droit et de décourager de nouvelles saisies irrégulières.

### Jurisprudence

**Arrêt examiné :** *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; **arrêts mentionnés :** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Dunlea c. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Anufrijeva c. Southwark London Borough Council*, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124; *Bivens c. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971); *Taunoa c. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R.

*v. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786; *Attorney General of Trinidad and Tobago v. Ramanoop*, [2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328; *Smith v. Wade*, 461 U.S. 30 (1983); *R. v. B.W.P.*, 2006 SCC 27, [2006] 1 S.C.R. 941; *Simpson v. Attorney-General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 9, 24, 32.  
*Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 49, 51.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Saunders and Low J.J.A.), 2009 BCCA 23, 89 B.C.L.R. (4th) 217, 265 B.C.A.C. 174, 446 W.A.C. 174, 304 D.L.R. (4th) 653, [2009] 6 W.W.R. 261, 63 C.C.L.T. (3d) 165, [2009] B.C.J. No. 91 (QL), 2009 CarswellBC 115, affirming a decision of Tysoe J., 2007 BCSC 3, 63 B.C.L.R. (4th) 361, [2007] 4 W.W.R. 502, 45 C.C.L.T. (3d) 121, [2007] B.C.J. No. 9 (QL), 2007 CarswellBC 12, finding a breach of *Charter* rights and awarding damages. Appeal allowed in part.

*Tomasz M. Zworski*, for the appellant the City of Vancouver.

*Bryant Alexander Mackey* and *Barbara Carmichael*, for the appellant Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

*Brian M. Samuels*, *Kieran A. G. Bridge* and *Jennifer W. Chan*, for the respondent.

*Mark R. Kindrachuk, Q.C.*, and *Jeffrey G. Johnston*, for the intervener the Attorney General of Canada.

429; *Fose c. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786; *Attorney General of Trinidad and Tobago c. Ramanoop*, [2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328; *Smith c. Wade*, 461 U.S. 30 (1983); *R. c. B.W.P.*, 2006 CSC 27, [2006] 1 R.C.S. 941; *Simpson c. Attorney-General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 9, 24, 32.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 49, 51.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Saunders et Low), 2009 BCCA 23, 89 B.C.L.R. (4th) 217, 265 B.C.A.C. 174, 446 W.A.C. 174, 304 D.L.R. (4th) 653, [2009] 6 W.W.R. 261, 63 C.C.L.T. (3d) 165, [2009] B.C.J. No. 91 (QL), 2009 CarswellBC 115, qui a confirmé une décision du juge Tysoe, 2007 BCSC 3, 63 B.C.L.R. (4th) 361, [2007] 4 W.W.R. 502, 45 C.C.L.T. (3d) 121, [2007] B.C.J. No. 9 (QL), 2007 CarswellBC 12, qui avait conclu à une violation des droits garantis par la *Charte* et accordé des dommages-intérêts. Pourvoi accueilli en partie.

*Tomasz M. Zworski*, pour l'appelante la Ville de Vancouver.

*Bryant Alexander Mackey* et *Barbara Carmichael*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

*Brian M. Samuels*, *Kieran A. G. Bridge* et *Jennifer W. Chan*, pour l'intimé.

*Mark R. Kindrachuk, c.r.*, et *Jeffrey G. Johnston*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Robert E. Charney and Josh Hunter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Isabelle Harnois and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Kimberly R. Murray and Julian N. Falconer*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

*Louis Sokolov and Heidi Rubin*, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

*Stuart Svonkin and Jana Stettner*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Vincent Westwick and Karine LeBlanc*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

*Séan Dewart and Tim Gleason*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Kent Roach and Grace Pastine*, for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association and the David Asper Centre for Constitutional Rights.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Introduction

[1] The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the fundamental rights and freedoms of all Canadians and provides remedies for their breach. The first and most important remedy is the nullification of laws that violate the *Charter* under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. This is supplemented by s. 24(2), under which evidence obtained in breach of the *Charter* may be excluded if its admission would bring the administration of justice into disrepute, and s. 24(1) — the provision at issue in this case — under which the court is authorized to grant such remedies to individuals

*Robert E. Charney et Josh Hunter*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Isabelle Harnois et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Kimberly R. Murray et Julian N. Falconer*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

*Louis Sokolov et Heidi Rubin*, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

*Stuart Svonkin et Jana Stettner*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Vincent Westwick et Karine LeBlanc*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

*Sean Dewart et Tim Gleason*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Kent Roach et Grace Pastine*, pour les intervenants l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et David Asper Centre for Constitutional Rights.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Introduction

[1] La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés fondamentaux de tous les Canadiens et prévoit des recours en cas de violation. Le premier et le plus important de ces recours réside dans l'invalidation, prévue au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des règles de droit contraires à la *Charte*. Viennent s'y ajouter le par. 24(2), en vertu duquel les éléments de preuve obtenus en contravention de la *Charte* peuvent être écartés dans le cas où leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et le par. 24(1) — la disposition sur laquelle porte le litige —,

for infringement of *Charter* rights as it “considers appropriate and just in the circumstances”.

[2] The respondent Ward’s *Charter* rights were violated by Vancouver and British Columbia officials who detained him, strip searched his person and seized his car without cause. The trial judge awarded Mr. Ward damages for the *Charter* breaches, and the majority of the Court of Appeal of British Columbia upheld that award.

[3] This appeal raises the question of when damages may be awarded under s. 24(1) of the *Charter*, and what the amount of such damages should be. Although the *Charter* is 28 years old, authority on this question is sparse, inviting a comprehensive analysis of the object of damages for *Charter* breaches and the considerations that guide their award.

[4] I concluded that damages may be awarded for *Charter* breach under s. 24(1) where appropriate and just. The first step in the inquiry is to establish that a *Charter* right has been breached. The second step is to show why damages are a just and appropriate remedy, having regard to whether they would fulfill one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, and/or deterrence of future breaches. At the third step, the state has the opportunity to demonstrate, if it can, that countervailing factors defeat the functional considerations that support a damage award and render damages inappropriate or unjust. The final step is to assess the quantum of the damages.

[5] I conclude that damages were properly awarded for the strip search of Mr. Ward, but not justified for the seizure of his car. I would therefore allow the appeal in part.

qui habilite le tribunal à accorder, aux personnes dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, la réparation qu’il « estime convenable et juste eu égard aux circonstances ».

[2] Les droits que la *Charte* garantit à l’intimé, M. Ward, ont été violés par des agents de Vancouver et de la Colombie-Britannique qui l’ont mis en détention, l’ont soumis à une fouille à nu et ont saisi sa voiture sans motif suffisant. Le juge de première instance a accordé à M. Ward des dommages-intérêts pour des violations de la *Charte*, et ce jugement a été confirmé, à la majorité, par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique.

[3] Le pourvoi soulève la question de savoir dans quels cas des dommages-intérêts peuvent être accordés en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, et à quel montant ils devraient être fixés. Bien que la *Charte* soit en vigueur depuis 28 ans, la jurisprudence sur cette question demeure rare. Il semble donc opportun d’analyser en détail l’objectif des dommages-intérêts pour violation de la *Charte* et les considérations qui en guident l’octroi.

[4] Je conclus que des dommages-intérêts pour violation de la *Charte* peuvent être accordés en vertu du par. 24(1) lorsqu’ils constituent une réparation convenable et juste. À la première étape de l’analyse, il doit être établi qu’un droit garanti par la *Charte* a été enfreint. À la deuxième, il faut démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, selon qu’ils peuvent remplir au moins une des fonctions interreliées suivantes : l’indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation. À la troisième, l’État a la possibilité de démontrer, le cas échéant, que des facteurs faisant contrepoids l’emportent sur les considérations fonctionnelles favorables à l’octroi de dommages-intérêts, de sorte que ces derniers ne seraient ni convenables, ni justes. La dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts.

[5] Selon moi, la fouille à nu de M. Ward appelait à bon droit l’octroi de dommages-intérêts, mais pas la saisie de sa voiture. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en partie.

## II. Facts

[6] On August 1, 2002, Prime Minister Chrétien participated in a ceremony to mark the opening of a gate at the entrance to Vancouver's Chinatown. During the ceremony, the Vancouver Police Department ("VPD") received information that an unknown individual intended to throw a pie at the Prime Minister, an event that had occurred elsewhere two years earlier. The suspected individual was described as a white male, 30 to 35 years, 5' 9", with dark short hair, wearing a white golf shirt or T-shirt with some red on it.

[7] Mr. Ward is a Vancouver lawyer who attended the August 1 ceremony. On the day, Mr. Ward, a white male, had grey, collar-length hair, was in his mid-40s and was wearing a grey T-shirt with some red on it. Based on his appearance, Mr. Ward was identified — mistakenly — as the would-be pie-thrower. When the VPD officers noticed him, Mr. Ward was running and appeared to be avoiding interception. The officers chased Mr. Ward down and handcuffed him. Mr. Ward loudly protested his detention and created a disturbance, drawing the attention of a local television camera crew. The television broadcast showed that Mr. Ward had a "very agitated look on his face", "appeared to be yelling for the benefit of the onlookers" and was "holding back" as he was being escorted down the street.

[8] Mr. Ward was arrested for breach of the peace and taken to the police lockup in Vancouver, which was under the partial management of provincial corrections officers. Upon his arrival, the corrections officers instructed Mr. Ward to remove all his clothes in preparation for a strip search. Mr. Ward complied in part but refused to take off his underwear. The officers did not insist on complete removal and Mr. Ward was never touched during the search. After the search was completed, Mr. Ward was placed in a small cell where he spent several hours before being released.

## II. Les faits

[6] Le 1<sup>er</sup> août 2002, le premier ministre Chrétien participait à une cérémonie soulignant l'inauguration d'un portail à l'entrée du quartier chinois de Vancouver. Pendant la cérémonie, le service de police de Vancouver (« SPV ») a été informé qu'un individu non identifié avait l'intention d'entarter le premier ministre, un incident qui s'était produit ailleurs deux ans auparavant. Le suspect était décrit comme un homme de race blanche âgé de 30 à 35 ans, mesurant 5 pi 9 po, ayant les cheveux courts foncés et portant un polo ou un tee-shirt blanc avec un peu de rouge.

[7] M. Ward, un avocat de Vancouver, assistait à la cérémonie du 1<sup>er</sup> août. Ce jour-là, M. Ward, un homme de race blanche dans la mi-quarantaine, aux cheveux gris au ras du cou, était vêtu d'un tee-shirt gris avec un peu de rouge. En raison de son apparence, M. Ward a été identifié — à tort — comme l'entarteur potentiel. Lorsque les agents du SPV l'ont remarqué, M. Ward courait et semblait essayer d'éviter d'être intercepté. Les agents l'ont poursuivi et lui ont passé les menottes. M. Ward a protesté bruyamment contre sa détention, et le tapage a attiré l'attention d'une équipe de télévision locale. Dans le reportage qui a été diffusé, M. Ward avait [TRADUCTION] « l'air très agité », « semblait hurler pour se faire remarquer des gens assistant à la scène » et « opposait une résistance » pendant qu'on l'escortait dans la rue.

[8] M. Ward a été arrêté pour violation de la paix et conduit au centre de détention de la police à Vancouver, administré en partie par des agents de correction provinciaux. À son arrivée, les agents de correction lui ont demandé d'enlever tous ses vêtements en vue d'une fouille à nu. M. Ward a obtempéré partiellement, mais a refusé de retirer son sous-vêtement. Les agents n'ont pas insisté pour qu'il se dénude complètement et M. Ward n'a pas été touché pendant la fouille. Une fois la fouille terminée, M. Ward a été enfermé dans une petite cellule où il a passé plusieurs heures avant d'être remis en liberté.

[9] While Mr. Ward was at the lockup, VPD officers impounded his car for the purpose of searching it once a search warrant had been obtained. VPD detectives subsequently determined that they did not have grounds to obtain the required search warrant or evidence to charge Mr. Ward for attempted assault. Mr. Ward was released from the lockup approximately 4.5 hours after he was arrested and several hours after the Prime Minister had left Chinatown following the ceremony.

### III. Judicial History

#### A. *Supreme Court of British Columbia, 2007 BCSC 3, 63 B.C.L.R. (4th) 361*

[10] Mr. Ward brought an action in tort and for breach of his *Charter* rights against the City, the Province, and individual police and corrections officers for his arrest, detention, strip search, and car seizure. Justice Tysoe found Mr. Ward's arrest for breach of the peace to be lawful and dismissed the action against the individual police and corrections officers. However, Tysoe J. held that — although they did not act in bad faith and were not liable in tort for either incident — the Province's strip search and the City's vehicle seizure violated Mr. Ward's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. In addition, Tysoe J. found that the City breached Mr. Ward's rights under s. 9 of the *Charter* and committed the tort of wrongful imprisonment by keeping Mr. Ward in the police lockup longer than necessary.

[11] Tysoe J. assessed damages under s. 24(1) of the *Charter* at \$100 for the seizure of the car and \$5,000 for the strip search. He rejected the governments' argument that damages were an inappropriate remedy for *Charter* breaches absent bad faith, abuse of power, or tortious conduct. In addition,

[9] Pendant que M. Ward se trouvait au centre de détention, des agents du SPV ont remorqué sa voiture à la fourrière en vue de la fouiller après l'obtention d'un mandat de perquisition. Les enquêteurs du SPV ont par la suite conclu qu'ils n'avaient pas de motifs suffisants pour obtenir le mandat de perquisition nécessaire, ni les éléments de preuve requis pour inculper M. Ward de tentative de voies de fait. M. Ward a été libéré du centre de détention environ quatre heures et demie après son arrestation, et plusieurs heures après que le premier ministre eut quitté le quartier chinois à l'issue de la cérémonie.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2007 BCSC 3, 63 B.C.L.R. (4th) 361*

[10] M. Ward a intenté une action en responsabilité délictuelle et pour violation de ses droits garantis par la *Charte* contre la ville, la province ainsi que certains policiers et agents de correction à titre individuel par suite de son arrestation, sa détention, la fouille à nu qu'il a subie et la saisie de son véhicule. Le juge Tysoe a conclu à la légalité de l'arrestation de M. Ward pour violation de la paix et a rejeté l'action intentée contre les policiers et les agents de correction à titre individuel. Il a toutefois conclu que la fouille à nu et la saisie du véhicule avaient violé le droit de M. Ward à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*, même si la province, dans le cas de la fouille, et la ville, dans le cas de la saisie, n'avaient ni agi de mauvaise foi ni engagé leur responsabilité délictuelle. De plus, le juge Tysoe a conclu que la ville avait porté atteinte au droit de M. Ward garanti par l'art. 9 de la *Charte* et avait commis le délit civil de séquestration en gardant M. Ward au centre de détention de la police plus longtemps que cela était nécessaire.

[11] Le juge Tysoe a fixé le montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) de la *Charte* à 100 \$ pour la saisie de la voiture et à 5 000 \$ pour la fouille à nu. Il a rejeté l'argument du gouvernement selon lequel l'octroi de dommages-intérêts ne constitue pas une réparation

Tysoe J. awarded \$5,000 in damages for the wrongful imprisonment. This award is not at issue on this appeal.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2009 BCCA 23, 89 B.C.L.R. (4th) 217*

[12] Justice Low, Finch C.J.B.C. concurring, upheld Tysoe J.'s ruling, agreeing with Mr. Ward that bad faith, abuse of power, or tortious conduct are not necessary requirements for the awarding of *Charter* damages.

[13] Justice Saunders, dissenting, would have allowed the Province and City appeals, holding that damages cannot be awarded where the police did not act in bad faith and simply made a mistake as to the proper course of action.

#### IV. Constitutional Provisions

[14] Section 24(1) of the *Charter* provides as follows:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

#### V. Issues

[15] The issues are the following:

A. When are damages under s. 24(1) available?

1. The language of s. 24(1) and the nature of *Charter* damages;
2. Step one: Proof of a *Charter* breach;
3. Step two: Functional justification of damages;

convenable à une violation de la *Charte* s'il n'y a eu ni mauvaise foi, ni abus de pouvoir, ni conduite délictueuse. Le juge Tysoe a aussi accordé des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle de 5 000 \$ pour séquestration. Ces dommages-intérêts ne sont pas en cause dans le pourvoi.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2009 BCCA 23, 89 B.C.L.R. (4th) 217*

[12] Le juge Low, avec l'accord du juge en chef Finch, a confirmé la décision du juge Tysoe, retenant la prétention de M. Ward que la mauvaise foi, l'abus de pouvoir ou une conduite délictueuse ne sont pas des conditions préalables à l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[13] La juge Saunders, dissidente, aurait accueilli les appels de la province et de la ville. À son avis, des dommages-intérêts ne peuvent être accordés si la police n'a pas agi de mauvaise foi et a tout simplement commis une erreur quant à la ligne de conduite à suivre.

#### IV. Dispositions constitutionnelles

[14] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* est ainsi rédigé :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

#### V. Questions en litige

[15] Les questions à trancher sont les suivantes :

A. Dans quels cas peut-on accorder des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1)?

1. Libellé du par. 24(1) et nature des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte*.
2. Première étape : preuve d'une violation de la *Charte*.
3. Deuxième étape : justification fonctionnelle des dommages-intérêts.

4. Step three: Countervailing factors;
5. Step four: Quantum of s. 24(1) damages;
6. Forum and procedure.

#### B. Application to the Facts

1. Damages for the strip search;
2. Damages for the car seizure.

### VI. Analysis

#### A. *When Are Damages Under Section 24(1) Available?*

- (1) The Language of Section 24(1) and the Nature of *Charter* Damages

[16] Section 24(1) empowers courts of competent jurisdiction to grant “appropriate and just” remedies for *Charter* breaches. This language invites a number of observations.

[17] First, the language of the grant is broad. As McIntyre J. observed, “[i]t is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion”: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965. The judge of “competent jurisdiction” has broad discretion to determine what remedy is appropriate and just in the circumstances of a particular case.

[18] Second, it is improper for courts to reduce this discretion by casting it in a strait-jacket of judicially prescribed conditions. To quote McIntyre J. in *Mills* once more, “[i]t is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion”: *Mills*, at p. 965.

4. Troisième étape : facteurs qui font contre-poids.
5. Quatrième étape : montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1).
6. Tribunal et procédure.

#### B. Application aux faits

1. Dommages-intérêts pour la fouille à nu.
2. Dommages-intérêts pour la saisie de la voiture.

### VI. Analyse

#### A. *Dans quels cas peut-on accorder des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1)?*

- (1) Libellé du par. 24(1) et nature des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte*

[16] Le paragraphe 24(1) confère au tribunal compétent le pouvoir d'accorder une réparation « convenable et juste » en cas de violation des droits garantis par la *Charte*. Cette formulation appelle un certain nombre d'observations.

[17] Premièrement, ce pouvoir est conféré en termes très larges. Comme l'a constaté le juge McIntyre, « [i]l est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965. Le juge du « tribunal compétent » dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer la réparation convenable et juste eu égard aux circonstances d'une affaire donnée.

[18] Deuxièmement, les tribunaux ne sont pas autorisés à restreindre ce pouvoir discrétionnaire en l'enserrant dans un corset de conditions d'origine jurisprudentielle. Pour citer encore le juge McIntyre dans *Mills*, « [c]e large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée » : *Mills*, p. 965.

[19] Third, the prohibition on cutting down the ambit of s. 24(1) does not preclude judicial clarification of when it may be “appropriate and just” to award damages. The phrase “appropriate and just” limits what remedies are available. The court’s discretion, while broad, is not unfettered. What is appropriate and just will depend on the facts and circumstances of the particular case. Prior cases may offer guidance on what is appropriate and just in a particular situation.

[20] The general considerations governing what constitutes an appropriate and just remedy under s. 24(1) were set out by Iacobucci and Arbour JJ. in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3. Briefly, an appropriate and just remedy will: (1) meaningfully vindicate the rights and freedoms of the claimants; (2) employ means that are legitimate within the framework of our constitutional democracy; (3) be a judicial remedy which vindicates the right while invoking the function and powers of a court; and (4) be fair to the party against whom the order is made: *Doucet-Boudreau*, at paras. 55-58.

[21] Damages for breach of a claimant’s *Charter* rights may meet these conditions. They may meaningfully vindicate the claimant’s rights and freedoms. They employ a means well-recognized within our legal framework. They are appropriate to the function and powers of a court. And, depending on the circumstances and the amount awarded, they can be fair not only to the claimant whose rights were breached, but to the state which is required to pay them. I therefore conclude that s. 24(1) is broad enough to include the remedy of damages for *Charter* breach. That said, granting damages under the *Charter* is a new endeavour, and an approach to when damages are appropriate and just should develop incrementally. *Charter* damages are only one remedy amongst others available under s. 24(1), and often other

[19] Troisièmement, l’interdiction de restreindre la portée du par. 24(1) n’empêche pas les tribunaux de préciser dans quels cas il peut se révéler « convenable et juste » d’accorder des dommages-intérêts. L’expression « convenable et juste » limite les réparations possibles. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal, si large soit-il, n’est pas pour autant absolu. Ce qui est convenable et juste dépendra des faits et des circonstances de chaque affaire. Les décisions antérieures peuvent donner des indications quant à ce qui pourra être jugé convenable et juste dans une situation donnée.

[20] Les facteurs généraux permettant de reconnaître une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1) ont été énoncés par les juges Iacobucci et Arbour dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3. En résumé, une réparation convenable et juste : (1) permet de défendre utilement les droits et libertés du demandeur; (2) fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle; (3) est une réparation judiciaire qui défend le droit en cause tout en mettant à contribution le rôle et les pouvoirs d’un tribunal; (4) est équitable pour la partie visée par l’ordonnance : *Doucet-Boudreau*, par. 55-58.

[21] L’octroi de dommages-intérêts à un demandeur en réparation de la violation de ses droits garantis par la *Charte* peut répondre à ces conditions. Il peut permettre de défendre utilement les droits et libertés du demandeur. Il fait appel à un moyen bien reconnu dans notre cadre juridique. Il s’accorde avec le rôle et les pouvoirs des tribunaux. Et, selon les circonstances et le montant accordé, il peut s’avérer équitable non seulement envers la personne dont les droits ont été violés, mais aussi envers l’État qui versera les dommages-intérêts. Je conclus donc que la portée du par. 24(1) est suffisamment large pour embrasser l’octroi de dommages-intérêts en réparation d’une violation de la *Charte*. Cela dit, l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constitue une nouveauté, et les règles servant à déterminer s’il s’agit d’une réparation convenable et juste devraient

s. 24(1) remedies will be more responsive to the breach.

[22] The term “damages” conveniently describes the remedy sought in this case. However, it should always be borne in mind that these are not private law damages, but the distinct remedy of constitutional damages. As Thomas J. notes in *Dunlea v. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136, at para. 81, a case dealing with New Zealand’s *Bill of Rights Act 1990*, an action for public law damages “is not a private law action in the nature of a tort claim for which the state is vicariously liable but [a distinct] public law action directly against the state for which the state is primarily liable”. In accordance with s. 32 of the *Charter*, this is equally so in the Canadian constitutional context. The nature of the remedy is to require the state (or society writ large) to compensate an individual for breaches of the individual’s constitutional rights. An action for public law damages — including constitutional damages — lies against the state and not against individual actors. Actions against individual actors should be pursued in accordance with existing causes of action. However, the underlying policy considerations that are engaged when awarding private law damages against state actors may be relevant when awarding public law damages directly against the state. Such considerations may be appropriately kept in mind.

(2) Step One: Proof of a Charter Breach

[23] Section 24(1) is remedial. The first step, therefore, is to establish a *Charter* breach. This is the wrong on which the claim for damages is based.

se développer graduellement. L’octroi de dommages-intérêts ne représente qu’une des réparations permises par le par. 24(1) et, souvent, d’autres réparations possibles répondront mieux à la violation.

[22] Le terme « dommages-intérêts » décrit commodément la réparation demandée en l’espèce. Toutefois, il faut toujours se rappeler qu’il ne s’agit pas de dommages-intérêts de droit privé, mais bien de la réparation distincte que constituent les dommages-intérêts en matière constitutionnelle. Ainsi que le fait remarquer le juge Thomas dans *Dunlea c. Attorney-General*, [2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136, au par. 81, une décision portant sur le *Bill of Rights Act 1990* de la Nouvelle-Zélande, une action en dommages-intérêts de droit public [TRADUCTION] « n’est pas une action de droit privé de la nature d’un recours délictuel fondé sur la responsabilité du fait d’autrui de l’État, [mais une action distincte] de droit public intentée directement contre l’État dont la responsabilité est invoquée à titre principal ». Cela vaut également dans le contexte constitutionnel canadien, compte tenu de l’art. 32 de la *Charte*. Il s’agit d’un recours visant à obliger l’État (autrement dit, la société) à indemniser la personne dont les droits constitutionnels ont été violés. L’action en dommages-intérêts de droit public — y compris en dommages-intérêts en matière constitutionnelle — est intentée contre l’État, et non contre ses représentants à titre individuel. Les actions contre ces derniers devraient, pour leur part, être fondées sur les causes d’action existantes. Toutefois, les considérations sous-jacentes de politique générale qui interviennent dans la décision d’ordonner à des représentants de l’État de verser des dommages-intérêts de droit privé peuvent être pertinentes lorsqu’il s’agit de contraindre directement l’État à verser des dommages-intérêts de droit public. Ces considérations peuvent à bon droit être prises en compte.

(2) Première étape : preuve d’une violation de la Charte

[23] Le paragraphe 24(1) est une disposition réparatrice. Par conséquent, la première étape consiste à prouver la violation de la *Charte*. Il s’agit là du préjudice fondant l’action en dommages-intérêts.

(3) Step Two: Functional Justification of Damages

[24] A functional approach to damages finds damages to be appropriate and just to the extent that they serve a useful function or purpose. This approach has been adopted in awarding non-pecuniary damages in personal injury cases (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229), and, in my view, a similar approach is appropriate in determining when damages are “appropriate and just” under s. 24(1) of the *Charter*.

[25] I therefore turn to the purposes that an order for damages under s. 24(1) may serve. For damages to be awarded, they must further the general objects of the *Charter*. This reflects itself in three interrelated functions that damages may serve. The function of *compensation*, usually the most prominent function, recognizes that breach of an individual’s *Charter* rights may cause personal loss which should be remedied. The function of *vindication* recognizes that *Charter* rights must be maintained, and cannot be allowed to be whittled away by attrition. Finally, the function of *deterrence* recognizes that damages may serve to deter future breaches by state actors.

[26] These functions of s. 24(1) damages are supported by foreign constitutional jurisprudence and, by analogy, foreign jurisprudence arising in the statutory human rights context.

[27] Compensation has been cited by Lord Woolf C.J. (speaking of the *European Convention of Human Rights*) as “fundamental”. In most cases, it is the most prominent of the three functions that *Charter* damages may serve. The goal is to compensate the claimant for the loss caused by the *Charter* breach; “[t]he applicant should, in so far as this is possible, be placed in the same position as if his Convention rights had not been infringed”:

(3) Deuxième étape : justification fonctionnelle des dommages-intérêts

[24] Selon une approche fonctionnelle des dommages-intérêts, les dommages-intérêts sont tenus pour convenables et justes dans la mesure où ils remplissent une fonction ou un but utile. Cette approche a été suivie pour l’octroi de dommages-intérêts non pécuniaires pour préjudice personnel (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229) et il convient, à mon avis, d’adopter une approche similaire pour déterminer dans quels cas des dommages-intérêts constituent une réparation « convenable et juste » pour l’application du par. 24(1) de la *Charte*.

[25] J’en viens donc aux objectifs que peut remplir l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1). Des dommages-intérêts ne seront accordés que s’ils servent les objectifs généraux de la *Charte*. Trois fonctions interreliées des dommages-intérêts leur permettront de satisfaire à cette condition. La fonction d’*indemnisation*, généralement la plus importante, reconnaît que l’atteinte à un droit garanti par la *Charte* peut causer une perte personnelle qui exige réparation. La fonction de *défense* reconnaît que les droits conférés par la *Charte* doivent demeurer intacts et qu’il faut veiller à ce qu’ils ne s’effritent pas. Enfin, la fonction de *dissuasion* reconnaît que les dommages-intérêts peuvent permettre de décourager la perpétration d’autres violations par des représentants de l’État.

[26] Ces fonctions de l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) sont étayées par la jurisprudence étrangère en matière constitutionnelle et, par analogie, par la jurisprudence étrangère fondée sur la législation en matière de droits de la personne.

[27] Le lord juge en chef Woolf a employé l’adjectif [TRADUCTION] « fondamentale » pour qualifier l’indemnisation (sous le régime de la *Convention européenne des droits de l’homme*). Dans la plupart des cas, il s’agit de la plus importante des trois fonctions des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte*. Elle a pour objet d’indemniser le demandeur des pertes occasionnées par la violation de la *Charte*; [TRADUCTION] « [l]e demandeur

*Anufrijeva v. Southwark London Borough Council*, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124, at para. 59, per Lord Woolf C.J. Compensation focuses on the claimant's personal loss: physical, psychological and pecuniary. To these types of loss must be added harm to the claimant's intangible interests. In the public law damages context, courts have variously recognized this harm as distress, humiliation, embarrassment, and anxiety: *Dunlea; Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971); *Taunoa v. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429. Often the harm to intangible interests effected by a breach of rights will merge with psychological harm. But a resilient claimant whose intangible interests are harmed should not be precluded from recovering damages simply because she cannot prove a substantial psychological injury.

[28] Vindication, in the sense of affirming constitutional values, has also been recognized as a valid object of damages in many jurisdictions: see *Fose v. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786 (C.C.), at para. 55, for a summary of the international jurisprudence. Vindication focuses on the harm the infringement causes society. As Didcott J. observed in *Fose*, violations of constitutionally protected rights harm not only their particular victims, but society as a whole. This is because they "impair public confidence and diminish public faith in the efficacy of the [constitutional] protection": *Fose*, at para. 82. While one may speak of vindication as underlining the seriousness of the harm done to the claimant, vindication as an object of constitutional damages focuses on the harm the *Charter* breach causes to the state and to society.

devrait, dans la mesure du possible, être remis dans la même situation que si ses droits garantis par la Convention n'avaient pas été violés » : *Anufrijeva c. Southwark London Borough Council*, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124, par. 59, le lord juge en chef Woolf. L'indemnisation est axée sur la perte personnelle subie par le demandeur : perte physique, psychologique et pécuniaire. À ces types de pertes, il faut ajouter le préjudice causé aux intérêts intangibles du demandeur. Dans le contexte des dommages-intérêts de droit public, les tribunaux ont assimilé ce préjudice, selon le cas, à la détresse, à l'humiliation, à l'embarras et à l'anxiété : *Dunlea; Bivens c. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971); *Taunoa c. Attorney-General*, [2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429. Souvent le préjudice causé aux intérêts intangibles par une atteinte aux droits se confond avec le préjudice psychologique. Néanmoins, une demanderesse dont les intérêts intangibles ont été lésés, mais qui fait montre de résilience, ne devrait pas se voir empêchée d'obtenir des dommages-intérêts du simple fait qu'elle est incapable d'établir l'existence d'un préjudice psychologique substantiel.

[28] La défense du droit, dans le sens d'affirmation des valeurs constitutionnelles, a également été reconnue dans de nombreux pays comme un objectif valable de l'octroi de dommages-intérêts : voir *Fose c. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) SA 786 (C.C.), par. 55, où l'on trouvera un résumé de la jurisprudence étrangère. La défense du droit est axée sur le préjudice que l'atteinte cause à la société. Comme le fait remarquer le juge Didcott dans *Fose*, les atteintes à des droits protégés par la Constitution causent un préjudice non seulement à leurs victimes, mais à la société dans son ensemble. Il en est ainsi car elles [TRADUCTION] « nuisent à la confiance qu'a le public en la vigueur de la protection [constitutionnelle] » : *Fose*, par. 82. Bien que l'on puisse concevoir la défense des droits comme servant à souligner la gravité du préjudice causé au demandeur — la défense des droits en tant qu'objectif des dommages-intérêts en matière constitutionnelle met l'accent sur le préjudice causé à l'État et à la société par la violation de la *Charte*.

[29] Finally, deterrence of future breaches of the right has also been widely recognized as a valid object of public law damages: e.g., *Attorney General of Trinidad and Tobago v. Ramanoop*, [2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328, at para. 19; *Taunoa*, at para. 259; *Fose*, at para. 96; *Smith v. Wade*, 461 U.S. 30 (1983), at p. 49. Deterrence, like vindication, has a societal purpose. Deterrence seeks to regulate government behaviour, generally, in order to achieve compliance with the Constitution. This purpose is similar to the criminal sentencing object of “general deterrence”, which holds that the example provided by the punishment imposed on a particular offender will dissuade potential criminals from engaging in criminal activity. When general deterrence is factored in the determination of the sentence, the offender is punished more severely, not because he or she deserves it, but because the court decides to send a message to others who may be inclined to engage in similar criminal activity: *R. v. B.W.P.*, 2006 SCC 27, [2006] 1 S.C.R. 941. Similarly, deterrence as an object of *Charter* damages is not aimed at deterring the specific wrongdoer, but rather at influencing government behaviour in order to secure state compliance with the *Charter* in the future.

[30] In most cases, all three objects will be present. Harm to the claimant will evoke the need for compensation. Vindication and deterrence will support the compensatory function and bolster the appropriateness of an award of damages. However, the fact that the claimant has not suffered personal loss does not preclude damages where the objectives of vindication or deterrence clearly call for an award. Indeed, the view that constitutional damages are available only for pecuniary or physical loss has been widely rejected in other constitutional democracies: see, e.g., *Anufrijeva*; *Fose*; *Taunoa*; *Smith*; and *Ramanoop*.

[31] In summary, damages under s. 24(1) of the *Charter* are a unique public law remedy, which

[29] Enfin, la dissuasion contre toute nouvelle violation du droit a aussi été reconnue dans plusieurs pays comme un objectif valable des dommages-intérêts de droit public : par ex., *Attorney General of Trinidad and Tobago c. Ramanoop*, [2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328, par. 19; *Taunoa*, par. 259; *Fose*, par. 96; *Smith c. Wade*, 461 U.S. 30 (1983), p. 49. La dissuasion, à l’instar de la défense des droits, joue un rôle sociétal. Elle cherche à régir la conduite du gouvernement, de manière générale, afin d’assurer le respect de la Constitution. Cet objectif est semblable à un objectif de la détermination de la peine en matière pénale, soit la « dissuasion générale », voulant que la punition infligée à un délinquant serve d’exemple pour dissuader des criminels potentiels de se livrer à des activités criminelles. Quand la dissuasion générale est prise en compte dans la détermination de la peine, le délinquant est puni plus sévèrement, non pas parce qu’il le mérite, mais parce que le tribunal décide de transmettre un message à quiconque pourrait être tenté de se livrer à des activités criminelles similaires : *R. c. B.W.P.*, 2006 CSC 27, [2006] 1 R.C.S. 941. De même, la dissuasion en tant qu’objectif des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* ne vise pas le contrevenant lui-même, mais vise plutôt à influencer sur la conduite du gouvernement de sorte que l’État respecte la *Charte* à l’avenir.

[30] Dans la plupart des cas, les trois objectifs interviendront. Le préjudice causé au demandeur appellera l’indemnisation; la défense du droit et la dissuasion étayeront la fonction d’indemnisation et renforceront le caractère convenable des dommages-intérêts. Or, l’absence de préjudice personnel subi par le demandeur n’empêche pas l’octroi de dommages-intérêts si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion. En effet, le point de vue voulant que des dommages-intérêts en matière constitutionnelle ne puissent être accordés que pour un préjudice pécuniaire ou physique a été largement rejeté dans d’autres démocraties constitutionnelles : voir, p. ex., *Anufrijeva*; *Fose*; *Taunoa*; *Smith*; et *Ramanoop*.

[31] En résumé, les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) de la *Charte* constituent une

may serve the objectives of: (1) compensating the claimant for loss and suffering caused by the breach; (2) vindicating the right by emphasizing its importance and the gravity of the breach; and (3) deterring state agents from committing future breaches. Achieving one or more of these objects is the first requirement for “appropriate and just” damages under s. 24(1) of the *Charter*.

(4) Step Three: Countervailing Factors

[32] As discussed, the basic requirement for the award of damages to be “appropriate and just” is that the award must be functionally required to fulfill one or more of the objects of compensation, vindication of the right, or deterrence of future *Charter* breaches.

[33] However, even if the claimant establishes that damages are functionally justified, the state may establish that other considerations render s. 24(1) damages inappropriate or unjust. A complete catalogue of countervailing considerations remains to be developed as the law in this area matures. At this point, however, two considerations are apparent: the existence of alternative remedies and concerns for good governance.

[34] A functional approach to damages under s. 24(1) means that if other remedies adequately meet the need for compensation, vindication and/or deterrence, a further award of damages under s. 24(1) would serve no function and would not be “appropriate and just”. The *Charter* entered an existent remedial arena which already housed tools to correct violative state conduct. Section 24(1) operates concurrently with, and does not replace, these areas of law. Alternative remedies include private law remedies for actions for personal injury, other *Charter* remedies like declarations

réparation de droit public tout à fait particulière, qui peut répondre aux objectifs suivants : (1) indemniser le demandeur du préjudice et des souffrances résultant de la violation du droit; (2) défendre le droit en cause en soulignant son importance et la gravité de la violation; (3) dissuader les agents de l’État de porter atteinte au droit à l’avenir. La réalisation d’au moins un de ces objectifs est la première exigence à laquelle les dommages-intérêts doivent répondre pour constituer une réparation « convenable et juste » au sens du par. 24(1) de la *Charte*.

(4) Troisième étape : facteurs qui font contre-poids

[32] Comme nous venons de le voir, l’exigence fondamentale pour que l’octroi de dommages-intérêts constitue une réparation « convenable et juste » est que les dommages-intérêts soient nécessaires, d’un point de vue fonctionnel, à la réalisation d’au moins un des objectifs d’indemnisation, de défense des droits ou de dissuasion contre toute nouvelle violation de la *Charte*.

[33] Toutefois, même si le demandeur démontre que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est fondé, d’un point de vue fonctionnel, l’État peut y opposer d’autres considérations en raison desquelles cette réparation ne serait pas convenable et juste. La liste exhaustive des considérations qui peuvent faire contre-poids sera établie au fil de l’évolution du droit dans ce domaine. À l’heure actuelle, cependant, deux considérations se dégagent : l’existence d’autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement.

[34] Suivant l’approche fonctionnelle des dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1), si d’autres réparations répondent adéquatement aux objectifs d’indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion, l’octroi additionnel de dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1) ne servirait aucune fonction et ne serait ainsi pas « convenable et juste ». La *Charte* s’est inscrite dans un régime de recours qui comportait déjà des outils pour corriger les comportements attentatoires de l’État. Le paragraphe 24(1) s’applique parallèlement à ces autres domaines du droit, sans s’y substituer. Les autres recours

under s. 24(1), and remedies for actions covered by legislation permitting proceedings against the Crown.

[35] The claimant must establish basic functionality having regard to the objects of constitutional damages. The evidentiary burden then shifts to the state to show that the engaged functions can be fulfilled through other remedies. The claimant need not show that she has exhausted all other recourses. Rather, it is for the state to show that other remedies are available in the particular case that will sufficiently address the breach. For example, if the claimant has brought a concurrent action in tort, it is open to the state to argue that, should the tort claim be successful, the resulting award of damages would adequately address the *Charter* breach. If that were the case, an award of *Charter* damages would be duplicative. In addition, it is conceivable that another *Charter* remedy may, in a particular case, fulfill the function of *Charter* damages.

[36] The existence of a potential claim in tort does not therefore bar a claimant from obtaining damages under the *Charter*. Tort law and the *Charter* are distinct legal avenues. However, a concurrent action in tort, or other private law claim, bars s. 24(1) damages if the result would be double compensation: *Simpson v. Attorney-General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667 (C.A.), at p. 678.

[37] Declarations of *Charter* breach may provide an adequate remedy for the *Charter* breach, particularly where the claimant has suffered no personal damage. Considering declarations in *Taunoa*, at para. 368, McGrath J. writes:

comprennent les actions de droit privé pour préjudice personnel, les autres réparations fondées sur la *Charte*, comme les jugements déclaratoires rendus en vertu du par. 24(1), et les recours prévus par les lois qui autorisent des poursuites contre l'État.

[35] La demanderesse doit établir que les dommages-intérêts jouent un rôle fonctionnel minimal, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts en matière constitutionnelle. Le fardeau de la preuve passe ensuite à l'État, qui doit démontrer que d'autres réparations permettraient de servir les fonctions en cause. La demanderesse n'est pas tenue de prouver qu'elle a épuisé tous les autres recours. Au contraire, c'est à l'État de démontrer que d'autres recours possibles dans l'affaire offriraient une réparation suffisante pour remédier à la violation. Par exemple, l'État pourrait faire valoir que les dommages-intérêts susceptibles d'être accordés à la demanderesse à l'issue de l'action concomitante en responsabilité délictuelle qu'elle a intentée constitueraient une réparation adéquate à la violation de la *Charte*. Si c'est le cas, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de cette dernière emporterait duplication. En outre, il se peut qu'une autre réparation accordée en vertu de la *Charte*, dans une affaire donnée, accomplisse la fonction de l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[36] La possibilité d'exercer un recours en responsabilité délictuelle n'empêche donc pas un demandeur d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Le droit de la responsabilité délictuelle et la *Charte* constituent deux voies de droit distinctes. Cependant, une action concomitante en responsabilité délictuelle, ou autre action intentée en droit privé, fait obstacle à l'octroi de dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1) s'il en résulte une double indemnisation: *Simpson c. Attorney-General*, [1994] 3 N.Z.L.R. 667 (C.A.), p. 678.

[37] Un jugement déclaratoire attestant qu'il y a eu violation de la *Charte* peut constituer une réparation adéquate, particulièrement lorsque le demandeur n'a subi aucun préjudice personnel. Le juge McGrath a écrit ce qui suit au sujet de telles déclarations dans *Taunoa*, au par. 368 :

The court's finding of a breach of rights and a declaration to that effect will often not only be appropriate relief but may also in itself be a sufficient remedy in the circumstances to vindicate a plaintiff's right. That will often be the case where no damage has been suffered that would give rise to a claim under private causes of action and, in the circumstances, if there is no need to deter persons in the position of the public officials from behaving in a similar way in the future. If in all the circumstances the court's pronouncement that there has been a breach of rights is a sufficiently appropriate remedy to vindicate the right and afford redress then, subject to any questions of costs, that will be sufficient to meet the primary remedial objective.

[38] Another consideration that may negate the appropriateness of s. 24(1) damages is concern for effective governance. Good governance concerns may take different forms. At one extreme, it may be argued that any award of s. 24(1) damages will always have a chilling effect on government conduct, and hence will impact negatively on good governance. The logical conclusion of this argument is that s. 24(1) damages would never be appropriate. Clearly, this is not what the Constitution intends. Moreover, insofar as s. 24(1) damages deter *Charter* breaches, they promote good governance. Compliance with *Charter* standards is a foundational principle of good governance.

[39] In some situations, however, the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. This was the situation in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, where the claimant sought damages for state conduct pursuant to a valid statute. The Court held that the action must be struck on the ground that duly enacted laws should be enforced until declared invalid, unless the state conduct under the law was "clearly wrong, in bad faith or an abuse of power":

[TRADUCTION] Dans bien des cas, la conclusion du tribunal que les droits d'un demandeur ont été violés et le jugement déclaratoire l'attestant constitueront une réparation qui, non seulement est appropriée, mais peut en soi suffire dans les circonstances pour défendre le droit du demandeur. Ce sera souvent le cas lorsque ce dernier n'a subi aucun préjudice susceptible de recours en droit privé et que, dans les circonstances, il n'est pas nécessaire de dissuader les personnes qui se trouvent dans la position des agents publics d'agir de manière semblable à l'avenir. Si la déclaration par le tribunal qu'il y a eu atteinte aux droits constitue, eu égard à l'ensemble des circonstances, une réparation suffisamment appropriée pour défendre le droit et accorder un redressement, sous réserve de la question des dépens, elle sera suffisante pour répondre à l'objectif principal de réparation.

[38] L'autre considération en raison de laquelle l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) peut ne pas être une réparation convenable est le souci de l'efficacité gouvernementale. Les préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent revêtir diverses formes. À l'extrême, on pourrait prétendre que l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) aura toujours un effet paralysant sur la conduite de l'État, ce qui nuira au bon gouvernement. Logiquement, cet argument mène à la conclusion que les dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1) ne seront jamais convenables. De toute évidence, ce n'est pas là l'intention exprimée dans la Constitution. En outre, lorsque les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) découragent les violations de la *Charte*, ils contribuent au bon gouvernement. Le respect des normes établies dans la *Charte* constitue un principe fondamental de bon gouvernement.

[39] En revanche, dans certaines situations, l'État pourrait démontrer que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l'État atteint un seuil minimal de gravité. Il en était ainsi dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, où le demandeur a intenté une action en dommages-intérêts contre l'État pour des actes accomplis en vertu d'une loi valide. La Cour a rejeté l'action au motif que les lois dûment promulguées doivent être appliquées tant qu'elles ne sont pas frappées d'invalidité, « en l'absence de comportement clairement

para. 78. The rule of law would be undermined if governments were deterred from enforcing the law by the possibility of future damage awards in the event the law was, at some future date, to be declared invalid. Thus, absent threshold misconduct, an action for damages under s. 24(1) of the *Charter* cannot be combined with an action for invalidity based on s. 52 of the *Constitution Act, 1982: Mackin*, at para. 81.

[40] The *Mackin* principle recognizes that the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state can perform. Legislative and policy-making functions are one such area of state activity. The immunity is justified because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion. As Gonthier J. explained:

The limited immunity given to government is specifically a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government. In other words, this doctrine makes it possible to determine whether a remedy is appropriate and just in the circumstances. Consequently, the reasons that inform the general principle of public law are also relevant in a *Charter* context. [para. 79]

[41] The government argues that the *Mackin* principle applies in this case, and, in the absence of state conduct that is at least “clearly wrong”, bars Mr. Ward’s claim. I cannot accept this submission. *Mackin* stands for the principle that state action taken under a statute which is subsequently declared invalid will not give rise to public law damages because good governance requires that public officials carry out their duties under valid statutes without fear of liability in the event that the statute is later struck down. The present is not a situation of state action pursuant to a valid statute that was subsequently declared invalid. Nor is the rationale animating the *Mackin* principle — that duly enacted laws should be enforced until

fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » de la part de l’État : par. 78. Il serait néfaste pour la primauté du droit que la crainte d’être éventuellement tenu de verser des dommages-intérêts par suite de l’invalidation d’une loi dissuade les gouvernements d’en assurer l’application alors qu’elle est encore valide. Par conséquent, sauf en cas de conduite atteignant le seuil minimal, une action en dommages-intérêts présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne peut être jumelée à une action en déclaration d’invalidité fondée sur l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982 : Mackin*, par. 81.

[40] Suivant l’arrêt *Mackin*, l’État doit pouvoir jouir d’une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages résultant de certaines fonctions qu’il est seul à pouvoir exercer. Les fonctions législatives et l’élaboration de politiques sont un exemple de telles activités étatiques. L’immunité est justifiée, car le droit ne saurait paralyser l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d’élaboration de politiques. À ce sujet, le juge Gonthier a tenu les propos suivants :

[L’]immunité restreinte accordée à l’État constitue justement un moyen d’établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d’avoir un gouvernement efficace. Autrement dit, cette doctrine permet de déterminer si une réparation est convenable et juste dans les circonstances. Par conséquent, les raisons qui sous-tendent le principe général de droit public sont également pertinentes dans le contexte de la *Charte*. [par. 79]

[41] Le gouvernement prétend que l’arrêt *Mackin* s’applique en l’espèce et, en l’absence de comportement « clairement fautif » de la part de l’État, fait obstacle à la demande de M. Ward. Je ne peux retenir cette prétention. L’arrêt *Mackin* étaye l’affirmation générale selon laquelle les actes accomplis par l’État en vertu d’une loi invalidée par la suite n’ouvrent pas droit à des dommages-intérêts de droit public parce qu’un bon gouvernement exige que les représentants de l’État exercent leurs fonctions en vertu des lois valides sans peur d’engager leur responsabilité si jamais la loi était invalidée. Or, le cas qui nous occupe ne porte pas sur un acte accompli par l’État en vertu d’une loi valide qui aurait été invalidée par la suite. Le raisonnement à la base du

declared invalid — applicable in the present situation. Thus, the *Mackin* immunity does not apply to this case.

[42] State conduct pursuant to a valid statute may not be the only situation in which the state might seek to show that s. 24(1) damages would deter state agents from doing what is required for effective governance, although no others have been established in this case. It may be that in the future other situations may be recognized where the appropriateness of s. 24(1) damages could be negated on grounds of effective governance.

[43] Such concerns may find expression, as the law in this area matures, in various defences to s. 24(1) claims. *Mackin* established a defence of immunity for state action under valid statutes subsequently declared invalid, unless the state conduct is “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (para. 78). If and when other concerns under the rubric of effective governance emerge, these may be expected to give rise to analogous public law defences. By analogy to *Mackin* and the private law, where the state establishes that s. 24(1) damages raise governance concerns, it would seem a minimum threshold, such as clear disregard for the claimant’s *Charter* rights, may be appropriate. Different situations may call for different thresholds, as is the case at private law. Malicious prosecution, for example, requires that “malice” be proven because of the highly discretionary and quasi-judicial role of prosecutors (*Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339), while negligent police investigation, which does not involve the same quasi-judicial decisions as to guilt or innocence or the evaluation of evidence according to legal standards, contemplates the lower “negligence” standard (*Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129). When appropriate, private law thresholds and defences may offer guidance in determining whether s. 24(1) damages would be “appropriate and just”. While

principe énoncé dans *Mackin* — voulant que les lois dûment promulguées soient appliquées tant qu’elles ne sont pas frappées d’invalidité — ne s’applique pas non plus en l’espèce. L’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* ne trouve donc pas application ici.

[42] Il se peut que ce ne soit pas là la seule situation dans laquelle l’État voudra peut-être démontrer que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) dissuaderait ses agents de faire ce qui est nécessaire pour un gouvernement efficace, bien qu’il n’en ait soulevé aucune autre en l’espèce. Il n’est pas impossible que soient éventuellement reconnues d’autres situations dans lesquelles des préoccupations relatives à l’efficacité gouvernementale empêcheraient l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de constituer une réparation convenable.

[43] De telles préoccupations pourront, au fil de l’évolution du droit dans ce domaine, prendre la forme de divers moyens de défense aux demandes fondées sur le par. 24(1). L’arrêt *Mackin* a établi une défense d’immunité de l’État pour les actes accomplis en vertu d’une loi invalidée plus tard, sauf en cas de « comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » de la part de l’État (par. 78). D’autres préoccupations relatives à l’efficacité gouvernementale pourraient se dégager et fonder des moyens de défense de droit public semblables. Par analogie avec l’arrêt *Mackin* et le droit privé, dans les cas où l’État démontre que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) suscite des préoccupations relatives au bon gouvernement, il pourrait être opportun d’établir un seuil minimal, par exemple une insouciance manifeste à l’égard des droits garantis au demandeur par la *Charte*. Différentes situations appelleront sans doute différents seuils, comme c’est le cas en droit privé. Par exemple, pour qu’une poursuite soit jugée abusive, il faut prouver une « intention malveillante », vu le pouvoir éminemment discrétionnaire et le rôle quasi judiciaire des procureurs (*Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339). En revanche, l’enquête policière négligente fait intervenir la norme moins élevée de « négligence », puisque le policier n’a pas à prendre les mêmes décisions quasi judiciaires quant à la culpabilité ou à l’innocence ni à soupeser la preuve en

the threshold for liability under the *Charter* must be distinct and autonomous from that developed under private law, the existing causes of action against state actors embody a certain amount of “practical wisdom” concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state. Similarly, it may be necessary for the court to consider the procedural requirements of alternative remedies. Procedural requirements associated with existing remedies are crafted to achieve a proper balance between public and private interests, and the underlying policy considerations of these requirements should not be negated by recourse to s. 24(1) of the *Charter*. As stated earlier, s. 24(1) operates concurrently with, and does not replace, the general law. These are complex matters which have not been explored on this appeal. I therefore leave the exact parameters of future defences to future cases.

[44] I find it useful to add a comment on the judgment of our Court in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345. *Béliveau St-Jacques* is not determinative of the availability of the public law remedy of damages under s. 24(1). The judgment raised specific issues concerning the interpretation of ss. 49 and 51 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and its interaction with the statutory regime set up under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001.

[45] If the claimant establishes breach of his *Charter* rights and shows that an award of damages under s. 24(1) of the *Charter* would serve a functional purpose, having regard to the objects of s. 24(1) damages, and the state fails to negate that

fonction de normes juridiques (*Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129). Dans certains cas pertinents, les seuils et les moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à déterminer si l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est « convenable et juste ». Certes, le seuil de responsabilité applicable sous le régime de la *Charte* est distinct et indépendant de celui établi en droit privé, mais les causes d’action existantes contre les représentants de l’État recèlent une certaine « sagesse pratique » à l’égard du genre de situations où il serait convenable ou non de contraindre l’État à verser des dommages-intérêts. De même, il peut se révéler nécessaire pour le tribunal de se pencher sur les exigences procédurales d’autres recours. Les exigences procédurales dont les recours existants sont assortis visent à concilier les intérêts publics et privés. Une demande en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne devrait pas faire échec aux considérations de politique générale qui sous-tendent ces exigences. Comme je l’ai dit précédemment, le par. 24(1) s’applique parallèlement aux règles générales du droit commun, sans s’y substituer. Il s’agit là de questions complexes inexplorées dans le cadre du présent pourvoi. Par conséquent, les paramètres exacts de moyens de défense à venir seront examinés à une autre occasion.

[44] Je crois utile d’ajouter une remarque au sujet du jugement de notre Cour dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345. Cet arrêt n’est pas déterminant en ce qui a trait à la possibilité d’exercer un recours en dommages-intérêts de droit public en vertu du par. 24(1). Il portait sur des questions particulières concernant l’interprétation des art. 49 et 51 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, et leur interaction avec le régime législatif établi par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001.

[45] Si le demandeur prouve la violation de ses droits garantis par la *Charte* et démontre que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* servirait un but fonctionnel eu égard aux objectifs de ces dommages-intérêts, et si l’État

the award is “appropriate and just”, the final step is to determine the appropriate amount of the damages.

(5) Step Four: Quantum of Section 24(1) Damages

[46] The watchword of s. 24(1) is that the remedy must be “appropriate and just”. This applies to the amount, or quantum, of damages awarded as much as to the initial question of whether damages are a proper remedy.

[47] As discussed earlier, damages may be awarded to compensate the claimant for his loss, to vindicate the right or to deter future violations of the right. These objects, the presence and force of which vary from case to case, determine not only whether damages are appropriate, but also the amount of damages awarded. Generally, compensation will be the most important object, and vindication and deterrence will play supporting roles. This is all the more so because other *Charter* remedies may not provide compensation for the claimant’s personal injury resulting from the violation of his *Charter* rights. However, as discussed earlier, cases may arise where vindication or deterrence play a major and even exclusive role.

[48] Where the objective of compensation is engaged, the concern is to restore the claimant to the position she would have been in had the breach not been committed, as discussed above. As in a tort action, any claim for compensatory damages must be supported by evidence of the loss suffered.

[49] In some cases, the *Charter* breach may cause the claimant pecuniary loss. Injuries, physical and psychological, may require medical treatment, with attendant costs. Prolonged detention may result in

ne réussit pas à réfuter le caractère « convenable et juste » de l’octroi de dommages-intérêts, la dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts qu’il convient d’accorder.

(5) Quatrième étape : montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1)

[46] Le mot d’ordre du par. 24(1) veut que la réparation soit « convenable et juste ». Ce critère s’applique tout autant au montant des dommages-intérêts qu’à la question initiale de savoir si des dommages-intérêts constituent une réparation convenable.

[47] Comme nous l’avons vu, des dommages-intérêts peuvent être accordés afin d’indemniser le demandeur du préjudice subi, de défendre le droit en cause ou de décourager toute nouvelle violation de ce droit. C’est en fonction de ces objectifs, dont la présence et l’importance varient d’une affaire à l’autre, que le tribunal non seulement décidera s’il est opportun d’accorder des dommages-intérêts, mais en déterminera le montant. Règle générale, l’indemnisation constituera le plus important objectif, tandis que la défense du droit et la dissuasion joueront des rôles secondaires. Cela est d’autant plus vrai que d’autres réparations possibles en vertu de la *Charte* ne permettront pas nécessairement d’indemniser le demandeur pour le préjudice personnel découlant de l’atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. Toutefois, comme je l’ai mentionné précédemment, il peut arriver que la défense du droit ou la dissuasion jouent un rôle important, voire exclusif.

[48] Rappelons que l’objectif d’indemnisation vise à replacer la demanderesse dans la même situation que si ses droits n’avaient pas été violés. Toute demande de dommages-intérêts compensatoires doit, comme dans le cadre d’une action en responsabilité délictuelle, être étayée par une preuve du préjudice subi.

[49] Dans certains cas, la violation de la *Charte* est susceptible de se traduire par des pertes financières pour le demandeur. Celui-ci pourrait en outre subir un préjudice physique ou psychologique nécessitant

loss of earnings. *Restitutio in integrum* requires compensation for such financial losses.

[50] In other cases, like this one, the claimant's losses will be non-pecuniary. Non-pecuniary damages are harder to measure. Yet they are not by that reason to be rejected. Again, tort law provides assistance. Pain and suffering are compensable. Absent exceptional circumstances, compensation is fixed at a fairly modest conventional rate, subject to variation for the degree of suffering in the particular case. In extreme cases of catastrophic injury, a higher but still conventionally determined award is given on the basis that it serves the function purpose of providing substitute comforts and pleasures: *Andrews v. Grand & Toy*.

[51] When we move from compensation to the objectives of vindication and deterrence, tort law is less useful. Making the appropriate determinations is an exercise in rationality and proportionality and will ultimately be guided by precedent as this important chapter of *Charter* jurisprudence is written by Canada's courts. That said, some initial observations may be made.

[52] A principal guide to the determination of quantum is the seriousness of the breach, having regard to the objects of s. 24(1) damages. The seriousness of the breach must be evaluated with regard to the impact of the breach on the claimant and the seriousness of the state misconduct: see, in the context of s. 24(2), *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. Generally speaking, the more egregious the conduct and the more serious the repercussions on the claimant, the higher the award for vindication or deterrence will be.

[53] Just as private law damages must be fair to both the plaintiff and the defendant, so s. 24(1) damages must be fair — or “appropriate and

des soins médicaux qui engendrent des frais. Aussi, une longue incarcération peut lui causer des pertes de revenus. Le principe *restitutio in integrum* appelle l'indemnisation de ces pertes financières.

[50] Dans d'autres cas, comme celui qui nous occupe, le préjudice n'est pas de nature pécuniaire. Un tel préjudice est plus difficile à évaluer. Il ne doit cependant pas pour autant être écarté. Le droit de la responsabilité délictuelle peut à nouveau nous être utile. La souffrance est un préjudice indemnisable. À moins de circonstances exceptionnelles, le montant de l'indemnisation sera fixé selon l'usage à un niveau assez modeste, bien qu'il puisse varier en fonction du degré de souffrance dans un cas donné. Des dommages-intérêts d'un montant plus élevé, fixé lui aussi selon l'usage, sont accordés dans les cas extrêmes de préjudice catastrophique, parce qu'ils servent un objectif fonctionnel en procurant réconfort et agrément en guise de consolation : *Andrews c. Grand & Toy*.

[51] Lorsqu'on ne s'intéresse plus à l'indemnisation, mais aux objectifs de défense du droit et de dissuasion, le droit de la responsabilité délictuelle perd de son utilité. Statuer sur ces questions est un exercice de rationalité et de proportionnalité qui s'inspire des précédents établis au gré de l'évolution de cet important chapitre de la jurisprudence canadienne relative à la *Charte*. Cela dit, certaines observations préliminaires peuvent être faites.

[52] Un paramètre important de la fixation du montant est la gravité de la violation eu égard aux objectifs des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1). La gravité de l'atteinte doit être évaluée au regard de son incidence sur le demandeur et de la gravité de la faute de l'État : voir, dans le contexte du par. 24(2), *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. Règle générale, plus la conduite et ses conséquences pour le demandeur seront graves, plus le montant des dommages-intérêts accordés au titre des objectifs de défense du droit et de dissuasion sera élevé.

[53] De même que les dommages-intérêts de droit privé doivent être équitables à la fois envers le demandeur et envers le défendeur, le montant des

just” — to both the claimant and the state. The court must arrive at a quantum that respects this. Large awards and the consequent diversion of public funds may serve little functional purpose in terms of the claimant’s needs and may be inappropriate or unjust from the public perspective. In considering what is fair to the claimant and the state, the court may take into account the public interest in good governance, the danger of deterring governments from undertaking beneficial new policies and programs, and the need to avoid diverting large sums of funds from public programs to private interests.

[54] Courts in other jurisdictions where an award of damages for breach of rights is available have generally been careful to avoid unduly high damage awards. This may reflect the difficulty of assessing what is required to vindicate the right and deter future breaches, as well as the fact that it is society as a whole that is asked to compensate the claimant. Nevertheless, to be “appropriate and just”, an award of damages must represent a meaningful response to the seriousness of the breach and the objectives of compensation, upholding *Charter* values, and deterring future breaches. The private law measure of damages for similar wrongs will often be a useful guide. However, as Lord Nicholls warns in *Ramanoop*, at para. 18, “this measure is no more than a guide because . . . the violation of the constitutional right will not always be coterminous with the cause of action at law”.

[55] In assessing s. 24(1) damages, the court must focus on the breach of *Charter* rights as an independent wrong, worthy of compensation in its own right. At the same time, damages under s. 24(1) should not duplicate damages awarded under

dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) doit être équitable — ou « convenable et juste » — à la fois envers le demandeur et envers l’État. Le tribunal doit fixer un montant qui respecte ce principe. Il se peut que l’octroi d’une somme élevée — prélevée sur les fonds publics — ne soit pas très utile, d’un point de vue fonctionnel, pour ce qui est de répondre aux besoins du demandeur et ne se révèle ni convenable ni juste dans une perspective publique. Le tribunal, dans son évaluation d’un montant équitable à la fois envers le demandeur et envers l’État, peut mettre dans la balance l’intérêt public au bon gouvernement, le risque de dissuader les gouvernements d’élaborer des programmes et politiques bénéfiques et la nécessité d’éviter que de gros montants soient prélevés sur le budget des programmes publics pour être consacrés à des intérêts privés.

[54] Les tribunaux d’autres pays où l’octroi de dommages-intérêts pour la violation d’un droit est possible ont en général veillé à éviter l’octroi de dommages-intérêts exagérément élevés. Cette tendance tient sans doute à la difficulté de déterminer la somme requise pour la défense du droit et la dissuasion contre de nouvelles violations, et aussi au fait que c’est la société dans son ensemble qui se voit tenue d’indemniser le demandeur. Néanmoins, pour constituer une réparation « convenable et juste », les dommages-intérêts doivent répondre réellement à la gravité de l’atteinte et aux objectifs d’indemnisation, d’affirmation des valeurs de la *Charte* et de dissuasion contre de nouvelles violations. Le calcul des dommages-intérêts de droit privé accordés pour un préjudice semblable pourra souvent servir de guide. Mais il faut tenir compte de la mise en garde faite par lord Nicholls, au par. 18, dans *Ramanoop* : [TRADUCTION] « ce montant ne constitue cependant qu’un guide parce que [. . .] la violation du droit constitutionnel ne coïncidera pas toujours avec la cause d’action en common law ».

[55] Pour fixer le montant des dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1), le tribunal doit aborder la violation des droits garantis par la *Charte* comme un préjudice distinct justifiant en soi une indemnisation. Par ailleurs, les dommages-intérêts

private law causes of action, such as tort, where compensation of personal loss is at issue.

[56] A final word on exemplary or punitive damages. In *Mackin*, Justice Gonthier speculated that “[i]n theory, a plaintiff could seek compensatory and punitive damages by way of ‘appropriate and just’ remedy under s. 24(1) of the *Charter*”: para. 79. The reality is that public law damages, in serving the objects of vindication and deterrence, may assume a punitive aspect. Nevertheless, it is worth noting a general reluctance in the international community to award purely punitive damages: see *Taunoa*, at paras. 319-21.

[57] To sum up, the amount of damages must reflect what is required to functionally serve the objects of compensation, vindication of the right and deterrence of future breaches, insofar as they are engaged in a particular case, having regard to the impact of the breach on the claimant and the seriousness of the state conduct. The award must be appropriate and just from the perspective of the claimant and the state.

#### (6) Forum and Procedure

[58] For a tribunal to grant a *Charter* remedy under s. 24(1), it must have the power to decide questions of law and the remedy must be one that the tribunal is authorized to grant: *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765. Generally, the appropriate forum for an award of damages under s. 24(1) is a court which has the power to consider *Charter* questions and which by statute or inherent jurisdiction has the power to award damages. Provincial criminal courts are not so empowered and thus do not have the power to award damages under s. 24(1).

accordés en vertu du par. 24(1) ne doivent pas emporter duplication des dommages-intérêts obtenus sur le fondement de causes d’action relevant du droit privé, comme un délit civil, dans les cas où l’indemnisation d’un préjudice personnel est en cause.

[56] Un mot, en terminant, sur la question des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. Dans *Mackin*, le juge Gonthier a avancé l’hypothèse qu’un demandeur « pourrait, en théorie, solliciter des dommages-intérêts compensatoires et punitifs à titre de réparation “convenable et juste” en vertu du par. 24(1) de la *Charte* » : par. 79. Dans les faits, les dommages-intérêts de droit public, de par leurs objectifs de défense des droits et de dissuasion, peuvent revêtir un aspect punitif. Il convient toutefois de souligner une réticence générale dans la communauté internationale à accorder des dommages-intérêts purement punitifs : voir *Taunoa*, par. 319-321.

[57] En résumé, le montant des dommages-intérêts doit correspondre à la somme nécessaire pour réaliser, d’un point de vue fonctionnel, les objectifs d’indemnisation, de défense du droit et de dissuasion contre de nouvelles violations, dans la mesure où ces objectifs interviennent dans l’affaire, eu égard à l’incidence de la violation pour le demandeur et à la gravité de la conduite des représentants de l’État. La réparation doit être convenable et juste du point de vue à la fois du demandeur et de l’État.

#### (6) Tribunal et procédure

[58] Pour qu’un tribunal puisse accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, il doit avoir le pouvoir de trancher une question de droit et d’accorder la réparation en cause : *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765. Règle générale, le tribunal approprié pour l’obtention de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est un tribunal qui a le pouvoir de trancher des questions relatives à la *Charte* et celui, en vertu d’une loi ou de sa compétence inhérente, d’accorder des dommages-intérêts. Les cours provinciales de juridiction criminelle ne possèdent pas de tels pouvoirs et ne peuvent donc pas accorder des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1).

[59] As was done here, the claimant may join a s. 24(1) claim with a tort claim. It may be useful to consider the tort claim first, since if it meets the objects of *Charter* damages, recourse to s. 24(1) will be unnecessary. This may add useful context and facilitate the s. 24(1) analysis. This said, it is not essential that the claimant exhaust her remedies in private law before bringing a s. 24(1) claim.

### B. *Application to the Facts*

[60] At trial, Justice Tysoe held that the provincial correction officers' strip search and the Vancouver Police Department's vehicle seizure violated Mr. Ward's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. There are thus two distinct claims to consider.

#### (1) Damages for the Strip Search

[61] The first question is whether Mr. Ward has established entitlement to the s. 24(1) remedy of damages. This requires him to show: (1) a breach of his *Charter* rights; and (2) that an award of damages would serve a functional purpose in the circumstances, having regard to the objects of s. 24(1) damages. If these are established, the burden shifts to the state (step 3) to show why, having regard to countervailing factors, an award of damages under s. 24(1) of the *Charter* would be inappropriate. If the state fails to negate s. 24(1) damages, the inquiry moves to the final step, assessment of the appropriate amount of the damages.

[62] Here the first step is met. Justice Tysoe found that the strip search violated Mr. Ward's personal rights under s. 8 of the *Charter*. This finding is

[59] Le demandeur peut, comme en l'espèce, joindre une demande fondée sur le par. 24(1) à une demande en responsabilité délictuelle. Et il peut être utile d'examiner en premier la demande en responsabilité délictuelle, étant donné qu'il ne sera pas nécessaire de faire appel au par. 24(1) si cette demande répond aux objectifs de l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Cet examen peut révéler des éléments contextuels pertinents et faciliter l'analyse fondée sur le par. 24(1). Cela dit, il n'est pas essentiel que le demandeur épuise ses recours en droit privé avant de présenter une demande fondée sur le par. 24(1).

### B. *Application aux faits*

[60] Lors du procès, le juge Tysoe a conclu que la fouille à nu effectuée par les agents de correction employés par la province et la saisie du véhicule par le service de police de Vancouver ont porté atteinte au droit de M. Ward à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Il faut donc examiner deux demandes distinctes.

#### (1) Dommages-intérêts pour la fouille à nu

[61] La première question à trancher est de savoir si M. Ward a établi son droit à des dommages-intérêts en application du par. 24(1). Il lui faut pour cela démontrer 1) qu'il a été porté atteinte à l'un de ses droits garantis par la *Charte* et 2) que l'octroi de dommages-intérêts servirait un but fonctionnel dans les circonstances, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1). Une fois ces éléments établis, le fardeau est inversé et l'État (étape 3) doit démontrer pourquoi, au regard de facteurs faisant contre-poids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne serait pas convenable. Si l'État n'y parvient pas, on passe à l'étape finale qui consiste à fixer le juste montant des dommages-intérêts.

[62] En l'espèce, il est satisfait à la première étape. Le juge Tysoe a conclu que la fouille à nu a porté atteinte aux droits personnels garantis à M. Ward

not challenged on this appeal. Nor is it suggested that the British Columbia Supreme Court is not an appropriate forum for the action.

[63] The second question is whether damages would serve a functional purpose by serving one or more of the objects of s. 24(1) damages — compensation, vindication and deterrence.

[64] In this case, the need for compensation bulks large. Mr. Ward's injury was serious. He had a constitutional right to be free from unreasonable search and seizure, which was violated in an egregious fashion. Strip searches are inherently humiliating and degrading regardless of the manner in which they are carried out and thus constitute significant injury to an individual's intangible interests: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 90.

[65] The corrections officers' conduct which caused the breach of Mr. Ward's *Charter* rights was also serious. Minimum sensitivity to *Charter* concerns within the context of the particular situation would have shown the search to be unnecessary and violative. Mr. Ward did not commit a serious offence, he was not charged with an offence associated with evidence being hidden on the body, no weapons were involved and he was not known to be violent or to carry weapons. Mr. Ward did not pose a risk of harm to himself or others, nor was there any suggestion that any of the officers believed that he did. In these circumstances, a reasonable person would understand that the indignity resulting from the search was disproportionate to any benefit which the search could have provided. In addition, without asking officers to be conversant with the details of court rulings, it is not too much to expect that police would be familiar with the settled law that routine strip searches are inappropriate where the individual is being held for a short time in police cells, is not mingling with the general prison population, and where the police have no legitimate concerns that the individual is

par l'art. 8 de la *Charte*. Cette conclusion n'est pas contestée devant nous. Il n'est pas allégué non plus que la Cour suprême de la Colombie-Britannique ne serait pas le tribunal approprié pour entendre l'action.

[63] La deuxième question est de savoir si l'octroi de dommages-intérêts servirait un but fonctionnel en répondant à un ou plusieurs des objectifs de l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1), soit l'indemnisation, la défense du droit et la dissuasion.

[64] En l'espèce, l'indemnisation occupe une place importante. Le préjudice subi par M. Ward est grave. Il a le droit constitutionnel de ne pas subir de fouilles, perquisitions ni saisies abusives et il a été porté atteinte à ce droit de façon flagrante. Les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, peu importe la manière dont elles sont effectuées et constituent une atteinte importante aux intérêts intangibles de la personne : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 90.

[65] La conduite des agents de correction à l'origine de la violation des droits garantis à M. Ward par la *Charte* était grave elle aussi. Une conscience minimale des préceptes de la *Charte* dans ce contexte aurait permis de reconnaître que la fouille était inutile et attentatoire. M. Ward n'a pas commis d'infraction grave, n'a pas été accusé d'une infraction reliée à un élément de preuve caché sur lui, aucune arme n'était en cause et il n'était pas reconnu pour être une personne violente ou pour porter des armes. M. Ward ne présentait aucun risque pour lui-même ou pour autrui, et rien ne donnait à penser que l'un ou l'autre des agents n'était pas de cet avis. En pareilles circonstances, une personne raisonnable aurait compris que l'humiliation résultant de la fouille était disproportionnée par rapport à tout avantage qui aurait pu en découler. En outre, sans demander aux agents de connaître à fond les détails des décisions judiciaires, il n'est pas exagéré de s'attendre à ce que les policiers connaissent bien le principe juridique reconnu selon lequel une fouille à nu de routine n'est pas appropriée lorsque la personne est détenue pour une courte période dans les cellules du poste de police, qu'elle n'est pas mêlée

concealing weapons that could be used to harm themselves or others: *Golden*, at para. 97.

[66] In sum, the *Charter* breach significantly impacted on Mr. Ward's person and rights and the police conduct was serious. The impingement on Mr. Ward calls for compensation. Combined with the police conduct, it also engages the objects of vindication of the right and deterrence of future breaches. It follows that compensation is required in this case to functionally fulfill the objects of public law damages.

[67] The next question is whether the state has established countervailing factors that would render s. 24(1) damages inappropriate or unjust.

[68] The state has not established that alternative remedies are available to achieve the objects of compensation, vindication or deterrence with respect to the strip search. Mr. Ward sued the officers for assault, as well as the City and the Province for negligence. These claims were dismissed and their dismissal was not appealed to this Court. While this defeated Mr. Ward's claim in tort, it did not change the fact that his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure was violated. No tort action was available for that violation and a declaration will not satisfy the need for compensation. Mr. Ward's only recourse is a claim for damages under s. 24(1) of the *Charter*. Nor has the state established that an award of s. 24(1) damages is negated by good governance considerations, such as those raised in *Mackin*.

à la population carcérale générale et que les policiers n'ont aucune crainte légitime qu'elle dissimule des armes qu'elle pourrait retourner contre elle-même ou employer pour blesser d'autres personnes : *Golden*, par. 97.

[66] En résumé, la violation de la *Charte* a eu des conséquences non négligeables sur la personne de M. Ward et sur ses droits, et la conduite reprochée aux policiers était grave. L'atteinte portée aux droits de M. Ward exige qu'il soit indemnisé. Combinée à la conduite des policiers, elle fait aussi intervenir les objectifs de défense du droit en cause et de dissuasion contre de nouvelles violations. Par conséquent, l'octroi de dommages-intérêts est requis en l'espèce pour que, d'un point de vue fonctionnel, les objectifs des dommages-intérêts de droit public soient remplis.

[67] La question qui se pose ensuite est de savoir si l'État a démontré l'existence de facteurs pouvant faire contrepoids, compte tenu desquels les dommages-intérêts ne constitueraient pas une réparation convenable et juste au sens du par. 24(1).

[68] L'État n'a pas démontré que d'autres recours pourraient permettre de répondre aux objectifs d'indemnisation, de défense du droit et de dissuasion concernant la fouille à nu. M. Ward a poursuivi les agents pour voies de fait, ainsi que la ville et la province pour négligence. Ces demandes ont été rejetées et leur rejet n'a pas été porté en appel devant nous. Bien que le recours de M. Ward en responsabilité délictuelle ait ainsi échoué, il demeure qu'il a été porté atteinte à son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Aucune action en responsabilité délictuelle n'était possible relativement à cette atteinte et un jugement déclaratoire ne répondrait pas à la nécessité d'indemniser M. Ward. Son seul recours consiste à demander des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. De plus, l'État n'a pas démontré que des préoccupations relatives à l'efficacité gouvernementale semblables à celles soulevées dans *Mackin* empêchent l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1).

[69] I conclude that damages for the strip search of Mr. Ward are required in this case to functionally fulfill the objects of public law damages, and therefore are *prima facie* “appropriate and just”. The state has not negated this. It follows that damages should be awarded for this breach of Mr. Ward’s *Charter* rights.

[70] This brings us to the issue of quantum. As discussed earlier, the amount of damages must reflect what is required to functionally fulfill the relevant objects of s. 24(1) compensation, while remaining fair to both the claimant and the state.

[71] The object of compensation focuses primarily on the claimant’s personal loss: physical, psychological, pecuniary, and harm to intangible interests. The claimant should, in so far as possible, be placed in the same position as if his *Charter* rights had not been infringed. Strip searches are inherently humiliating and thus constitute a significant injury to an individual’s intangible interests regardless of the manner in which they are carried out. That said, the present search was relatively brief and not extremely disrespectful, as strip searches go. It did not involve the removal of Mr. Ward’s underwear or the exposure of his genitals. Mr. Ward was never touched during the search and there is no indication that he suffered any resulting physical or psychological injury. While Mr. Ward’s injury was serious, it cannot be said to be at the high end of the spectrum. This suggests a moderate damages award.

[72] The objects of vindication and deterrence engage the seriousness of the state conduct. The corrections officers’ conduct was serious and reflected a lack of sensitivity to *Charter* concerns. That said, the officers’ action was not intentional,

[69] Je conclus que l’octroi de dommages-intérêts à M. Ward pour la fouille à nu qu’il a subie est requis en l’espèce pour répondre, d’un point de vue fonctionnel, aux objectifs des dommages-intérêts de droit public et qu’il constitue par conséquent une réparation à première vue « convenable et juste ». L’État n’a pas fait la preuve du contraire. Il convient donc d’accorder des dommages-intérêts en réparation de l’atteinte aux droits garantis à M. Ward par la *Charte*.

[70] Ce qui nous amène à la question du montant. Comme je l’ai expliqué, le montant des dommages-intérêts doit correspondre à la somme nécessaire, d’un point de vue fonctionnel, à la réalisation des objectifs pertinents d’une indemnisation fondée sur le par. 24(1), tout en demeurant équitable pour le demandeur et pour l’État.

[71] L’objectif d’indemnisation est axé principalement sur le préjudice personnel subi par le demandeur : préjudice physique, psychologique ou pécuniaire et atteinte à ses intérêts intangibles. Le demandeur devrait, dans la mesure du possible, être remis dans la même situation que si ses droits garantis par la *Charte* n’avaient pas été violés. Les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et constituent de ce fait une atteinte importante aux intérêts intangibles de la personne, peu importe la manière dont elles sont effectuées. Cela dit, la fouille qui nous occupe en l’espèce a été relativement brève et n’a pas été effectuée de manière extrêmement irrespectueuse par comparaison avec d’autres fouilles. M. Ward n’a pas été contraint d’enlever son sous-vêtement ni de dévoiler ses organes génitaux. Il n’a jamais été touché durant la fouille, et rien n’indique que celle-ci lui ait causé un préjudice physique ou psychologique. Certes, le préjudice subi par M. Ward est grave, mais on ne peut pas dire qu’il se situe au haut de l’échelle de gravité. La situation appellerait donc des dommages-intérêts d’un montant modéré.

[72] Les objectifs de défense du droit et de dissuasion sont liés à la gravité de la conduite de l’État. La façon dont les agents de correction se sont conduits est grave et témoigne d’une ignorance des préceptes de la *Charte*. Cela dit, les actes des agents n’étaient

in that it was not malicious, high-handed or oppressive. In these circumstances, the objects of vindication and deterrence do not require an award of substantial damages against the state.

[73] Considering all the factors, including the appropriate degree of deference to be paid to the trial judge's exercise of remedial discretion, I conclude that the trial judge's \$5,000 damage award was appropriate.

(2) Damages for the Car Seizure

[74] As with the strip search, we must determine whether Mr. Ward has established entitlement to the s. 24(1) remedy of damages to compensate for the constitutional wrong he suffered due to the City's seizure of his vehicle. Again, this requires determining: (1) breach of *Charter* right; (2) whether an award of damages would serve a functional purpose, having regard to the objects of s. 24(1) damages; (3) whether the state has established countervailing factors negating an award of s. 24(1) damages; and (4) quantum, if the right to damages is established.

[75] The trial judge found that the seizure of the car violated Mr. Ward's rights under s. 8 of the *Charter*. This finding is not contested and thus satisfies the first requirement.

[76] The next question is whether Mr. Ward has established that damages under s. 24(1) for the car seizure are appropriate and just from a functional perspective.

[77] The object of compensation is not engaged by the seizure of the car. The trial judge found that Mr. Ward did not suffer any injury as a result of the seizure. His car was never searched and, upon his

pas intentionnels, en ce sens qu'ils n'ont pas agi d'une manière malveillante, tyrannique ou oppressive. Compte tenu de ces circonstances, les objectifs de défense du droit et de dissuasion n'exigent pas que l'État soit contraint de verser des dommages-intérêts substantiels.

[73] Tout bien considéré, y compris le degré de déférence requis envers l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en matière de réparation, je conclus que les dommages-intérêts de 5 000 \$ qu'il a accordés étaient convenables.

(2) Domages-intérêts pour la saisie de la voiture

[74] Comme dans le cas de la fouille à nu, il nous faut déterminer si M. Ward a établi son droit à des dommages-intérêts en application du par. 24(1), à titre d'indemnisation pour l'atteinte à ses droits constitutionnels causée par la saisie de son véhicule par la ville. Là encore, il faut établir (1) qu'il a été porté atteinte à un droit garanti par la *Charte*; (2) que l'octroi de dommages-intérêts servirait un but fonctionnel, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1); (3) pourquoi, au regard de facteurs pouvant faire contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne serait pas convenable et (4) le montant des dommages-intérêts, si le droit à ceux-ci est établi.

[75] Le juge de première instance a conclu que la saisie de la voiture portait atteinte aux droits garantis à M. Ward par l'art. 8 de la *Charte*. Cette conclusion n'étant pas contestée, la première condition est remplie.

[76] La question suivante est de savoir si M. Ward a démontré que l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) pour la saisie de sa voiture constitue une réparation convenable et juste, d'un point de vue fonctionnel.

[77] L'objectif d'indemnisation n'intervient pas à l'égard de la saisie de la voiture. Le juge de première instance a conclu que la saisie n'avait causé aucun préjudice à M. Ward. Sa voiture n'a jamais

release from lockup, Mr. Ward was driven to the police compound to pick up the vehicle. Nor are the objects of vindication of the right and deterrence of future breaches compelling. While the seizure was wrong, it was not of a serious nature. The police officers did not illegally search the car, but rather arranged for its towing under the impression that it would be searched once a warrant had been obtained. When the officers determined that they did not have grounds to obtain the required warrant, the vehicle was made available for pickup.

[78] I conclude that a declaration under s. 24(1) that the vehicle seizure violated Mr. Ward's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* adequately serves the need for vindication of the right and deterrence of future improper car seizures.

## VII. Disposition

[79] The appeal is allowed in part. The award against the City in the amount of \$100 is set aside, substituted by a declaration under s. 24(1) that the vehicle seizure violated Mr. Ward's right to be free from unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter*. The award of damages against the Province in the sum of \$5,000 for breach of Mr. Ward's s. 8 *Charter* rights is confirmed.

[80] We have been informed of a pre-existing agreement between Mr. Ward and the Province regarding costs and, as such, no cost order is made between Mr. Ward and the Province. No costs are awarded to or against the City.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitor for the appellant the City of Vancouver:  
City of Vancouver, Vancouver.*

été fouillée et, à sa libération du centre de détention, M. Ward a été conduit à la fourrière, où il a pu récupérer son véhicule. Les objectifs de défense du droit et de dissuasion contre de nouvelles violations ne sont pas non plus déterminants. Certes, la saisie de la voiture était fautive, mais n'était pas de nature grave. Les policiers n'ont pas fouillé illégalement la voiture; ils l'ont plutôt fait remorquer, croyant qu'une fouille serait effectuée après obtention d'un mandat. Lorsque les policiers sont arrivés à la conclusion qu'ils ne disposaient pas des motifs nécessaires à l'obtention du mandat requis, ils ont pris des mesures pour restituer le véhicule.

[78] Je conclus qu'un jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) attestant que la saisie du véhicule a porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Ward répond adéquatement à la nécessité de défendre son droit et de décourager de nouvelles saisies irrégulières.

## VII. Dispositif

[79] Le pourvoi est accueilli en partie. L'octroi des dommages-intérêts de 100 \$ payables par la ville est annulé et remplacé par un jugement déclaratoire, rendu en vertu du par. 24(1), attestant que la saisie de la voiture a porté atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti à M. Ward par l'art. 8 de la *Charte*. La décision d'ordonner à la province de verser des dommages-intérêts de 5 000 \$ à M. Ward en réparation de la violation des droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte* est confirmée.

[80] Nous avons été informés de l'existence d'une entente intervenue entre M. Ward et la province relativement aux dépens et, pour cette raison, aucune ordonnance quant aux dépens n'est rendue à leur égard. La ville ne recevra ni ne paiera aucuns dépens.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureur de l'appelante la Ville de Vancouver :  
Ville de Vancouver, Vancouver.*

*Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the respondent: Samuels & Company, Vancouver.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitors for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto; Falconer Charney, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Ottawa Police Service, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association and the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.*

*Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intimé : Samuels & Company, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto; Falconer Charney, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Service de police d'Ottawa, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureur des intervenants l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et David Asper Centre for Constitutional Rights : University of Toronto, Toronto.*

**Syndicat de la fonction publique du Québec** *Appellant*

v.

**Attorney General of Quebec** *Respondent*

and

**Commission des normes du travail and Confédération des syndicats nationaux** *Intervenors*

- and -

**Syndicat de la fonction publique du Québec** *Appellant*

v.

**Attorney General of Quebec** *Respondent*

and

**Confédération des syndicats nationaux** *Intervener*

**INDEXED AS: SYNDICAT DE LA FONCTION PUBLIQUE DU QUÉBEC v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)**

**2010 SCC 28**

File Nos.: 32771, 32772.

2009: October 20; 2010: July 29.

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

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

*Labour relations — Wrongful dismissal — Recourse — Jurisdiction of arbitrator or Commission des relations du travail — Arbitration procedure provided for in collective agreement with respect to dismissal not available to employees without job security — Act respecting labour standards establishing recourse before Commission des*

**Syndicat de la fonction publique du Québec** *Appelant*

c.

**Procureur général du Québec** *Intimé*

et

**Commission des normes du travail et Confédération des syndicats nationaux** *Intervenantes*

- et -

**Syndicat de la fonction publique du Québec** *Appelant*

c.

**Procureur général du Québec** *Intimé*

et

**Confédération des syndicats nationaux** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : SYNDICAT DE LA FONCTION PUBLIQUE DU QUÉBEC c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2010 CSC 28**

N<sup>os</sup> du greffe : 32771, 32772.

2009 : 20 octobre; 2010 : 29 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Relations de travail — Congédiement injustifié — Recours — Compétence de l'arbitre ou de la Commission des relations du travail — Employés à statut précaire ne bénéficiant pas de la procédure d'arbitrage prévue dans la convention collective en cas de congédiement — Loi sur les normes du travail accordant un recours en cas*

*relations du travail in case of dismissal without good and sufficient cause, except where equivalent remedial procedure provided for elsewhere in legislation or in agreement — Grievances filed in which employees complained they had been dismissed without good and sufficient cause — Whether labour standard prohibiting wrongful dismissal implicitly incorporated into collective agreement — Whether arbitrator or Commission has jurisdiction over complaint — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.*

The collective agreement for government employees between the union and the Quebec government provided that casual employees hired for periods of less than one year and with less than 12 months of service, and probationary employees, may not, on being terminated, grieve their dismissal. The employment of C, a casual employee, and that of L, a probationary employee, were terminated. The union filed grievances in which it alleged that the employees had been dismissed without good and sufficient cause. As a preliminary matter in each of their cases, the employer challenged the arbitrator's jurisdiction on the ground that jurisdiction over the complaints of wrongful dismissal lay with the Commission des relations du travail ("C.R.T."). The union argued that the standard of public order provided for in s. 124 of the *Act respecting labour standards* ("A.L.S.") is implicitly incorporated into every collective agreement and that the arbitrator accordingly had the necessary jurisdiction to dispose of the grievances. In C's case, the arbitrator concluded that she had jurisdiction to hear the grievance, allowed the grievance and held that C had been wrongfully dismissed. In L's case, the arbitrator upheld the employer's preliminary objection to his jurisdiction to hear the grievance. On judicial review, the Superior Court held that the arbitrators had exclusive jurisdiction over the grievances. The Court of Appeal set aside that decision. It rejected the implicit incorporation argument and concluded that the C.R.T. has exclusive jurisdiction to decide a wrongful dismissal complaint.

*Held* (McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeals should be allowed.

*Per* LeBel, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.: The implicit incorporation argument is not consistent with the words of the A.L.S. and disregards the drafting techniques used by the Quebec legislature when it intends to incorporate a specific standard into collective agreements or individual contracts of employment. If the legislature had intended to incorporate the substantive standard established in s. 124 A.L.S. into every collective agreement, it would have done so expressly.

*de renvoi sans cause juste et suffisante devant la Commission des relations du travail, sauf s'il existe une procédure de réparation équivalente ailleurs dans une loi ou une convention — Dépôt de griefs par les employés se plaignant d'un congédiement sans cause juste et suffisante — La norme du travail interdisant le congédiement injustifié est-elle incorporée implicitement dans la convention collective? — La plainte relève-t-elle de la compétence de l'arbitre ou de la Commission? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.*

La convention collective de travail des fonctionnaires intervenue entre le syndicat et le gouvernement du Québec prévoit que les revendications découlant de la terminaison de l'emploi des employés occasionnels engagés pour une période de moins d'un an et cumulant moins de 12 mois de service ainsi que des employés en stage probatoire ne peuvent faire l'objet d'un grief. Il est mis fin à l'emploi de C, un employé occasionnel, et de L, stagiaire. Le syndicat dépose des griefs alléguant que leur congédiement a été effectué sans une cause juste et suffisante. À titre préliminaire, leur employeur respectif conteste la compétence de l'arbitre au motif que la plainte de congédiement injustifié relève de la Commission des relations du travail (« C.R.T. »). Le syndicat plaide l'incorporation implicite de la norme d'ordre public prévue à l'art. 124 de la *Loi sur les normes du travail* (« L.n.t. ») à toute convention collective, de façon à donner à l'arbitre la compétence nécessaire pour disposer des griefs. Dans le dossier de C, l'arbitre se déclare compétente pour entendre le grief, l'accueille et déclare le congédiement injustifié. Dans le dossier de L, l'arbitre accueille l'objection préliminaire de l'employeur à la recevabilité du grief. En révision judiciaire, la Cour supérieure conclut à la compétence exclusive des arbitres sur les griefs. La Cour d'appel infirme cette décision. Elle ne retient pas la thèse de l'incorporation implicite et conclut que la C.R.T. a compétence exclusive pour décider de la plainte de congédiement injustifié.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Les pourvois sont accueillis.

*Les juges* LeBel, Fish, Abella, Charron et Cromwell : La théorie de l'intégration implicite ne respecte pas le texte de la L.n.t. et ne tient pas compte des techniques de rédaction adoptées par le législateur québécois lorsqu'il entend intégrer une norme particulière dans les conventions collectives ou les contrats individuels de travail. S'il avait voulu intégrer la norme substantielle de l'art. 124 L.n.t. à toute convention collective, il l'aurait indiqué expressément. La question du caractère

The status of the A.L.S. as a statute of public order must be considered from the perspective of how the hierarchy of relevant sources of labour law affects the content and implementation of collective agreements, not from that of the implicit incorporation argument. The arbitrator considering a dismissal grievance must determine, in light of the modifications to the collective agreement that flow from the public order status of the A.L.S., whether he or she has the power under that agreement to grant the dismissed employee a remedial measure equivalent to the one available under s. 124 A.L.S. If the answer to this question is no, the arbitrator lacks jurisdiction and must decline it in favour of the C.R.T. In addition to ensuring recognition of the arbitrator's jurisdiction, this approach enables the arbitrator to review the situation in the context of the entire collective agreement and to consider all relevant factors in analysing the equivalence of the recourse. It is also consistent with the alternative nature of the recourse before the C.R.T., since the C.R.T. will hear a complaint only if the arbitrator who has initial jurisdiction to interpret the agreement determines that he or she cannot offer the employee a recourse equivalent to the one available through the C.R.T.

C and L were credited with two years of uninterrupted service within the meaning of the A.L.S. and could not, therefore, as a result of s. 124, be dismissed without good and sufficient cause. Because the clauses of the collective agreement applicable respectively to C and L denied the employees access to grievance arbitration to contest their dismissal, they are inconsistent with the substantive standard in s. 124 A.L.S., are absolutely null and are therefore deemed unwritten. The arbitrator considering the grievance must therefore examine the collective agreement to determine whether the agreement grants a recourse equivalent to the one available under s. 124. To conclude that the recourses are equivalent, both decision-makers must have the power to review the employer's decision and order appropriate remedies within a procedural framework of comparable effectiveness. In these appeals, the C.R.T. can overturn the dismissal, order the employee's reinstatement or fix indemnities. Since the grievance arbitrator acts under the collective agreement and the *Labour Code* — which establishes and supplements the arbitrator's powers — he or she has an equivalent capacity for intervention. The proceedings would therefore be brought before decision-makers with similar powers of intervention and similar guarantees of independence and impartiality. As a result, the arbitrators had jurisdiction to hear the grievances of C and L, consider the merits of the decisions to dismiss them and take appropriate remedial action.

d'ordre public de la L.n.t. doit être abordée sous l'angle de l'effet de la hiérarchie des sources de droit pertinentes en droit du travail sur le contenu et la mise en œuvre des conventions collectives plutôt que sous celui de la théorie de l'intégration implicite. Il revient à l'arbitre saisi du grief contre le congédiement de déterminer, à la lumière des modifications apportées à la convention collective par l'effet d'ordre public imposé par la L.n.t., si cette convention lui permet d'accorder au salarié congédié une mesure de réparation équivalente à celle qu'offre l'art. 124 L.n.t. Dans la négative, l'arbitre n'a pas compétence et doit se dessaisir en faveur de la C.R.T. En plus d'inciter au respect de la compétence arbitrale, cette approche permet à l'arbitre d'examiner la situation dans le contexte complet de la convention collective et de prendre en considération tous les facteurs pertinents à l'analyse de l'équivalence du recours. De plus, elle respecte le caractère subsidiaire du recours devant la C.R.T., puisque ce n'est que dans l'éventualité où l'arbitre ayant compétence initiale sur l'interprétation de la convention déterminerait qu'il ne peut offrir au salarié un recours équivalent à celui qu'offre la C.R.T. que cette dernière se saisira de la plainte.

C et L justifient de deux ans de service continu au sens de la L.n.t. et ils ne pouvaient donc, selon l'art. 124, être congédiés sans une cause juste et suffisante. Puisque les clauses applicables de la convention collective privent respectivement C et L de l'arbitrage de griefs pour contester leur congédiement, elles violent la norme substantielle de l'art. 124 L.n.t., sont nulles de nullité absolue et donc réputées non écrites. L'arbitre saisi doit donc examiner la convention collective afin de déterminer si elle accorde un recours équivalent à celui qu'institue l'art. 124. Pour conclure à l'équivalence des recours, chacun des décideurs doit pouvoir réviser la décision de l'employeur et ordonner des réparations appropriées dans un cadre procédural d'une efficacité comparable. En l'espèce, la C.R.T. peut annuler le congédiement, ordonner la réintégration du salarié ou fixer des indemnités. De son côté, l'arbitre de griefs, agissant en vertu de la convention collective et du *Code du travail*, qui prévoit et complète ses pouvoirs, possède une capacité d'intervention équivalente. Les procédures seraient donc engagées devant des décideurs qui détiennent des pouvoirs d'intervention similaires et offrent des garanties analogues d'indépendance et d'impartialité. Par conséquent, les arbitres avaient compétence pour entendre les griefs de C et L, examiner le fond du congédiement et prendre les mesures de réparation appropriées.

*Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting):* There is no rule conferring exclusive jurisdiction to resolve disputes between unionized employees and their employers on grievance arbitrators. Rather, it is necessary in each case to interpret the relevant legislation and consider the nature of the dispute in order to determine whether the arbitrator's jurisdiction is exclusive.

Where the applicable legislative scheme is concerned, there is nothing to indicate that the legislature believed the various forms of protection provided for in the A.L.S. were implicitly incorporated into all collective agreements. For the application of s. 124 A.L.S., it designated a forum in the Act for cases in which the agreement negotiated by the parties does not provide for one. Neither the A.L.S. nor the *Labour Code* provides support for a conclusion that s. 124 is incorporated into the collective agreement. Respect for the arbitration procedure does not lead to the conclusion that the procedure is of public order. The legislature has given unions a monopoly on representation, but it may also designate a forum other than an arbitrator where it considers it appropriate to do so. Given that the A.L.S. is of public order, a collective agreement may not contain standards that are prohibited by the A.L.S. or are inferior to standards established in it. An employer may not dismiss an employee without good and sufficient cause if the employee is credited with at least two years of uninterrupted service within the meaning of the A.L.S. However, there is no requirement that the parties confer responsibility for the enforcement of this protection on a grievance arbitrator. Thus, a collective agreement could not provide that the employer may, at will, dismiss a person who has two years of uninterrupted service. Although any provision to that effect would be found to be null, this does not mean that the standard established in the A.L.S. is incorporated into the collective agreement. Arbitrators are bound by the collective agreement and the *Labour Code*, and in particular by s. 100.12(a), which provides that they may "interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance". This jurisdiction presupposes that the grievance is based on the collective agreement. The provisions conferring jurisdiction on grievance arbitrators and the C.R.T. are both found in the *Labour Code*. If the procedure applicable to all unionized employees wishing to avail themselves of s. 124 A.L.S. were the one provided for in their collective agreement, the legislature would have said so clearly. It instead gave the parties the freedom to include this procedure in their agreement, although in so doing it made sure that no employee would be without a recourse.

*La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein (dissidents):* Il n'existe pas de règle qui confère une compétence exclusive à l'arbitre de griefs en matière de résolution d'un différend opposant un employé syndiqué à son employeur. Il faut plutôt, dans chaque cas, interpréter la loi pertinente et examiner la nature du litige afin de déterminer si la compétence de l'arbitre est exclusive.

En ce qui a trait au régime législatif applicable, rien n'indique que le législateur a considéré que les diverses mesures de protection prévues à la L.n.t. étaient incorporées implicitement dans toutes les conventions collectives. Pour l'application de l'art. 124, il a désigné un tribunal dans la loi pour les cas où la convention négociée par les parties n'en prévoit pas. L'incorporation de l'art. 124 à la convention collective ne ressort ni de l'analyse de la L.n.t., ni de celle du *Code du travail*. Le respect de la procédure d'arbitrage n'emporte pas la conclusion qu'elle revêt un caractère d'ordre public. Le monopole de représentation est confié aux syndicats par le législateur, mais ce dernier peut désigner une juridiction autre qu'un arbitre lorsqu'il l'estime approprié. Compte tenu du caractère d'ordre public de la L.n.t., la convention collective ne peut contenir de norme prohibée par cette loi ou qui représente une protection moindre. Un employeur ne peut pas congédier un employé sans une cause juste et suffisante si ce dernier justifie d'au moins deux ans de service continu au sens de la L.n.t. Toutefois, rien n'impose aux parties l'obligation de confier à un arbitre de griefs la responsabilité de mettre en œuvre cette protection. Ainsi, une convention collective ne pourrait prévoir que l'employeur peut à son gré congédier une personne qui cumule deux ans de service continu. Bien que cette disposition serait tenue pour nulle, la norme prévue à la L.n.t. ne serait pas pour autant incorporée à la convention collective. L'arbitre est lié par la convention collective et par le *Code du travail*, plus particulièrement par l'art. 100.12, par. a), lequel précise que l'arbitre peut « interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief ». Cette compétence présuppose que le grief a un fondement dans la convention collective. Les dispositions conférant à l'arbitre de griefs et à la C.R.T. leur compétence respective se trouvent toutes deux dans le *Code du travail*. Si la procédure applicable à tous les employés syndiqués qui veulent se prévaloir de l'art. 124 L.n.t. était celle prévue par leur convention, le législateur l'aurait dit clairement. Il a plutôt laissé aux parties la liberté d'inclure cette procédure dans la convention, tout en s'assurant qu'aucun employé ne soit privé de recours.

Nor does the nature of the dispute indicate that it is within the exclusive jurisdiction of the grievance arbitrator. Both the arbitrator and the C.R.T. have recognized expertise with respect to dismissal complaints. Not only is the C.R.T. the exclusive alternative forum designated in the A.L.S., but an analysis of how it is set up also confirms that its expertise in deciding whether there is good and sufficient cause for the dismissal of an employee cannot be denied.

In these appeals, the clauses of the collective agreement that limit access to the grievance procedure are not contrary to public order, as they do not deprive C and L of the protection provided for in s. 124 A.L.S. Limiting access to the grievance procedure is not prohibited by either the A.L.S. or the *Labour Code*. The parties have not generally incorporated the standards established in the A.L.S. into their collective agreement. There is no provision in the A.L.S. to the effect that the collective agreement must make the grievance procedure available in respect of all the standards established in that statute. Rather, the A.L.S. establishes a recourse for cases in which the agreement does not provide for one. Because of restrictions on the arbitration procedure, C and L do not have an adequate remedial procedure within the meaning of s. 124 A.L.S. The C.R.T. is therefore the appropriate forum to settle their wrongful dismissal complaints.

The role of the courts is to interpret legislation in a manner consistent with its purpose. The A.L.S. was enacted to protect employees. Pursuant to the interpretation adopted here, there is a simple way to achieve that purpose — by referring to the words used and avoiding artificial disputes. The A.L.S. has borrowed from the collective bargaining scheme by including a type of protection found in many collective agreements. There is no justification for holding now that every collective agreement must include that protection. The exception made for cases in which collective agreements afford adequate protection reflects this historical reality. There is no defect in the *Labour Code* or in the A.L.S. or collective agreements that needs to be cured by judicial interpretation. Moreover, the A.L.S. is already a legislative work in progress. It would be inappropriate to accept an interpretation whose effect would be to create weaknesses in a structure that has been built following lengthy debate. The legislature is free to step in to provide for new recourses in respect both of s. 124 A.L.S. and of the other standards. It alone has the authority to do so.

### Cases Cited

By LeBel J.

**Referred to:** *Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006

La nature du litige n'indique pas plus qu'il relève exclusivement de l'arbitre de griefs. En matière de plainte de congédiement, tant l'arbitre que la C.R.T. possèdent une expertise reconnue. Non seulement la C.R.T. est-elle le tribunal subsidiaire exclusif désigné par la L.n.t., mais l'analyse de sa constitution confirme également son expertise indéniable pour décider si un congédiement est fondé sur une cause juste et suffisante.

En l'espèce, les clauses de la convention collective qui limitent l'accès à la procédure de griefs ne sont pas contraires à l'ordre public, car elles ne privent pas C et L de la protection prévue à l'art. 124 L.n.t. Ni la L.n.t. ni le *Code du travail* n'interdisent de limiter l'accès à la procédure de griefs. Les parties n'ont pas intégré de façon générale à leur convention collective les normes établies par la L.n.t. Nulle part la L.n.t. n'impose l'obligation d'insérer dans la convention collective l'accès à la procédure de grief pour toutes les normes qu'elle établit. Elle établit plutôt un recours pour les cas où la convention n'en prévoit pas. En raison des limites assortissant la procédure d'arbitrage, C et L ne disposent pas d'une procédure de réparation adéquate au sens de l'art. 124 L.n.t. La C.R.T. est le tribunal qui doit donc décider de leur plainte de congédiement injustifié.

Le rôle des tribunaux est d'interpréter les lois d'une manière conforme à leur objet. La L.n.t. est une loi adoptée pour protéger les employés. L'interprétation retenue en l'espèce permet de réaliser cet objet de façon simple — en se reportant au texte et en évitant des débats artificiels. La L.n.t. a emprunté au régime de négociation collective une protection figurant dans de nombreuses conventions collectives. Rien ne justifie aujourd'hui d'appliquer un raisonnement qui ferait en sorte que toutes les conventions collectives devraient impérativement contenir cette protection. En fait, la réserve faite pour les cas où les conventions collectives comportent une protection adéquate reflète cette réalité historique. Pas plus le *Code du travail* que la L.n.t. ou les conventions collectives ne comportent de lacune qu'une interprétation judiciaire devrait combler. Par ailleurs, la L.n.t. constitue déjà un chantier législatif. Il ne conviendrait pas d'accepter une interprétation qui aurait pour effet de créer des failles dans un édifice érigé au terme de longs débats. Le législateur est libre d'intervenir pour ouvrir de nouvelles voies de recours, tant pour l'art. 124 L.n.t. que pour les autres normes. C'est à lui qu'il revient de le faire.

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*,

SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124; *Commission des normes du travail v. Chantiers Davie Ltée*, [1987] R.J.Q. 1949.

By Deschamps J. (dissenting)

*Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360; *Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261; *Ateliers Roland Gingras inc. v. Martin*, [1988] R.J.Q. 523; *Giguère v. Cie Kenworth du Canada, Division de Paccar du Canada Ltée*, [1990] R.J.Q. 2485; *Malo v. Côté-Desbiolles*, [1995] R.J.Q. 1686; *Joyal v. Hôpital du Christ-Roi*, [1997] R.J.Q. 38; *Commission scolaire Chomedey de Laval v. Dubé*, [1997] R.J.Q. 1203; *Université du Québec à Hull v. Lalonde*, 2000 CanLII 11322; *Dubé v. Secrétariat de l'Action Catholique de Joliette*, 2001 CanLII 12979; *Beauséjour v. Lefebvre*, [1986] R.J.Q. 1407, aff'd [1988] R.J.Q. 639; *Syndicat du personnel enseignant du Centre d'études collégiales en Charlevoix v. St-Laurent*, 2007 QCCS 1005 (CanLII); *Commission des normes du travail v. Chantiers Davie Ltée*, [1987] R.J.Q. 1949; *Commission des normes du travail v. Campeau Corp.*, [1989] R.J.Q. 2108; *Commission des normes du travail v. Hawker Siddeley Canada inc.*, [1989] R.J.Q. 2123; *Commission des normes du travail v. Domtar Inc.*, [1989] R.J.Q. 2130; *Québec (Commission des normes du travail) v. Cie minière I.O.C. inc.*, 1995 CanLII 5324; *Commission des normes du travail v. Cie de papier de St-Raymond ltée*, [1997] R.J.Q. 366; *Syndicat des employé(es) de soutien du Cégep André-Laurendeau v. Lavoie*, 2007 QCCS 322 (CanLII); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Roy*, 2007 QCCS 1172 (CanLII); *Balthazard-Généreux v. Collège Montmorency*, [1997] T.T. 118; *Lecavalier v. Montréal (Ville)*, [1997] D.T.T.Q. No. 14 (QL); *Robitaille v. Société des alcools du Québec*, [1997] T.T. 597; *Calcuttawala v. Conseil du Québec — Unite Here*, [2006] R.J.D.T. 1472; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, ss. 32, 369.

2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124; *Commission des normes du travail c. Chantiers Davie Ltée*, [1987] R.J.Q. 1949.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261; *Ateliers Roland Gingras inc. c. Martin*, [1988] R.J.Q. 523; *Giguère c. Cie Kenworth du Canada, Division de Paccar du Canada Ltée*, [1990] R.J.Q. 2485; *Malo c. Côté-Desbiolles*, [1995] R.J.Q. 1686; *Joyal c. Hôpital du Christ-Roi*, [1997] R.J.Q. 38; *Commission scolaire Chomedey de Laval c. Dubé*, [1997] R.J.Q. 1203; *Université du Québec à Hull c. Lalonde*, 2000 CanLII 11322; *Dubé c. Secrétariat de l'Action Catholique de Joliette*, 2001 CanLII 12979; *Beauséjour c. Lefebvre*, [1986] R.J.Q. 1407, conf. par [1988] R.J.Q. 639; *Syndicat du personnel enseignant du Centre d'études collégiales en Charlevoix c. St-Laurent*, 2007 QCCS 1005 (CanLII); *Commission des normes du travail c. Chantiers Davie Ltée*, [1987] R.J.Q. 1949; *Commission des normes du travail c. Campeau Corp.*, [1989] R.J.Q. 2108; *Commission des normes du travail c. Hawker Siddeley Canada inc.*, [1989] R.J.Q. 2123; *Commission des normes du travail c. Domtar Inc.*, [1989] R.J.Q. 2130; *Québec (Commission des normes du travail) c. Cie minière I.O.C. inc.*, 1995 CanLII 5324; *Commission des normes du travail c. Cie de papier de St-Raymond ltée*, [1997] R.J.Q. 366; *Syndicat des employé(es) de soutien du Cégep André-Laurendeau c. Lavoie*, 2007 QCCS 322 (CanLII); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Roy*, 2007 QCCS 1172 (CanLII); *Balthazard-Généreux c. Collège Montmorency*, [1997] T.T. 118; *Lecavalier c. Montréal (Ville)*, [1997] D.T.T.Q. n° 14 (QL); *Robitaille c. Société des alcools du Québec*, [1997] T.T. 597; *Calcuttawala c. Conseil du Québec — Unite Here*, [2006] R.J.D.T. 1472; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27.

#### Lois et règlements cités

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

- Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 1 “agreement”, “employee”, “uninterrupted service”, 81.18, 81.19, 81.20, 93, 94, 102, 122, 123, 123.4, 123.7, 123.13, 123.15, 123.16, 124, 125, 126, 126.1, 127, 128.
- Act respecting labour standards*, S.Q. 1979, c. 45, s. 126.
- Act respecting occupational health and safety*, R.S.Q., c. S-2.1.
- Act to amend the Act respecting labour standards*, S.Q. 1997, c. 2, s. 2.
- Act to amend the Act respecting labour standards and other legislative provisions*, S.Q. 1990, c. 73, s. 61.
- Act to amend the Labour Code, to establish the Commission des relations du travail and to amend other legislative provisions*, S.Q. 2001, c. 26, s. 144.
- Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12.
- Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 1438.
- Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 64.5(1), (2), (3), (4).
- Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, c. 35.
- Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(f) “grievance”, 16, 17, 62, 64, 100, 100.12(a), (f), 114, 118, 137.12, Sch. I, s. 15.
- Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, ss. 48(1), (12)(j).
- Minimum Wage Act*, R.S.Q., c. S-1.
- Minimum Wage Act*, R.S.Q. 1941, c. 164.
- Pay Equity Act*, R.S.Q., c. E-12.001.
- Women’s Minimum Wage Act*, R.S.Q. 1925, c. 100.
- Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1438.
- Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 1f) « grief », 16, 17, 62, 64, 100, 100.12(a), (f), 114, 118, 137.12, ann. I, art. 15.
- Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, ch. 35.
- Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1), (12)j).
- Loi du salaire minimum*, S.R.Q. 1941, ch. 164.
- Loi du salaire minimum des femmes*, S.R.Q. 1925, ch. 100.
- Loi modifiant la Loi sur les normes du travail*, L.Q. 1997, ch. 2, art. 2.
- Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d’autres dispositions législatives*, L.Q. 1990, ch. 73, art. 61.
- Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d’autres dispositions législatives*, L.Q. 2001, ch. 26, art. 144.
- Loi sur l’équité salariale*, L.R.Q., ch. E-12.001.
- Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., ch. S-2.1.
- Loi sur le salaire minimum*, L.R.Q., ch. S-1.
- Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 32, 369.
- Loi sur les normes d’emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 64.5(1), (2), (3), (4).
- Loi sur les normes du travail*, L.Q. 1979, ch. 45, art. 126.
- Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 1 « convention », « salarié », « service continu », 81.18, 81.19, 81.20, 93, 94, 102, 122, 123, 123.4, 123.7, 123.13, 123.15, 123.16, 124, 125, 126, 126.1, 127, 128.

### Authors Cited

- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Dubé, Jean-Louis, et Nicola Di Iorio. *Les normes du travail*, 2<sup>e</sup> éd. Sherbrooke: Revue de droit Université de Sherbrooke, 1992.
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Hébert, Gérard, et Gilles Trudeau. *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec: Étude juridique et institutionnelle*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.
- Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. *Le droit de l’emploi au Québec*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 23 mai 1996, p. 1325, 1332, 1334.
- Vallée, Guylaine. “Les lois de l’emploi et la convention collective”, dans Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme, dir., *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail: Chartes*,

### Doctrine citée

- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Dubé, Jean-Louis, et Nicola Di Iorio. *Les normes du travail*, 2<sup>e</sup> éd. Sherbrooke: Revue de droit Université de Sherbrooke, 1992.
- Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Hébert, Gérard, et Gilles Trudeau. *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec: Étude juridique et institutionnelle*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1987.
- Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. *Le droit de l’emploi au Québec*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 23 mai 1996, p. 1325, 1332, 1334.
- Vallée, Guylaine. « Les lois de l’emploi et la convention collective », dans Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme, dir., *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail: Chartes*,

*normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc.: Actes du colloque tenu à l'Université Laval/8 novembre 2007.* Montréal: Wilson & Lafleur, 2008, 81.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Morin and Rochon JJ.A.), 2008 QCCA 1046, [2008] J.Q. n° 4944 (QL), 2008 CarswellQue 4906, reversing a decision of Fraiberg J., 2006 QCCS 5230, [2006] R.J.D.T. 1400, [2006] J.Q. n° 14258 (QL), 2006 CarswellQue 9642, dismissing an application for judicial review of an arbitrator's decision. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Morin and Rochon JJ.A.), 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005, [2008] J.Q. n° 4945 (QL), 2008 CarswellQue 4906, reversing a decision of Fraiberg J., 2006 QCCS 5230, [2006] R.J.D.T. 1400, [2006] J.Q. n° 14258 (QL), 2006 CarswellQue 9642, allowing an application for judicial review of an arbitrator's decision. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. dissenting.

*Pierre Brun and Sophie Cloutier*, for the appellant.

*Michel Déom*, for the respondent.

*Robert L. Rivest and Dalia Gesualdi-Fecteau*, for the intervenor Commission des normes du travail.

*Gérard Notebaert and Isabelle Lacas*, for the intervenor Confédération des syndicats nationaux.

English version of the judgment of LeBel, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ. delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

### A. *Nature of the Cases*

[1] This Court has before it two appeals by the Syndicat de la fonction publique du Québec

*normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc. : Actes du colloque tenu à l'Université Laval/8 novembre 2007.* Montréal: Wilson & Lafleur, 2008, 81.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Morin et Rochon), 2008 QCCA 1046, [2008] J.Q. n° 4944 (QL), 2008 CarswellQue 4906, qui a infirmé une décision du juge Fraiberg, 2006 QCCS 5230, [2006] R.J.D.T. 1400, [2006] J.Q. n° 14258 (QL), 2006 CarswellQue 9642, rejetant la requête en révision judiciaire d'une sentence arbitrale. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Morin et Rochon), 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005, [2008] J.Q. n° 4945 (QL), 2008 CarswellQue 4906, qui a infirmé une décision du juge Fraiberg, 2006 QCCS 5230, [2006] R.J.D.T. 1400, [2006] J.Q. n° 14258 (QL), 2006 CarswellQue 9642, accueillant la requête en révision judiciaire d'une sentence arbitrale. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein sont dissidents.

*Pierre Brun et Sophie Cloutier*, pour l'appelant.

*Michel Déom*, pour l'intimé.

*Robert L. Rivest et Dalia Gesualdi-Fecteau*, pour l'intervenante la Commission des normes du travail.

*Gérard Notebaert et Isabelle Lacas*, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

Le jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Cromwell a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

### A. *Nature des dossiers*

[1] Notre Cour est saisie de deux appels interjetés par le Syndicat de la fonction publique du

(“S.F.P.Q.”), which represents two employees of the Quebec government covered by a collective agreement between the S.F.P.Q. and the government. Those employees no longer work for the Quebec government. They and the S.F.P.Q. are challenging the termination of their employment on the basis that they were not dismissed for a good and sufficient cause. It is common ground that the employees were entitled to present their unlawful dismissal complaints to a neutral outside decision-maker. The issue is whether a grievance arbitrator designated under the collective agreement or the Commission des relations du travail (“C.R.T.”) has jurisdiction to hear a complaint in relation to the rights conferred on employees in s. 124 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 (“A.L.S.”). The appellant argues that the arbitrator has this jurisdiction. The respondent submits that jurisdiction over these cases lies with the C.R.T. In addition to the issue of the choice of forum, these appeals raise the more general issue of how the A.L.S., as a statute of public order, affects the content of collective agreements.

### B. *Solution*

[2] In my opinion, the grievance arbitrator must be held to have jurisdiction over the complaint for the purpose of determining whether the grievance and arbitration procedure set out in the collective agreement is equivalent to the recourse provided for in s. 124 A.L.S. This is because of the effect of the A.L.S., as a statute of public order, on the content of collective agreements entered into under the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 (“L.C.”). If the grievance and arbitration procedure is equivalent, the arbitrator must hear the grievance. If it is not, the grievance must be referred to the C.R.T. For the reasons that follow, I would find that, in the instant cases, the arbitrators had jurisdiction to hear the grievances. I would therefore allow both appeals and restore the judgment of the Quebec Superior Court.

## II. Origins of the Cases

### A. *The Collective Agreement*

[3] These appeals arise out of a disagreement over the application of the collective agreement

Québec (« S.F.P.Q. »). Ce dernier représente deux salariés à l’emploi du gouvernement du Québec et régis par une convention collective intervenue avec celui-ci. Les fonctions de ces salariés ont pris fin. Avec le S.F.P.Q., ils contestent cette cessation d’emploi qu’ils considèrent comme un renvoi sans cause juste et suffisante. Toutes les parties reconnaissent aux salariés le droit de soumettre leur plainte de renvoi illégal à un décideur externe neutre. Le problème consiste à déterminer lequel de l’arbitre de griefs désigné par la convention collective ou de la Commission des relations du travail (« C.R.T. ») a compétence pour assumer ce rôle à l’égard des droits accordés aux salariés par l’art. 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1 (« L.n.t. »). L’appelant plaide que l’arbitre est compétent. L’intimé répond que ces affaires relèvent de la C.R.T. Outre cette question de choix du tribunal, ces appels soulèvent plus généralement la question des effets de la L.n.t., loi d’ordre public, sur le contenu des conventions collectives.

### B. *Solution*

[2] À mon avis, la solution qui s’impose est la reconnaissance de la compétence de l’arbitre de griefs à se saisir de la plainte afin d’examiner l’équivalence de la procédure de grief et d’arbitrage prévue à la convention collective avec le recours offert par l’art. 124 L.n.t., et ce en raison de la portée d’ordre public de la L.n.t. sur le contenu des conventions collectives conclues en vertu du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 (« C.t. »). Si la procédure de grief et d’arbitrage est équivalente, l’arbitre doit entendre le grief. Autrement, celui-ci doit être renvoyé devant la C.R.T. Pour les motifs qui suivent, je conclurais que les arbitres ont, en l’espèce, compétence pour entendre les griefs. J’accueillerais en conséquence les deux appels et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure du Québec.

## II. Origine des litiges

### A. *La convention collective*

[3] Ces pourvois découlent d’un différend relatif à l’application de la « Convention collective de

for government employees for 1998-2002 between the Quebec government and the S.F.P.Q. One of the conditions of employment provided for in that agreement is that certain employees without job security may not, on being dismissed, grieve their dismissal before the designated grievance arbitrator except in special circumstances.

[4] Case 32771 concerns clause 4-14.28 of the collective agreement, which provides that the agreement's disciplinary provisions — including clause 4-14.21, pursuant to which employees may grieve disciplinary action taken against them — do not apply to seasonal or casual employees unless they were hired for periods of one year or more or have, in the case of casual employees, at least 12 months of service. No other recourse is provided for as regards employees to whom the grievance procedure is not available.

[5] Case 32772 concerns clause 5-17.04 of the agreement, which provides that an employee dismissed during or at the end of a probationary period may not grieve the dismissal. That clause reads as follows:

[TRANSLATION] **5-17.04** A decision by the Deputy Minister to terminate the employment of a temporary employee during or at the end of the probationary period provided for in section 13 of the Public Service Act or in the Directive concernant la classification des emplois de la fonction publique et sa gestion may not be grieved unless the purpose of the decision is to avoid the application of the second paragraph of this article.

However, following that probationary period, the Deputy Minister may lay off a temporary employee only because of a shortage of work, as a result of workforce reduction or under Chapter 6-0.00.

Like any collective agreement, the agreement in issue here must be interpreted in light of the relevant provisions of the complex legislative scheme governing labour relations in Quebec.

#### B. *The Legislative Framework*

[6] The Quebec legislature has created an extensive legislative framework for labour relations

travail des fonctionnaires, 1998-2002 » intervenue entre le gouvernement du Québec et le S.F.P.Q. Cette convention prévoit, entre autres conditions de travail, que les revendications découlant du congédiement de certains employés à statut précaire ne peuvent faire l'objet de griefs devant l'arbitre de griefs désigné, sauf dans des circonstances particulières.

[4] Plus précisément, le dossier 32771 met en jeu la clause 4-14.28 de la convention collective, qui ne rend applicables aux employés saisonniers ou occasionnels les dispositions de la convention relatives aux mesures disciplinaires, et notamment la clause 4-14.21 donnant ouverture au dépôt d'un grief par un employé en faisant l'objet, que dans la mesure où cet employé a été embauché pour une période d'un an ou plus ou, s'il s'agit d'un employé occasionnel, que s'il possède au moins 12 mois de service. Aucun autre recours n'est prévu pour un employé qui est exclu de la procédure de grief.

[5] Le dossier 32772 concerne la clause 5-17.04 de cette même convention. Cette disposition interdit à tout employé congédié au cours ou à la fin d'un stage probatoire de déposer un grief à l'encontre de son congédiement. Cette clause se lit :

**5-17.04** La décision du sous-ministre de mettre fin à l'emploi d'un employé temporaire au cours ou à la fin du stage probatoire prévu à l'article 13 de la Loi sur la fonction publique ou à la Directive concernant la classification des emplois de la fonction publique et sa gestion, ne peut faire l'objet d'un grief sauf si sa décision a pour but d'éviter l'application du deuxième alinéa du présent article.

Toutefois, après ce stage probatoire, le sous-ministre ne peut procéder à la mise à pied d'un employé temporaire que pour la raison qu'il y a un manque de travail ou par suite d'une réduction d'effectifs ou en application des dispositions du chapitre 6-0.00.

Comme toute convention collective, l'entente à l'étude s'interprète à la lumière des dispositions pertinentes du régime législatif complexe qui encadre les relations du travail au Québec.

#### B. *Le cadre législatif*

[6] Le domaine des relations du travail au Québec a reçu un encadrement législatif important, qui

in that province to take account of the fact that employees are often in a vulnerable position in relation to their employers, and to establish a stable, orderly system of labour relations. As is the case elsewhere in Canada, that framework is set out in a number of statutes that govern various aspects of individual and collective labour relations. The A.L.S., which lays down minimum conditions of employment, plays a particularly important role for both unionized and non-unionized employees in Quebec. It represents the Quebec legislature's most significant intervention in this area of labour relations and forms, together with the *Act respecting occupational health and safety*, R.S.Q., c. S-2.1, the cornerstone of Quebec's statutory employment law scheme (R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (6th ed. 2008), at p. 143).

[7] The A.L.S. is designed to provide Quebec employees with a minimum level of protection to which the parties to an employment relationship may not make exceptions. It was enacted in 1979 with the objective of improving the existing protection — considered insufficient — afforded by labour legislation that was exclusively economic in nature, such as the *Minimum Wage Act*, R.S.Q., c. S-1. Because of the functional imbalance inherent in the employee-employer relationship, the pre-A.L.S. statutes did not lead to the establishment of fair conditions of employment (F. Morin, J.-Y. Brière and D. Roux, *Le droit de l'emploi au Québec* (3rd ed. 2006), at p. 52).

[8] The A.L.S., which is social legislation, establishes — in Chapter IV — a wide range of standards that constitute a minimum level of protection applicable to many aspects of employment, including the payment of wages, family or parental leave and the termination of employment. The recourses needed to ensure compliance with the standards established in the A.L.S. are provided for in Chapter V. To reflect changing societal attitudes in this area, the A.L.S. has been amended frequently. Certain changes have been made to the complaint system under s. 124 A.L.S., and the number of years of uninterrupted service employees must have in order to present complaints is no longer five, but two. The protection of s. 124

résulte de la volonté législative de prendre en compte la situation fréquente de vulnérabilité des salariés à l'égard de leur employeur, et d'établir un système de relations du travail stable et ordonné. Comme ailleurs au Canada, cet encadrement se retrouve dans plusieurs lois qui régissent des aspects divers des rapports individuels ou collectifs du travail. La L.n.t., qui édicte des conditions minimales de travail, joue un rôle particulièrement important à l'égard des salariés de la province de Québec, qu'ils soient syndiqués ou non. Elle représente la plus importante intervention du législateur québécois en cette matière et constitue, avec la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., ch. S-2.1, la pièce maîtresse du régime légal de travail du Québec (R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (6<sup>e</sup> éd. 2008), p. 143).

[7] La L.n.t. vise à assurer aux salariés québécois une protection minimale à laquelle ne peuvent déroger les parties à une relation de travail. Adoptée en 1979, elle avait pour objectif d'améliorer la protection jugée insuffisante qu'offraient jusqu'alors les lois du travail à caractère exclusivement économique, dont la *Loi sur le salaire minimum*, L.R.Q., ch. S-1. Avant l'adoption de la L.n.t., en effet, ces lois ne permettaient pas l'établissement de conditions de travail justes en raison du déséquilibre fonctionnel inhérent à la relation salarié-employeur (F. Morin, J.-Y. Brière et D. Roux, *Le droit de l'emploi au Québec* (3<sup>e</sup> éd. 2006), p. 52).

[8] Loi à portée sociale, la L.n.t. établit à son chapitre IV une vaste gamme de normes constituant le seuil minimal de protection qui s'applique à l'égard de nombreux aspects du travail salarié, notamment le versement du salaire, les congés pour raisons familiales ou parentales et la rupture du lien d'emploi. La L.n.t. institue également à son chapitre V les recours nécessaires au respect des normes qu'elle édicte. Reflet de l'évolution des attitudes sociales en ce domaine, la L.n.t. a subi des modifications fréquentes. De récents changements ont d'ailleurs été apportés au système de plainte mis en place à l'art. 124 L.n.t., et dont le salarié peut se prévaloir à condition d'avoir acquis non plus cinq, mais deux ans de service continu. C'est la protection offerte

is what the appellants are invoking in the instant cases.

[9] Section 124 A.L.S. gives employees who have completed two years of uninterrupted service in the same enterprise a recourse they can exercise if they are dismissed without good and sufficient cause:

**124.** An employee credited with two years of uninterrupted service in the same enterprise who believes that he has not been dismissed for a good and sufficient cause may present his complaint in writing to the Commission des normes du travail or mail it to the address of the Commission des normes du travail within 45 days of his dismissal, except where a remedial procedure, other than a recourse in damages, is provided elsewhere in this Act, in another Act or in an agreement.

If the complaint is filed with the Commission des relations du travail within this period, failure to have presented it to the Commission des normes du travail cannot be set up against the complainant.

[10] In *Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261, the Quebec Court of Appeal considered the nature of the rights established in s. 124 A.L.S. and recognized that the section has a normative duality. Although procedural in form, s. 124 does not just create a remedy, as it also establishes a substantive labour standard that prohibits the dismissal or termination of an employee without good and sufficient cause once the employee has completed the required period of service. This standard applies to every individual contract for a fixed or indeterminate term, and every collective agreement. It accordingly constitutes an exception to the traditional principles of freedom of contract, and it limits the employer's discretion to terminate any contract of employment with an indeterminate term at will upon giving sufficient notice.

[11] The A.L.S. also establishes a recourse that employees can exercise in the event of a failure to comply with the substantive standard. That recourse, originally exercised before an arbitrator, then before a labour commissioner and now before the C.R.T. (Morin, Brière and Roux, at p. 1293), allows a dismissed employee to obtain specific

par cet article qu'invocent les appelants en l'espèce.

[9] L'article 124 L.n.t. accorde aux salariés qui ont complété deux ans de service continu dans une même entreprise un recours en cas de renvoi sans cause juste et suffisante :

**124.** Le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la Commission des normes du travail ou la mettre à la poste à l'adresse de la Commission des normes du travail dans les 45 jours de son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention.

Si la plainte est soumise dans ce délai à la Commission des relations du travail, le défaut de l'avoir soumise à la Commission des normes du travail ne peut être opposé au plaignant.

[10] La Cour d'appel du Québec a examiné la nature des droits établis par l'art. 124 L.n.t. dans *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261, et a reconnu alors sa dualité normative. Se présentant sous une forme procédurale, cet article crée non seulement une voie de droit, mais aussi une norme substantielle du travail interdisant le congédiement ou la cessation d'emploi d'un salarié, en l'absence de cause juste et suffisante, pourvu que celui-ci ait complété la durée de service requise. Cette norme s'impose à tout contrat individuel à durée déterminée ou indéterminée et aux conventions collectives de travail. Elle déroge ainsi aux principes traditionnels de la liberté contractuelle et restreint le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de mettre fin, à son gré, à tout contrat de travail à durée indéterminée sous réserve d'un avis suffisant.

[11] La loi crée aussi un recours auquel peut faire appel un salarié en cas de violation de la norme substantielle. Ce recours, qui a été exercé, suivant les périodes, d'abord devant un arbitre, puis devant un commissaire du travail et maintenant devant la C.R.T. (Morin, Brière et Roux, p. 1293), permet au salarié congédié d'obtenir l'exécution en nature de

performance of the employer's obligation by being reinstated in the workplace or receiving equivalent monetary compensation. However, the recourse remains alternative in nature, since it can be exercised before the C.R.T. only where an equivalent remedial procedure is not provided for elsewhere in the A.L.S., in another Act or in an agreement, including a collective agreement. Insofar as the Quebec legislature accepts that an authority other than the one mentioned in s. 124 A.L.S. may have jurisdiction to rule on compliance with the labour standard established by that section, the procedural and substantive aspects of s. 124 can be considered severable from one another.

[12] Collective agreements are governed, first and foremost, by the L.C., which, except in certain specific sectors, provides the exclusive framework for organizing collective labour relations (Morin, Brière and Roux, at p. 808). In particular, it contains the legal rules that govern the establishment of conditions of employment by employees and employers through collective bargaining, and it ensures the application of the resulting collective agreements by establishing mandatory grievance and arbitration procedures (*Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27, at para. 93). The first paragraph of s. 100 L.C. provides that every grievance arising out of the application of a collective agreement must be submitted to a grievance arbitrator:

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

[13] Arbitrators also have the power — under s. 100.12 L.C. — to interpret and apply any Act or regulation if necessary to settle a grievance. Statutes of public order, such as the A.L.S., are binding on arbitrators, who are required to take them into account in carrying out their mandates. Under s. 62 L.C., provisions of a collective agreement that are contrary to public order or prohibited by law are null.

l'obligation de l'employeur, que ce soit par sa réintégration au milieu de travail ou par une compensation financière équivalente. Il a toutefois un caractère subsidiaire en ce qu'il ne peut être exercé devant la C.R.T. qu'en l'absence d'une procédure de réparation équivalente prévue ailleurs dans la L.n.t., dans une autre loi ou dans une convention, et notamment une convention collective. Dans la mesure où le législateur québécois admet qu'une autre instance que celle mentionnée à l'art. 124 L.n.t. puisse avoir la compétence requise pour se prononcer sur le respect de la norme du travail établie par cet article, les aspects procédural et substantiel de celui-ci peuvent être considérés dissociables l'un de l'autre.

[12] Les conventions collectives sont avant tout régies par le C.t., qui constitue, sauf pour certains secteurs particuliers, la voie exclusive d'aménagement des rapports collectifs du travail (Morin, Brière et Roux, p. 808). Il contient notamment les règles de droit gouvernant l'aménagement des conditions de travail par la négociation collective entre salariés et employeurs, et assure l'application des conventions collectives qui en résultent, en établissant des procédures obligatoires de grief et d'arbitrage (*Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27, par. 93). Le premier alinéa de l'art. 100 C.t. prévoit que tout grief découlant de l'application d'une convention collective doit être soumis à l'arbitre de griefs :

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

[13] L'arbitre possède en outre le pouvoir, en vertu de l'art. 100.12 C.t., d'interpréter et d'appliquer une loi ou un règlement s'il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief. Les lois d'ordre public, dont la L.n.t., s'imposent d'elles-mêmes à l'arbitre qui doit impérativement en tenir compte dans l'exécution de son mandat. L'article 62 C.t. prévoit d'ailleurs la nullité des dispositions d'une convention collective qui seraient contraires à l'ordre public ou prohibées par la loi.

[14] This, then, is the legislative context of the employees' grievances in the instant cases.

*C. The Grievances, the Bases for the Grievances and the Employers' Objections*

[15] In case 32771, the S.F.P.Q. challenged the dismissal of Claude Mireault, a casual employee of Pépinière forestière de Berthier, an organization that comes under the authority of Quebec's Ministère des Ressources naturelles, de la Faune et des Parcs. According to the evidence accepted by the grievance arbitrator, Maureen Flynn, five grounds were raised for the decision to dismiss Mr. Mireault: an unsatisfactory appraisal of his work, his negative leadership style as it affected both his performance and how the other employees viewed the organization, his misogynistic attitude, and the fact that some employees were afraid of him. At the time of his dismissal, Mr. Mireault had completed 188 days of service between April 23, 2001 and December 2, 2003, or fewer than the 260 days of service needed, as negotiated by the parties, to avail oneself of art. 4-14.21 of the collective agreement. However, he argued that he had completed the two years of uninterrupted service required by s. 124 A.L.S. On that basis, he sought to have his dismissal overturned, and claimed all the rights and benefits provided for in the collective agreement that applied to him.

[16] In case 32772, the S.F.P.Q. contested the dismissal of Lahcene Messaoudan, a probationary employee of Quebec's Ministère du Revenu. Mr. Messaoudan's employer alleged that he had worked [TRANSLATION] "illegally" by preparing tax returns for individuals and businesses in exchange for remuneration, that he had consulted the department's files and used its equipment for purposes unrelated to his work, and that he had lied to his employer. Mr. Messaoudan claimed to have been constructively dismissed, and he sought immediate reinstatement and payment of the related wages and benefits, plus interest, since the date of his dismissal. Like Mr. Mireault, he submitted that he had completed the two years of uninterrupted service required by s. 124 A.L.S. and that he was therefore

[14] C'est dans ce contexte législatif que s'inscrivent les griefs des salariés dont il est question dans les dossiers à l'étude.

*C. Les griefs, leur base et les objections des employeurs*

[15] Le S.F.P.Q. conteste, dans le dossier 32771, le congédiement de M. Claude Mireault, travailleur occasionnel à la Pépinière forestière de Berthier, un organisme relevant du ministère des Ressources naturelles, de la Faune et des Parcs du Québec. Selon la preuve retenue par l'arbitre de griefs, M<sup>re</sup> Maureen Flynn, cette décision repose sur cinq points, soit l'évaluation insatisfaisante de M. Mireault, son leadership négatif qui affecte son rendement et la perception des employés de l'organisation à l'égard de celle-ci, son attitude misogynne et le fait que certains salariés le craignaient. Au moment de son congédiement, M. Mireault totalisait 188 jours de service effectués entre le 23 avril 2001 et le 2 décembre 2003, soit moins que les 260 jours négociés par les parties pour pouvoir se prévaloir de la clause 4-14.21 de la convention collective. Il prétend cependant avoir complété la période de service continu de deux ans prévue par l'art. 124 L.n.t. Sur cette base, il réclame l'annulation de son congédiement ainsi que tous les droits et avantages stipulés dans la convention collective à laquelle il est soumis.

[16] Dans le dossier 32772, le S.F.P.Q. conteste le congédiement de M. Lahcene Messaoudan, stagiaire au ministère du Revenu du Québec. L'employeur de M. Messaoudan reproche à ce dernier d'avoir « travaillé au noir » en ayant préparé, contre rémunération, des déclarations de revenus pour des particuliers et des entreprises, d'avoir consulté les dossiers et fait usage du matériel du ministère en dehors du cadre de son travail et de lui avoir menti. M. Messaoudan prétend avoir fait l'objet d'un congédiement déguisé et demande sa réintégration immédiate avec le salaire et les avantages s'y rapportant, de même que des intérêts depuis la date de son congédiement. Comme M. Mireault, il soutient qu'il a accompli la période de deux ans de service continu fixée à l'art. 124 L.n.t. et qu'il peut

entitled to contest his dismissal despite the fact that he was a probationary employee.

[17] As I mentioned above, the collective agreement for Quebec government employees provides that seasonal and casual employees hired for periods of less than one year, and probationary employees, may not grieve their dismissal before the designated grievance arbitrator. Mr. Mireault and Mr. Messaoudan both fell within one of those classes of employees. As a preliminary matter in each of their cases, therefore, the employer challenged the arbitrator's jurisdiction to hear the grievances filed by the union. The union countered that the substantive labour standard in s. 124 A.L.S. is implicitly incorporated into every collective agreement and that the arbitrators therefore had the necessary jurisdiction to dispose of the grievances.

### III. Judicial History

#### A. *Arbitration Tribunal*

##### (1) Case 32771

[18] Arbitrator Maureen Flynn accepted the S.F.P.Q.'s argument that because the A.L.S. is a statute of public order, the substantive standard established in s. 124 A.L.S. is incorporated into the collective agreement. She therefore dismissed the employer's preliminary objection and concluded that she had jurisdiction to hear Mr. Mireault's grievance. On the merits, she found that the employer had not shown that Mr. Mireault had done anything serious enough to warrant dismissing him without first applying the principle of progressive discipline. She accordingly allowed the grievance and held that Mr. Mireault had been wrongfully dismissed: [2006] R.J.D.T. 329.

##### (2) Case 32772

[19] Arbitrator Pierre Laplante upheld the employer's preliminary objection to his jurisdiction to hear Mr. Messaoudan's grievance. After finding that the parties' intention that temporary employees who are on probation should not be entitled to challenge their dismissal before an arbitration tribunal was inconsistent with the standard in s. 124 A.L.S., Arbitrator

donc contester son congédiement, malgré son statut d'employé en stage probatoire.

[17] Comme nous l'avons vu plus haut, la convention collective des fonctionnaires québécois prévoit que les revendications découlant du congédiement de salariés saisonniers ou occasionnels engagés pour une période de moins d'un an, ainsi que de salariés en stage probatoire, ne peuvent faire l'objet de griefs devant l'arbitre de griefs désigné. MM. Mireault et Messaoudan entrent dans l'une ou l'autre de ces catégories de salariés. À titre préliminaire, leur employeur respectif conteste donc la juridiction de l'arbitre pour entendre les griefs déposés par le syndicat. En réponse, le syndicat plaide l'incorporation implicite de la norme substantielle du travail que contient l'art. 124 L.n.t. à toute convention collective, de façon à donner à l'arbitre la compétence nécessaire pour disposer des griefs.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Tribunal d'arbitrage*

##### (1) Dossier 32771

[18] L'arbitre M<sup>e</sup> Maureen Flynn fait droit à l'argument du S.F.P.Q. selon lequel la norme substantielle édictée à l'art. 124 L.n.t. est incorporée à la convention collective, et ce en raison de la nature d'ordre public de cette loi. Elle rejette donc l'objection préliminaire de l'employeur et se déclare compétente pour entendre le grief de M. Mireault. Quant au fond, l'arbitre Flynn décide que l'employeur n'a pas établi un comportement si grave qu'il justifierait le congédiement du salarié sans application préalable du principe de la progression des sanctions disciplinaires. Elle accueille alors le grief et déclare le congédiement de M. Mireault injustifié : [2006] R.J.D.T. 329.

##### (2) Dossier 32772

[19] L'arbitre M<sup>e</sup> Pierre Laplante accueille quant à lui l'objection préliminaire de l'employeur à la recevabilité du grief de M. Messaoudan. Constatant une incompatibilité entre la norme contenue à l'art. 124 L.n.t. et l'intention des parties de ne pas accorder le droit à un employé temporaire en stage probatoire de contester son congédiement devant le

Laplante concluded that s. 124 A.L.S. was not incorporated into the collective agreement. He therefore held that he had no jurisdiction to hear the grievance: D.T.E. 2006T-473, SOQUIJ AZ-50370564.

### B. *Quebec Superior Court*

[20] On judicial review of the two arbitrators' decisions, Fraiberg J. adopted Arbitrator Flynn's reasoning and held that the arbitrators had exclusive jurisdiction over the disciplinary grievances. He accordingly dismissed the motion for judicial review in Mr. Mireault's case and allowed the one in Mr. Messaoudan's case: 2006 QCCS 5230, [2006] R.J.D.T. 1400.

### C. *Quebec Court of Appeal*

[21] There were six appeals raising similar legal issues that the Court of Appeal heard together, including the two I am considering in these reasons.

[22] In reviewing the scope of s. 124 A.L.S., the Court of Appeal noted that the provision's complexity — it contains both a labour standard and a procedural mechanism for implementing the standard — had been recognized in several decisions. A complaint under s. 124 A.L.S. can be presented only if no equivalent — that is to say, equally effective — remedial measure is provided for in an Act or an agreement. The Court of Appeal considered it clear that if s. 124 A.L.S. were implicitly incorporated into every collective agreement, the effect would be to truncate that provision significantly, as the exception to the C.R.T.'s jurisdiction to hear the complaint of an employee covered by a collective agreement would become superfluous.

[23] After examining the legislative scheme established by the A.L.S. and the L.C., the Court of Appeal rejected the argument that the legislation does not give the C.R.T. exclusive jurisdiction. In its view, the complaint in question in s. 126 A.L.S. has to be the one filed under s. 124 A.L.S., over which the C.R.T. has exclusive jurisdiction pursuant to s. 114 L.C. The Court of Appeal pointed out that, in decisions concerning the jurisdiction of grievance arbitrators, the

tribunal d'arbitrage, il conclut à la non-intégration de l'art. 124 L.n.t. à la convention collective. Il se déclare donc sans compétence pour entendre le grief : D.T.E. 2006T-473, SOQUIJ AZ-50370564.

### B. *Cour supérieure du Québec*

[20] En révision judiciaire de ces deux décisions, le juge Fraiberg adopte le raisonnement de l'arbitre Flynn et conclut à la compétence exclusive des arbitres sur les griefs disciplinaires. Ce faisant, il rejette la requête en révision judiciaire dans le dossier de M. Mireault et l'accueille dans le dossier de M. Messaoudan : 2006 QCCS 5230, [2006] R.J.D.T. 1400.

### C. *Cour d'appel du Québec*

[21] La Cour d'appel entend ensemble les appels de six dossiers présentant des questions de droit similaires, dont les deux pourvois que j'examine dans ces motifs.

[22] En étudiant la portée de l'art. 124 L.n.t., la Cour d'appel note que plusieurs décisions ont reconnu sa nature complexe. En effet, cette disposition contient à la fois une norme du travail et un mécanisme procédural qui en permet la mise en œuvre. La plainte qui y est prévue n'est recevable que dans la mesure où il n'existe pas de mesure de réparation équivalente, c'est-à-dire aussi efficace, dans une loi ou dans une convention. Pour la Cour d'appel, il est manifeste que l'incorporation implicite de l'art. 124 L.n.t. dans toute convention collective amputerait le texte même de la loi de façon significative, et rendrait superfétatoire l'exception à la recevabilité de la plainte dès qu'un salarié est régi par une convention collective.

[23] Au terme de son examen du régime législatif mis en place par la L.n.t. et le C.t., la Cour d'appel rejette la thèse selon laquelle la loi ne confère pas une compétence exclusive à la C.R.T. Pour elle, la plainte visée à l'art. 126 L.n.t. demeure nécessairement celle qui fut déposée en application de l'art. 124 L.n.t., et la C.R.T. a, en vertu de l'art. 114 C.t., compétence exclusive sur cette dernière. La Cour d'appel rappelle que la jurisprudence de la Cour

Supreme Court of Canada has stressed the fundamental importance, in such cases, of determining the legislature's intention. In the cases at bar, the legislature did not choose to give a grievance arbitrator jurisdiction where an employee covered by a collective agreement presents a complaint under s. 124 A.L.S.; instead, it opted for a specialized tribunal, the C.R.T. Nor, the Court of Appeal stated, was there any indication that the C.R.T. had any difficulty carrying out its statutory mandate.

[24] For these reasons, the Court of Appeal allowed the appeals and set aside the judgment of the Superior Court. It accordingly found that the grievances of Mr. Mireault and Mr. Messaoudan were not properly before the arbitrator and dismissed them: 2008 QCCA 1046 (CanLII) and 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005.

#### IV. Analysis

##### A. *Issue*

[25] The parties are asking this Court to determine whether the substantive standard of public order set out in s. 124 A.L.S., which prohibits the dismissal without good and sufficient cause of an employee who has two years of uninterrupted service, is implicitly included in every collective agreement. In my view, the issue is framed incorrectly and does not reflect the true question raised by the appeals. To me, the issue is not whether the provisions of the A.L.S. are incorporated into the collective agreement or how jurisdiction is formally conferred on the C.R.T. Rather, these appeals raise a question about the hierarchy of sources of Quebec labour law and more specifically about how the A.L.S., as a statute of public order, affects the content of collective agreements and thus the jurisdiction conferred on the grievance arbitrators responsible for interpreting and applying such agreements.

##### B. *Arguments of the Parties*

###### (1) Union's Arguments

[26] The S.F.P.Q. argues, relying mainly on *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42,

suprême du Canada sur la compétence de l'arbitre de griefs souligne l'importance fondamentale que joue en cette matière la recherche de l'intention du législateur. Celui-ci n'a pas choisi de conférer à l'arbitre de griefs compétence dès qu'un salarié, régi par une convention collective, porte une plainte en vertu de l'art. 124 L.n.t.; il a plutôt opté pour un tribunal spécialisé, la C.R.T. De plus, rien n'indique, selon la Cour d'appel, que cet organisme a du mal à s'acquitter de sa mission législative.

[24] Pour ces raisons, la Cour d'appel accueille les appels et casse le jugement de la Cour supérieure. En conséquence, les griefs de M. Mireault et de M. Messaoudan sont déclarés irrecevables et rejetés : 2008 QCCA 1046 (CanLII) et 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005.

#### IV. Analyse

##### A. *Question en litige*

[25] Les parties demandent à notre Cour de déterminer si la norme substantielle d'ordre public qu'édicte l'art. 124 L.n.t., et qui interdit le congédiement sans cause juste et suffisante d'un salarié cumulant deux années de service continu, fait partie du contenu implicite de toute convention collective. Cette question me paraît mal posée en ce qu'elle ne correspond pas au véritable problème soulevé par les pourvois. À mon avis, il ne s'agit pas de se prononcer sur une éventuelle intégration des dispositions de la L.n.t. à la convention collective, ou sur le mode d'attribution formelle de la compétence à la C.R.T. Ces pourvois soulèvent plutôt une question de hiérarchie des sources du droit du travail québécois, et plus particulièrement de l'effet d'ordre public de la L.n.t. sur le contenu des conventions collectives et, par conséquent, sur la compétence attribuée aux arbitres de griefs chargés de leur interprétation et de leur application.

##### B. *Prétentions des parties*

###### (1) Prétentions de la partie syndicale

[26] Le S.F.P.Q. plaide l'incorporation implicite de la norme substantielle édictée à l'art. 124 L.n.t. à toute convention collective. Il s'appuie

[2003] 2 S.C.R. 157, that the substantive standard established in s. 124 A.L.S. is implicitly incorporated into every collective agreement.

[27] The S.F.P.Q. submits that the principle of implicit incorporation of basic legal rules established in *Parry Sound* is not limited to the area of human rights, but also applies to the minimum labour standards established in various Canadian statutes. Where such standards are so incorporated, the grievance arbitrator remains the appropriate decision-maker except where it is clear from the legislation and from the legislature's intention that the application and implementation of a standard has been conferred exclusively on another authority and that the matter is therefore excluded from the arbitrator's usual jurisdiction. The parties may not enter into an agreement that bypasses or eliminates the right to the recourse provided for in s. 124 A.L.S.; the legislature's intention to grant the recourse to all employees, whether unionized or not, is a matter of directive public order. However, the implicit incorporation of s. 124 in no way affects the validity of a clause of a collective agreement that denies or limits the right to grieve in the case of certain employees without job security to whom the standard established in s. 124 A.L.S. does not apply.

[28] According to the appellant, the labour standard established in s. 124 A.L.S. can be severed from the procedure provided for in that section. Collective agreement provisions that contravene or are inferior to that standard are of no force or effect and are deemed not to exist, which means that the arbitrator has jurisdiction to determine whether an employee was dismissed for a good and sufficient cause. The S.F.P.Q. submits that its position is consistent with the essential role of grievance arbitration in a unionized workplace, and with the fact that this dispute resolution mechanism is of mandatory public order. To refuse to incorporate the labour standard established in s. 124 A.L.S. into the collective agreement would amount to allowing the parties to exclude protection of the employment relationship from the jurisdiction of arbitrators and to make the C.R.T. responsible for such protection. Such a conclusion would be inconsistent with the legislature's intention.

principalement sur l'arrêt *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157.

[27] Pour le S.F.P.Q., le principe de l'incorporation implicite des normes fondamentales établi par l'arrêt *Parry Sound* ne se limite pas aux seuls droits de la personne, mais s'applique aussi aux normes minimales de travail établies par diverses lois au Canada. Le décideur approprié lorsqu'une telle incorporation se réalise reste l'arbitre de griefs, sauf lorsqu'un texte de loi clair et une intention manifeste du législateur de confier de façon exclusive l'application et la mise en œuvre d'une norme à une autre instance soustraient la question à sa compétence usuelle. Les parties ne peuvent contourner ou éliminer le droit au recours prévu à l'art. 124 L.n.t. par convention; l'intention du législateur de l'accorder à tous les salariés, syndiqués ou non, relève de l'ordre public de direction. L'intégration implicite de l'art. 124 n'affecte toutefois en rien la validité d'une clause de convention collective qui nie ou restreint le droit de grief de certains salariés à statut précaire, auxquels ne s'applique pas la norme édictée à l'art. 124 L.n.t.

[28] Selon l'appelant, la norme du travail contenue à l'art. 124 L.n.t. est dissociable de sa procédure. Les dispositions de la convention collective qui y dérogent sont inopérantes et réputées inexistantes, ce qui rend l'arbitre compétent pour examiner un congédiement selon le critère de la cause juste et suffisante. Le S.F.P.Q. soutient que sa position respecte la fonction essentielle de l'arbitrage de griefs en milieu de travail syndiqué ainsi que le caractère d'ordre public obligatoire de ce mode de résolution des conflits. Le refus d'intégrer la norme du travail contenue à l'art. 124 L.n.t. à la convention collective équivaut à permettre aux parties de soustraire la protection du lien d'emploi de la compétence de l'arbitre pour la confier à la C.R.T. Cette conclusion ne respecterait pas l'intention du législateur.

[29] The S.F.P.Q. maintains that, to correctly interpret the final portion of the first paragraph of s. 124, it is essential to ask whether a remedial measure is provided for not only in an agreement but also in another Act. The appellant points out that a binding grievance arbitration scheme is provided for in “another Act” within the meaning of s. 124 A.L.S., namely the L.C.

[30] The S.F.P.Q. adds that its position is consistent with the union’s monopoly on representation. Since a union has no duty to represent employees who exercise individual recourses available to them alone, such as a complaint under s. 124 A.L.S., the Court of Appeal’s decision creates two separate classes of unionized employees. The first consists of employees whose union has a duty to represent them under the collective agreement because they have a right to grieve a dismissal without good and sufficient cause after two years of service. These employees are distinguished from the members of a second class who are not entitled to performance of the duty of fair union representation under their collective agreement because they have no right to grieve a wrongful dismissal after two years of uninterrupted service. The only recourse available under the agreement to employees of this second class is to present complaints to the C.R.T. on their own. Therefore, this second class of unionized employees enjoys more limited rights than all other employees, including non-unionized employees, who may be represented by the Commission des normes du travail.

[31] According to the S.F.P.Q., the Court of Appeal’s decision would lead to a multiplicity of parallel recourses in collective labour relations matters. It requires the employee and the union to exercise two recourses against the employer’s decision to terminate the employee: a grievance filed by the union and a complaint presented by the employee under s. 124 A.L.S. The S.F.P.Q. submits that the legislature intended to give the C.R.T. only a residual jurisdiction over the recourse provided for in s. 124 A.L.S., but also intended to extend the application of the substantive right established in that section to all employees, including non-unionized

[29] Pour interpréter correctement l’art. 124, al. 1 *in fine*, il est impératif, selon le S.F.P.Q., de se demander si une mesure de réparation est prévue non seulement dans une convention, mais aussi dans une autre loi. L’appelant souligne que le régime d’arbitrage obligatoire des griefs est prévu dans une « autre loi » au sens de l’art. 124 L.n.t., soit le C.t.

[30] Le S.F.P.Q. ajoute que sa position respecte le monopole de représentation du syndicat. Puisque celui-ci n’assume aucun devoir de représentation envers le salarié qui exerce un recours individuel dont il est le seul titulaire, comme c’est le cas pour la plainte fondée sur l’art. 124 L.n.t., la Cour d’appel crée par sa décision deux catégories distinctes de salariés en milieu syndiqué. Elle crée une première classe de salariés auxquels la convention collective permet de bénéficier du devoir de représentation syndicale en leur accordant un droit de grief en cas de congédiement sans cause juste et suffisante après deux ans de service. Elle les distingue ainsi d’une deuxième classe de salariés que la convention collective prive du bénéfice du droit à la juste représentation syndicale, en leur refusant le droit de grief en cas de congédiement injustifié après deux ans de service continu. Dans ce dernier cas, le seul recours qu’offrirait alors à ces salariés la convention serait le dépôt d’une plainte individuelle à la C.R.T. Cette deuxième catégorie de salariés syndiqués jouirait donc de droits plus restreints que tous les autres salariés, y compris les salariés non syndiqués qui peuvent être représentés par la Commission des normes du travail.

[31] Selon le S.F.P.Q., la décision de la Cour d’appel favorise la multiplication des recours parallèles dans les rapports collectifs du travail. En effet, elle oblige le salarié et le syndicat à formuler deux recours à l’encontre de la décision de cessation d’emploi prise par l’employeur : un grief, dont le syndicat est titulaire, et une plainte en vertu de l’art. 124 L.n.t., qui appartient au salarié. D’après le S.F.P.Q., le législateur ne voulait accorder à la C.R.T. qu’une compétence résiduelle sur le recours prévu à l’art. 124 L.n.t., mais entendait étendre l’application du droit substantiel qui y est prévu à tous les salariés, y compris les non-syndiqués. L’exception

employees. The exception according to which a complaint cannot be presented where another remedial procedure is provided for in an agreement therefore remains relevant even if the standard established in s. 124 A.L.S. is implicitly incorporated into every collective agreement.

## (2) Respondent's Arguments

[32] The respondent submits that the issue of whether the C.R.T. has jurisdiction should be decided before the issue of whether the standard established in s. 124 A.L.S. is implicitly incorporated into the collective agreement. She argues that the incorporation of that standard would frustrate the legislature's intention even though the standard is of public order. Section 124 provides that employees may not exercise the recourse under it if there is an equivalent remedial procedure in the A.L.S., in another Act or in an agreement. Unionized employees who cannot avail themselves of their grievance procedure because it is not an equivalent remedial procedure for the purposes of s. 124 A.L.S. must proceed before the C.R.T. If the content of s. 124 were incorporated into every collective agreement, the exception in that section for recourses recognized to be equivalent would be pointless.

[33] According to the respondent, s. 124 A.L.S. is a procedural provision that contains a substantive legal rule, and these two components form an indivisible whole. The rights provided for in s. 124 are individual rights of public order and are held only by employees. The fact that a right is of public order cannot be reconciled with the possibility of a third party waiving the application of a provision such as s. 124 in the holder's place. The respondent submits that no other conclusion can be reached absent a clear expression of legislative intent, as, for example, in s. 102 A.L.S.

[34] The respondent adds that the legislative scheme of ss. 124 *et seq.* of the A.L.S. forms a coherent whole. It does not involve one complaint concerning the substantive right and another complaint serving as a procedural vehicle. Rather, there is only one complaint. The respondent argues that

à la recevabilité de la plainte, lorsqu'une autre procédure de réparation existe dans une convention, demeure donc pertinente, même en cas d'incorporation implicite de la norme fixée par l'art. 124 L.n.t. à toute convention collective.

## (2) Prétentions de l'intimé

[32] L'intimé propose de trancher la question de la compétence de la C.R.T. avant celle de l'incorporation implicite de la norme contenue dans l'art. 124 L.n.t. à la convention collective. Selon son argumentation, l'incorporation de cette norme, même si elle est d'ordre public, violerait l'intention du législateur. L'article 124 dispose, en effet, que le salarié ne peut se prévaloir du recours qu'il offre s'il existe une procédure de réparation équivalente dans la L.n.t., une autre loi ou une convention. Le salarié syndiqué qui ne peut se prévaloir de la procédure de grief, parce qu'elle ne constitue pas une procédure de réparation équivalente au sens de l'art. 124 L.n.t., doit procéder devant la C.R.T. L'incorporation généralisée du contenu de l'art. 124 dans les conventions collectives rendrait inutile la réserve faite à cette disposition quant aux recours reconnus comme équivalents.

[33] Pour l'intimé, l'art. 124 L.n.t. constitue une disposition de nature procédurale contenant une règle de droit substantiel dont les deux composantes forment un tout indissociable. Les droits qu'il reconnaît sont d'ordre public et de nature individuelle. Seul le salarié en est titulaire. L'ordre public se concilie mal avec la possibilité qu'un tiers puisse, en lieu et place du titulaire, renoncer à l'application d'une disposition telle que l'art. 124. L'intimé soutient qu'une manifestation claire de l'intention du législateur est requise pour conclure autrement, comme en témoigne, par exemple, l'art. 102 L.n.t.

[34] L'intimé ajoute que le régime législatif établi par les art. 124 et suiv. de la L.n.t. forme un tout cohérent. Il n'existe pas à la fois une plainte sur le droit substantiel et une autre plainte servant de véhicule procédural. Il ne s'agit que d'une seule et même plainte. L'intimé plaide que le fait d'exercer

the exercise of rights provided for in a statute of public order does not create or revive an individual contract. The union's monopoly on representation does not preclude this legislative choice, which the respondent submits was correctly interpreted and applied by the Court of Appeal.

*C. The Implicit Incorporation Argument and Its Weaknesses*

[35] The parties' submissions are focussed on the question whether the substantive labour standard established in s. 124 A.L.S. is implicitly incorporated into every collective agreement. According to the incorporation argument, which the S.F.P.Q. supports, the standard, which can be severed from the procedural mechanism also provided for in s. 124, is implicitly incorporated into every collective agreement so as to give grievance arbitrators jurisdiction over grievances relating to the application of the standard. Accordingly, if an employee credited with two years of uninterrupted service alleges that he or she has been dismissed without good and sufficient cause, the union representing the employee can file a grievance with the arbitrator even if the collective agreement does not expressly provide that the employee can challenge the grounds for dismissal.

[36] In her reasons, my colleague Deschamps J. discusses the implicit incorporation argument and concludes from her analysis that "neither the A.L.S. nor the L.C. provides support for [it]" (para. 100). I agree with her on this point. In my opinion, this argument, as presented by the appellant, is not consistent with the words of the A.L.S. and disregards the drafting techniques used by the Quebec legislature when it intends to incorporate a specific standard into collective agreements or individual contracts of employment.

[37] The determining factor here is what the Quebec legislature has chosen to say where its intention has in fact been to incorporate standards established in the A.L.S. into collective agreements. Section 81.20, para. 1 A.L.S. provides a very good illustration of the drafting technique it prefers:

des droits prévus par une loi d'ordre public ne crée pas de contrat individuel ni ne fait renaître celui-ci. Le monopole de représentation syndicale ne fait pas obstacle à ce choix législatif que la Cour d'appel a correctement interprété et appliqué, d'après l'intimé.

*C. La théorie de l'intégration implicite et ses faiblesses*

[35] La question de l'intégration implicite à toute convention collective de la norme substantielle du travail que contient l'art. 124 L.n.t. se situe au cœur de l'argumentation des parties. Selon la thèse de l'incorporation, que défend le S.F.P.Q., la norme, dissociable du mécanisme procédural que prévoit également cet article, est implicitement incorporée à toute convention collective de façon à donner à l'arbitre de griefs compétence sur les griefs portant sur sa mise en œuvre. Par conséquent, dès qu'un salarié justifiant de deux ans de service continu conteste son congédiement en raison de causes qu'elle ou il juge injustes ou insuffisantes, le syndicat qui la ou le représente peut saisir l'arbitre de griefs, et ce, même si la lettre de la convention collective ne permet pas au salarié de contester les motifs de son renvoi.

[36] Ma collègue la juge Deschamps discute dans ses motifs de la théorie de l'intégration implicite et conclut, au terme de son analyse, qu'une telle « incorporation à la convention collective ne ressort ni de l'analyse de la L.n.t. ni de celle du C.t. » (par. 100). Sur ce point, je souscris à sa position. À mon avis, comme elle est présentée par l'appellant, cette théorie ne respecte pas le texte de la L.n.t. et ne tient pas compte des techniques de rédaction adoptées par le législateur québécois lorsqu'il entend intégrer une norme particulière dans les conventions collectives ou les contrats individuels de travail.

[37] Le facteur déterminant en l'espèce est le mode qu'a choisi le législateur québécois pour exprimer, le cas échéant, son intention d'intégrer aux conventions collectives certaines normes contenues dans la L.n.t. L'article 81.20, al. 1 L.n.t. illustre fort bien la technique qu'il privilégie :

**81.20.** The provisions of sections 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 and 123.16, with the necessary modifications, are deemed to be an integral part of every collective agreement. An employee covered by such an agreement must exercise the recourses provided for in the agreement, insofar as any such recourse is available to employees under the agreement.

If, as the S.F.P.Q. contends, the legislature had intended to incorporate the substantive standard established in s. 124 A.L.S. into every collective agreement, it would have done so in the same manner as in s. 81.20 A.L.S., that is, by saying so expressly. There is no reason to think that the legislature chose to use two different drafting techniques to achieve the same result in the same statute. To conclude that it did so would be inconsistent with the presumption that a change in the term used to express a legal concept indicates a change in meaning and that a term generally retains the same meaning throughout a statute (*Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at pp. 400-401; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124, at pp. 1135-36; P.-A. Côté, with S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at p. 382).

[38] The incorporation of standards may result from the will of the parties as expressed in their collective agreement. However, it is readily apparent that, unlike, for example, in *Commission des normes du travail v. Chantiers Davie Ltée*, [1987] R.J.Q. 1949 (C.A.), there is nothing in the collective agreement in issue in the instant cases to the effect that the provisions of the A.L.S. are deemed to replace those of the agreement.

[39] In my opinion, the perspective from which the status of the A.L.S. as a statute of public order must be considered here is not really that of whether the provisions of the A.L.S. are implicitly incorporated into collective agreements, but that of how the hierarchy of relevant sources of labour law affects the content and implementation of such agreements. Only by examining the agreement from the perspective of the adaptations flowing from this public order status can it be determined whether the grievance arbitrator or the C.R.T. has jurisdiction to rule

**81.20.** Les dispositions des articles 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 et 123.16 sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective, compte tenu des adaptations nécessaires. Un salarié visé par une telle convention doit exercer les recours qui y sont prévus, dans la mesure où un tel recours existe à son égard.

Si le législateur avait voulu intégrer la norme substantielle de l'art. 124 L.n.t. à toute convention collective, comme le prétend le S.F.P.Q., il l'aurait fait de la même manière qu'à l'art. 81.20 L.n.t., c'est-à-dire en l'indiquant expressément. Rien ne nous permet de penser que le législateur a choisi d'adopter, dans une même loi, deux techniques législatives différentes pour atteindre un même résultat. Cela irait à l'encontre de la présomption selon laquelle une modification dans l'expression d'une notion juridique traduit un changement dans les concepts signifiés, et le même terme conserve, en général, un sens semblable dans l'ensemble d'une loi (*Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, p. 400-401; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, p. 1135-1136; P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 382).

[38] L'intégration des normes peut résulter de la volonté des parties exprimée dans leur convention collective. Cependant, on constate rapidement que la convention collective à l'étude ne contient aucune stipulation prévoyant que les dispositions de la L.n.t. sont réputées se substituer aux dispositions de l'entente, comme c'était le cas dans *Commission des normes du travail c. Chantiers Davie Ltée*, [1987] R.J.Q. 1949 (C.A.), par exemple.

[39] Selon moi, ce n'est pas tant sous l'angle de l'intégration implicite des dispositions de la L.n.t. aux conventions collectives que sous celui de l'effet de la hiérarchie des sources de droit pertinentes en droit du travail sur le contenu et la mise en œuvre des conventions collectives que doit être abordée, en l'espèce, la question du caractère d'ordre public de la L.n.t. Seul un examen de la convention telle que la modifie cet ordre public permettra de déterminer qui, de l'arbitre de griefs ou de la C.R.T., a compétence pour statuer sur la

on the challenges of the employees and their union against the employees' dismissal.

*D. Impact of Public Order Status on the Content of Collective Agreements*

[40] Section 93 expressly provides that the A.L.S. is a statute of public order. It reads as follows:

**93.** Subject to any exception allowed by this Act, the labour standards contained in this Act and the regulations are of public order.

In an agreement or decree, any provision that contravenes a labour standard or that is inferior thereto is absolutely null.

Under s. 93, an exception to the A.L.S. may be made only where one of the Act's provisions so allows or where, as provided for in s. 94 A.L.S., the parties to a contract of employment or a collective agreement negotiate conditions that are more advantageous to the employees. Otherwise, any provision of a collective agreement that deprives an employee of the minimum conditions of employment set out in the A.L.S. is absolutely null (*Isidore Garon*, at para. 112).

[41] Viewed narrowly, the fact that the A.L.S. is a statute of public order would mean only that the parties cannot agree to eliminate the recourse available to employees under s. 124 A.L.S. Such an interpretation seems too restrictive. The public order status the legislature has attributed to this provision means that no individual contract or collective agreement can prevent an employee credited with two years of uninterrupted service who is dismissed without good and sufficient cause from contesting his or her dismissal, and that any provision of such an agreement that purports to do so is of no effect. The agreement survives, but any of its provisions that are inconsistent with the minimum standard are of no effect. They are deemed unwritten, as provided for in ss. 62 and 64 L.C., and the agreement must be considered, interpreted and applied accordingly. In other words, the legislation limits the parties' freedom of contract by denying any effect to the provisions included in the agreement that are inconsistent with standards of public order, or by requiring the parties to

contestation engagée par les salariés et leur syndicat contre leur renvoi.

*D. L'impact de l'ordre public sur le contenu des conventions collectives*

[40] L'article 93 confère expressément à la L.n.t. son caractère d'ordre public. Il édicte :

**93.** Sous réserve d'une dérogation permise par la présente loi, les normes du travail contenues dans la présente loi et les règlements sont d'ordre public.

Une disposition d'une convention ou d'un décret qui déroge à une norme du travail est nulle de nullité absolue.

En vertu de cet article, on peut déroger à la L.n.t. uniquement si l'une de ses dispositions le permet ou si, comme le prévoit l'art. 94 L.n.t., les parties à un contrat de travail ou à une convention collective négocient des conditions plus avantageuses pour les salariés. Autrement, toute disposition privant un salarié des conditions minimales de travail que prévoit la L.n.t. est nulle de nullité absolue (*Isidore Garon*, par. 112).

[41] Interprété de façon étroite, le caractère d'ordre public de la L.n.t. signifierait uniquement que les parties ne peuvent convenir de supprimer le recours que l'art. 124 L.n.t. offre aux salariés. Une telle interprétation paraît trop restreinte. Ce caractère d'ordre public attribué par le législateur à cette disposition interdit et prive de tout effet les stipulations d'une convention individuelle ou collective qui empêchent un salarié justifiant de deux ans de service continu de contester un congédiement décidé par un employeur sans cause juste et suffisante. La convention subsiste, mais ses dispositions incompatibles avec la norme minimale sont privées d'effet. Elles sont réputées non écrites, ainsi que le prévoient les art. 62 et 64 C.t., et la convention doit être examinée, interprétée et appliquée en conséquence. En d'autres termes, la loi restreint pour autant la liberté contractuelle des parties, en privant d'effet toute stipulation incompatible avec les normes d'ordre public qu'elles ont incluse dans l'entente ou en les obligeant à adopter des conditions de travail à tout le moins aussi avantageuses pour les salariés

adopt conditions of employment that are at least as advantageous to employees as those provided for in the A.L.S. Thus, the public order status of the legislation affects the actual content of the contract of employment or collective agreement, and not just its legal framework.

[42] I cannot therefore accept the respondent's view that the only effect of the public order nature of the legislation in the instant cases is to preclude the parties from stipulating that an employee may not exercise the recourse provided for in s. 124 A.L.S. Instead, the mandatory nature of the standard means that any provision of an agreement that is inconsistent with the prohibition against the dismissal without good and sufficient cause of an employee credited with two years of uninterrupted service will be deemed unwritten, which alters the content of the collective agreement. The rest of the contract or agreement will survive a finding that the clause is invalid (ss. 62 and 64 L.C. and art. 1438 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64). It is from this perspective that the collective agreement as altered by the standards of public order established in the legislation must therefore be examined to determine whether an employee may apply the agreement to contest his or her dismissal before a grievance arbitrator.

[43] To determine whether an equivalent recourse exists for the purposes of s. 124 A.L.S., therefore, we must consider whether the collective agreement as altered provides for rights and recourses equivalent to those established in the A.L.S. for reviewing and sanctioning the dismissal without good and sufficient cause of employees credited with two years of uninterrupted service. It is only if the agreement does not provide for such recourses that the employee will have to take his or her complaint to the C.R.T.

[44] As Professor Guylaine Vallée correctly points out, [TRANSLATION] “[i]n the collective labour relations context, it is up to the parties to give effect to the hierarchy of sources under the collective agreement or during the grievance process. The interplay among the rules deriving from those sources in a unionized environment must be

que celles prévues à la L.n.t. L'ordre public législatif produit donc ses effets sur le contenu même du contrat de travail ou de la convention collective, et non uniquement sur son encadrement juridique.

[42] Dans cette optique, je ne peux accepter le point de vue de l'intimé selon lequel l'effet de l'ordre public se limite, en l'espèce, à interdire aux parties de stipuler que le salarié ne pourra exercer le recours offert par l'art. 124 L.n.t. Le caractère impératif de la norme signifie plutôt que toute disposition conventionnelle incompatible avec l'interdiction du congédiement sans cause juste et suffisante d'un salarié justifiant de deux ans de service continu est réputée non écrite, ce qui modifie le contenu de la convention collective. Le reste du contrat ou de la convention, quant à lui, survit à l'invalidation de la clause (art. 62 et 64 C.t. et art. 1438 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64). C'est à la lumière de ces modifications qu'il faut alors examiner la convention collective modifiée par l'effet d'ordre public de la loi pour déterminer si elle permet au salarié de contester son renvoi devant l'arbitre de griefs.

[43] Pour décider s'il existe un recours équivalent au sens de l'art. 124 L.n.t., on doit alors examiner si le contenu modifié de la convention collective accorde des droits et recours équivalents à ceux que la L.n.t. accorde pour contrôler et sanctionner le congédiement sans cause juste et suffisante des salariés justifiant de deux ans de service continu. Ce n'est que si la convention n'accorde pas de tels recours que le salarié devra se pourvoir devant la C.R.T.

[44] Comme le souligne à juste titre la professeure Guylaine Vallée, « [i]l revient aux parties des rapports collectifs de faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective ou lors de la procédure de grief. L'articulation entre des règles issues de ces sources en milieu syndiqué doit se faire au sein des instances des rapports collectifs

determined by collective labour relations authorities and not outside such authorities” (“Les lois de l’emploi et la convention collective”, in D. Roux and A.-M. Laflamme, eds., *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail: Chartes, normes d’ordre public, convention collective, contrat de travail, etc.: Actes du colloque tenu à l’Université Laval/8 novembre 2007* (2008), 81, at p. 88). In accordance with these principles, the grievance arbitrator designated by the parties must, in considering a dismissal grievance, determine, in light of the modifications to the agreement that flow from the public order status of the A.L.S., whether he or she has the power under that agreement to grant the dismissed employee, if appropriate, a remedial measure equivalent to the one available under s. 124 A.L.S. If the answer to this question is no, the result will be a finding that the arbitrator lacks jurisdiction and must decline it in favour of the C.R.T.

[45] In addition to ensuring recognition of the arbitrator’s jurisdiction, this approach enables the arbitrator to review the situation in the context of the entire collective agreement and to consider all relevant factors in analysing the equivalence of the recourse. It is also consistent with the alternative nature of the recourse before the C.R.T., since the C.R.T. will hear a complaint only if the grievance arbitrator who has initial jurisdiction to interpret the agreement determines that he or she cannot offer the employee a recourse equivalent to the one available through the C.R.T. In light of these principles, I will now consider the collective agreement that applies in the instant cases to determine whether the grievance arbitrators had jurisdiction to hear the grievances filed by Mr. Mireault and Mr. Messaoudan.

#### E. *Analysis of the Agreement in Issue*

##### (1) Case 32771

[46] At the start of these reasons, I discussed the provision in issue in this case, clause 4-14.28 of the collective agreement for Quebec government employees, which provides that seasonal or casual employees may avail themselves of certain of the

du travail et non en dehors d’elles » (« Les lois de l’emploi et la convention collective », dans D. Roux et A.-M. Laflamme, dir., *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail: Chartes, normes d’ordre public, convention collective, contrat de travail, etc.: Actes du colloque tenu à l’Université Laval/8 novembre 2007* (2008), 81, p. 88). Conformément à ces principes, il revient à l’arbitre de griefs désigné par les parties, une fois saisi du grief contre le congédiement, de déterminer, à la lumière des modifications apportées à la convention par l’effet d’ordre public imposé par la L.n.t., si cette convention lui permet, le cas échéant, d’accorder au salarié congédié une mesure de réparation équivalente à celle qu’offre l’art. 124 L.n.t. Une conclusion négative à cette question entraînerait le constat de son absence de compétence et son dessaisissement en faveur de la C.R.T.

[45] En plus d’inciter au respect de la compétence arbitrale, cette approche permet à l’arbitre d’examiner la situation dans le contexte complet de la convention collective, et de prendre alors en considération tous les facteurs pertinents à l’analyse de l’équivalence du recours. Elle respecte, de surcroît, le caractère subsidiaire du recours devant la C.R.T., puisque ce n’est que dans l’éventualité où l’arbitre de griefs ayant compétence initiale sur l’interprétation de la convention déterminerait qu’il ne peut offrir au salarié un recours équivalent à celui qu’offre la C.R.T. que cette dernière se saisira de la plainte. À la lumière de ces principes, je passerai maintenant à l’examen de la convention collective en l’espèce pour déterminer si les arbitres de griefs ont compétence sur les griefs déposés par MM. Mireault et Messaoudan.

#### E. *Analyse de la convention en l’espèce*

##### (1) Dossier 32771

[46] Au début de cette analyse, j’ai étudié la disposition en litige dans ce dossier, la clause 4-14.28 de la convention collective des fonctionnaires du Québec, en vertu de laquelle un employé saisonnier ou occasionnel ne peut se prévaloir de certaines

disciplinary provisions of the agreement only if they were hired for periods of one year or more. The last paragraph of that clause adds that, [TRANSLATION] “[d]espite the foregoing, articles 4-14.01 to 4-14.06 and 4-14.21 to 4-14.27 apply to casual employees hired for periods of less than one (1) year who have twelve (12) months of service or more.”

[47] Clause 4-14.21 gives employees on whom disciplinary action is imposed the right to grieve that action [TRANSLATION] “in accordance with the grievance procedure, on condition that grievances concerning suspension or dismissal are submitted within thirty (30) days after the suspension or dismissal takes effect”. Clause 4-14.21 is therefore one of the clauses of which seasonal or casual employees hired for periods of less than one year who are credited with fewer than 12 months of service may not avail themselves.

[48] Mr. Mireault was a casual employee of the Ministère des Ressources naturelles, de la Faune et des Parcs. At the time he was dismissed, he did not have either a contract of employment for one year or more or 12 months of service as defined in clause 5-18.06 of the agreement. As a result, clause 4-14.28 excluded him from the class of employees who could grieve their dismissal.

[49] Mr. Mireault argues that he was credited with two years of uninterrupted service within the meaning of the A.L.S. Therefore, under s. 124 A.L.S., he could not be dismissed without good and sufficient cause, and he met the conditions for having a neutral authority determine whether his dismissal was lawful. Clause 4-14.28 of the collective agreement precluded the exercise of that right, since it prohibited Mr. Mireault, as a casual employee, from submitting his complaint to arbitration.

[50] However, on the basis of the principles discussed above, clause 4-14.28 is absolutely null and

dispositions de la convention relatives aux mesures disciplinaires que dans la mesure où il a été embauché pour une période d'un an ou plus. Le dernier paragraphe de cette clause ajoute que « [m]algré ce qui précède, les dispositions des articles 4-14.01 à 4-14.06 et 4-14.21 à 4-14.27 s'appliquent à l'employé occasionnel embauché pour une période de moins d'un (1) an qui a douze (12) mois de service et plus. »

[47] Par ailleurs, c'est la clause 4-14.21 qui accorde aux salariés faisant l'objet d'une mesure disciplinaire le droit de déposer un grief à l'encontre de celle-ci, « conformément à la procédure de règlement de griefs sous réserve que les griefs de suspension et de congédiement sont soumis dans les trente (30) jours suivant la date d'entrée en vigueur de la suspension ou du congédiement ». La clause 4-14.21 fait donc partie de celles dont ne peuvent se prévaloir les employés saisonniers ou les employés occasionnels embauchés pour une période de moins d'un an, et justifiant de moins de 12 mois de service.

[48] M. Mireault était employé occasionnel au ministère des Ressources naturelles, de la Faune et des Parcs. Au moment de son congédiement, il ne bénéficiait ni d'un contrat de travail d'un an ou plus, ni de 12 mois de service selon la définition qu'en donne la clause 5-18.06 de la convention. Il était donc exclu, en vertu de la clause 4-14.28, de la catégorie de salariés pouvant déposer un grief à l'encontre de leur congédiement.

[49] Selon ses prétentions, M. Mireault justifiait de deux ans de service continu au sens de la L.n.t. Ainsi, il ne pouvait, selon l'art. 124 L.n.t., être congédié sans une cause juste et suffisante, et il répondait aux conditions requises pour voir la légalité de son congédiement évaluée par une autorité neutre. La clause 4-14.28 de la convention collective constitue un obstacle à l'exercice de ce droit puisqu'elle interdit à M. Mireault, en raison de son statut d'employé occasionnel, de soumettre sa plainte à l'arbitrage.

[50] Toutefois, en vertu des principes dont j'ai précédemment discuté, la clause 4-14.28 est nulle de

therefore deemed unwritten because it is inconsistent with the substantive standard in s. 124. Clause 4-14.28 denies employees who have completed two years of uninterrupted service the right to contest a dismissal without good and sufficient cause. It is therefore necessary to go back to clause 4-14.21, which establishes the right to file a grievance. The arbitrator considering the grievance must examine the collective agreement, bearing also in mind the powers conferred on arbitrators under s. 100 L.C., to determine whether, in light of the public order status of the A.L.S., the agreement grants a recourse equivalent to the one available under s. 124 A.L.S. In other words, what must be determined is whether the arbitrator can review a dismissal made without good and sufficient cause and grant remedies equivalent to those that could be ordered by the C.R.T.

[51] To conclude that the recourses are equivalent, both decision-makers must have the power to review the employer's decision and order appropriate remedies within a procedural framework of comparable effectiveness.

[52] The C.R.T. can overturn the dismissal, order the employee's reinstatement or fix indemnities (s. 118 L.C. and ss. 127 and 128 A.L.S.). Since the grievance arbitrator acts under the collective agreement (clause 4-14.24) and the L.C. — which establishes and supplements the arbitrator's powers (s. 100.12(f)) — he or she has an equivalent capacity for intervention. The proceedings would therefore be brought before decision-makers with similar powers of intervention and similar guarantees of independence and impartiality. Although the time limit for filing a grievance (30 days) is shorter than the time limit for filing a complaint with the C.R.T. (45 days), this difference does not preclude a finding of overall equivalence between the recourses and the rights they create. Section 124 A.L.S. does not require the recourses to be perfectly identical; it requires them to be equivalent, which they are. I would therefore conclude that grievance arbitration is an equivalent recourse in this case because of the way the A.L.S., as a statute of public order, affects the content of the agreement, and

nullité absolue, et donc réputée non écrite en raison de son incompatibilité avec la norme substantielle de l'art. 124. Cette clause prive, en effet, le salarié du droit de contester un renvoi sans cause juste et suffisante après deux ans de service continu. Il faut donc revenir à la clause 4-14.21 donnant ouverture au dépôt du grief. L'arbitre saisi doit examiner la convention collective en tenant compte aussi des pouvoirs qui lui sont accordés par l'art. 100 C.t., afin de déterminer si elle accorde, compte tenu de l'effet d'ordre public de la L.n.t., un recours équivalent à celui qu'institue l'art. 124 L.n.t. En d'autres termes, il s'agit de déterminer s'il peut réviser le renvoi lorsqu'il est intervenu sans cause juste et suffisante et accorder des réparations équivalentes à celles que la C.R.T. pourrait ordonner.

[51] Pour conclure à l'équivalence des recours, on doit retrouver chez l'un et l'autre des décideurs la capacité de réviser la décision de l'employeur et celle d'ordonner des réparations appropriées, et ce, dans un cadre procédural d'une efficacité comparable.

[52] La C.R.T. peut annuler le congédiement, ordonner la réintégration du salarié ou fixer des indemnités (art. 118 C.t. et art. 127 et 128 L.n.t.). De son côté, l'arbitre de griefs, agissant en vertu de la convention collective (clause 4-14.24) et du C.t., qui prévoit et complète ses pouvoirs (art. 100.12f)), possède une capacité d'intervention équivalente. Les procédures seraient donc engagées devant des décideurs qui détiennent des pouvoirs d'intervention similaires et offrent des garanties analogues d'indépendance et d'impartialité. Bien que le délai d'introduction du grief (30 jours) soit plus court que celui permis pour déposer la plainte devant la C.R.T. (45 jours), cette différence n'empêche pas de conclure à l'existence d'une équivalence globale des recours et des droits créés par ces derniers. L'article 124 L.n.t. n'exige pas l'identité parfaite des recours, mais la reconnaissance de leur caractère équivalent, ce qui est le cas. Je conclurais donc que l'arbitrage de griefs, en raison de l'effet d'ordre public de la L.n.t. sur le contenu de la convention, constitue en l'espèce un recours équivalent et

on that basis I would find that the arbitrator had jurisdiction.

(2) Case 32772

[53] I would reach the same conclusion in Mr. Messaoudan's case. As we have seen, Mr. Messaoudan was a probationary employee of Quebec's Ministère du Revenu, and he claims to have been dismissed even though he was credited with two years of uninterrupted service within the meaning of the A.L.S. Like clause 4-14.28 in the case of seasonal or casual employees, clause 5-17.04 of the collective agreement for Quebec government employees provides that grievance arbitration is not available to probationary employees. Since that clause is inconsistent with the substantive standard in s. 124 A.L.S., it is absolutely null and is therefore deemed unwritten. With this obstacle out of the way, the arbitrator could consider the merits of the dismissal and take the appropriate remedial action. Because the recourses were equivalent, the arbitrator had jurisdiction and could hear the grievance.

V. Conclusion

[54] For these reasons, I would allow the appeals, set aside the judgments of the Quebec Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court, with costs.

English version of the reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. delivered by

[55] DESCHAMPS J. (dissenting) — There is no question that Quebec employees, whether they are covered by a collective agreement or an individual contract of employment, are protected against being dismissed without good and sufficient cause if they have at least two years of uninterrupted service in an enterprise. This protection is provided for not only in a great many collective agreements, but also in s. 124 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 ("A.L.S."), which is a provision of public order. There are only a few exceptions to the rule in s. 124. The issue in these appeals is not whether the protection exists but in what forum employees

que l'arbitre avait, par conséquent, compétence en la matière.

(2) Dossier 32772

[53] Je conclurais de la même façon dans le cas de M. Messaoudan. On a vu que M. Messaoudan, en stage probatoire au ministère du Revenu du Québec, prétend avoir été congédié alors qu'il justifiait de deux ans de service continu au sens de la L.n.t. Comme la clause 4-14.28 concernant l'employé saisonnier ou occasionnel, la clause 5-17.04 de la convention collective des fonctionnaires du Québec prive l'employé en stage probatoire de l'arbitrage de griefs. Puisqu'elle viole la norme substantielle de l'art. 124 L.n.t., cette clause est nulle de nullité absolue, et donc réputée non écrite. Cet obstacle levé, l'arbitre peut examiner le fond du congédiement et prendre les mesures de réparation appropriées. En raison de l'équivalence des recours, l'arbitre était compétent à l'égard de la matière et pouvait entendre le grief.

V. Conclusion

[54] Pour ces motifs, j'accueillerais les pourvois, je casserais les arrêts de la Cour d'appel du Québec et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure, avec dépens.

Les motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps et Rothstein ont été rendus par

[55] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Nul ne conteste que les employés québécois, qu'ils soient couverts par une convention collective ou par un contrat individuel de travail, bénéficient d'une protection contre un congédiement effectué sans une cause juste et suffisante s'ils comptent au moins deux ans de service continu dans une entreprise. Cette protection est prévue dans un très grand nombre de conventions collectives, mais aussi à l'art. 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1 (« L.n.t. »), qui lui est d'ordre public. Seules quelques exceptions sont faites à la règle de l'art. 124. Le présent litige porte, non pas

must exercise their right. What must be determined is whether jurisdiction to settle the wrongful dismissal complaints of the employees concerned lies with an arbitrator appointed under a collective agreement that does not give those employees a right to arbitration, or with the Commission des relations du travail (“C.R.T.”).

[56] Cases in which this Court has considered the appropriate forum to adjudicate certain disputes must be distinguished from those in which it has decided whether a standard applies to a party to an agreement. While it is clear that no decision-maker may interpret a statute or agreement so as to deprive an employee of the benefit of a mandatory standard or to permit an employer to avoid the application of a rule of public order, it has to be recognized that the choice of the appropriate forum for implementing a legislative standard is not purely a matter of judicial policy. That decision falls first to the legislature, then to the parties and only lastly to the courts. In the instant cases, making arbitrators the exclusive forum for all employees covered by a collective agreement is not what either the legislature or the parties intended. The courts must abide by their choice. All collective agreements impose restrictions on arbitration, whether they are procedural restrictions, such as the steps of the grievance procedure or time limits, or substantive restrictions like those based on categories of employment (probationary or contract, temporary or casual, etc.). The appeals heard together by this Court provide a good insight into the variety of restrictions that can exist. A clear rule is needed before we can upset the delicate balance agreed on by the parties. I find no such rule in the instant cases. On the contrary, the legislature has established a specialized tribunal and given it exclusive jurisdiction over complaints by employees who do not have adequate remedial procedures under their collective agreements.

[57] There are four appeals before this Court that raise the same issues. I discuss two of them in these reasons. The relevant provisions of the applicable

sur l’existence de cette protection, mais sur l’identité du tribunal devant lequel l’employé doit exercer son droit. En l’espèce, il s’agit de déterminer qui, de l’arbitre nommé aux termes d’une convention collective qui n’accorde pas aux employés concernés le droit à l’arbitrage ou de la Commission des relations du travail (« C.R.T. »), a compétence pour décider de leur plainte de congédiement injustifié.

[56] Les arrêts de la Cour qui traitent du tribunal approprié pour trancher certains différends doivent être distingués de ceux qui décident si une norme s’applique ou non à une partie. S’il est évident qu’aucun décideur ne peut interpréter une loi ou une convention d’une manière qui priverait un employé du bénéfice d’une norme impérative ou permettrait à un employeur d’échapper à l’application d’une règle d’ordre public, il faut reconnaître que le choix du tribunal approprié pour la mise en œuvre d’une norme législative n’est pas une question de pure politique judiciaire. En ce domaine, la décision revient en premier lieu au législateur, en second lieu aux parties et, en dernier lieu seulement, aux tribunaux. En l’espèce, imposer l’arbitre comme juridiction exclusive pour tous les employés couverts par une convention collective ne correspond ni à l’intention du législateur ni à celle des parties. Les tribunaux doivent respecter ce choix. Dans toutes les conventions collectives, le recours à l’arbitrage est assorti de limites, qu’il s’agisse de limites procédurales comme les étapes de la procédure de griefs ou les délais, ou de limites substantielles comme celles fondées sur les régimes d’embauche (à l’essai ou à contrat, temporaires ou occasionnels, etc.). Les pourvois que la Cour a entendus ensemble donnent un bon aperçu de la variété de ces limites. Pour ébranler l’équilibre délicat dont ont convenu les parties, il faut une règle claire. Je ne trouve rien de tel en l’espèce. Au contraire, le législateur a établi un tribunal spécialisé à qui il a confié en exclusivité la responsabilité d’entendre les plaintes des employés qui ne disposent pas, dans leur convention collective, de procédure de réparation adéquate.

[57] Notre Cour a été saisie de quatre pourvois qui soulèvent les mêmes enjeux. La présente opinion vise deux d’entre eux. Les dispositions

legislation and collective agreement are reproduced in an appendix. In both these appeals, the employees concerned do not have an adequate remedial procedure because of restrictions on the arbitration procedure. I conclude that the C.R.T. is the appropriate forum to settle their complaints. I would dismiss both the appeals with costs.

## 1. Facts

### 1.1 *Case 32771*

[58] Claude Mireault, a casual employee of the Ministère des Ressources naturelles, de la Faune et des Parcs, was dismissed on the basis of an unsatisfactory performance appraisal. The collective agreement between the appellant, the Syndicat de la fonction publique du Québec (“union”), and the employer, represented by the respondent, the Attorney General of Quebec, limits the right of casual and seasonal employees to avail themselves of the grievance procedure (clauses 4-14.21 and 4-14.28).

### 1.2 *Case 32772*

[59] Lahcene Messaoudan, a temporary employee of the Ministère du Revenu, was dismissed during his probationary period. He was accused of, among other things, preparing tax returns for individuals, consulting the department’s files for purposes unrelated to his work on behalf of persons who were not his clients, and being paid for those services. Under the collective agreement, a decision by the Deputy Minister to terminate an employee’s employment during the probationary period may not be grieved (clause 5-17.04).

[60] The union filed a grievance in each of these cases.

## 2. Decisions Below

### 2.1 *Decisions of the Grievance Arbitrators*

[61] In Mr. Mireault’s case, Arbitrator Maureen Flynn found that s. 124 A.L.S. establishes a labour

pertinentes des lois et de la convention collective applicables sont reproduites en annexe. Dans les deux pourvois visés, en raison des limites assortissant la procédure d’arbitrage, les employés concernés ne disposent pas d’une procédure de réparation adéquate. Je conclus que la C.R.T. est le tribunal qui doit décider de leur plainte. Je propose de rejeter ces deux pourvois avec dépens.

## 1. Faits

### 1.1 *Dossier 32771*

[58] M. Claude Mireault, un employé occasionnel du ministère des Ressources naturelles, de la Faune et des Parcs, a été congédié à la suite d’une évaluation de rendement insatisfaisante. La convention collective liant l’appelant, le Syndicat de la fonction publique du Québec (« Syndicat »), à l’employeur, représenté par le procureur général du Québec intimé, limite, dans le cas des employés occasionnels ou saisonniers, le droit à la procédure de griefs (clauses 4-14.21 et 4-14.28).

### 1.2 *Dossier 32772*

[59] M. Lahcene Messaoudan, un employé temporaire du ministère du Revenu, a été congédié au cours de son stage probatoire. Plusieurs reproches ont été formulés à son endroit. Par exemple, il aurait préparé des déclarations d’impôts pour des particuliers, il aurait consulté les dossiers du ministère en dehors du cadre de son travail, et ce, pour des personnes qui n’étaient pas de sa clientèle, et il aurait été rémunéré pour ces services. Selon la convention collective, la décision du sous-ministre de mettre fin à l’emploi d’un employé au cours de son stage probatoire ne peut faire l’objet d’un grief (clause 5-17.04).

[60] Le Syndicat a déposé un grief dans chacun des dossiers.

## 2. Décisions des juridictions inférieures

### 2.1 *Décisions des arbitres de griefs*

[61] Dans le dossier de M. Mireault, l’arbitre Maureen Flynn décide que l’art. 124 L.n.t. est une

standard that is incorporated into every collective agreement. She concluded on that basis that she had jurisdiction to hear the grievance. On the merits, she found that the employer had not proved what it had to prove. She allowed the grievance and held that Mr. Mireault had been wrongfully dismissed: [2006] R.J.D.T. 329. In Mr. Messaoudan's case, Arbitrator Pierre Laplante determined that, because there were provisions in the collective agreement that were inconsistent with s. 124 A.L.S., he could not find that s. 124 had been implicitly incorporated into the agreement. He held that, in the case before him, the C.R.T. had exclusive jurisdiction to give effect to the protection, and he declined jurisdiction to hear the grievance: D.T.E. 2006T-473, SOQUIJ AZ-50370564.

## 2.2 *Judgment of the Superior Court*

[62] Fraiberg J., who heard the application for judicial review of those two contradictory decisions, concluded that, in a collective bargaining context, an arbitrator's jurisdiction is better suited than that of the C.R.T. to the determination of whether a dismissal is wrongful. He also found that the grievance procedure was equivalent to the procedure set out in s. 124 A.L.S. and that the C.R.T. accordingly had no jurisdiction. He therefore dismissed the application in Mr. Mireault's case and allowed the one in Mr. Messaoudan's case: 2006 QCCS 5230, [2006] R.J.D.T. 1400.

## 2.3 *Decisions of the Court of Appeal (Baudouin, Morin and Rochon JJ.A.)*

[63] On appeal from the judgment of Fraiberg J., the Court of Appeal stressed the normative nature of the rule in s. 124 A.L.S.: substantively, it is a labour standard; procedurally, it establishes an alternative scheme under which a complaint can be made to the C.R.T. if the agreement does not provide for an equivalent recourse. After analysing the relevant legislative provisions and the decisions of this Court, the Court of Appeal rejected the implicit incorporation argument. It concluded that by operation of s. 114 of, and s. 15 of Schedule I to, the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 ("L.C."), the

norme de travail incorporée à toute convention collective. Partant, elle conclut qu'elle est compétente pour se saisir du grief. Sur le fond, elle juge que l'employeur n'a pas fait la preuve requise. Elle accueille le grief et déclare le congédiement injustifié : [2006] R.J.D.T. 329. Dans le dossier de M. Messaoudan, l'arbitre Pierre Laplante statue que, vu la présence de dispositions incompatibles avec l'art. 124 L.n.t. dans la convention collective, il ne peut conclure à l'incorporation implicite de cet article à la convention. Il juge que, dans le cas dont il est saisi, la mise en œuvre de la protection relève exclusivement de la C.R.T. et il décline compétence pour entendre le grief : D.T.E. 2006T-473, SOQUIJ AZ-50370564.

## 2.2 *Jugement de la Cour supérieure*

[62] Saisi des demandes de révision judiciaire présentées à l'encontre de ces deux décisions contradictoires, le juge Fraiberg conclut que, dans le cadre d'un régime de négociation collective, la justesse d'un congédiement est une question qui est davantage compatible avec la compétence d'un arbitre qu'avec celle de la C.R.T. De plus, il estime que la procédure de griefs constitue une procédure équivalente à celle de l'art. 124 L.n.t., ce qui prive la C.R.T. de toute compétence. Il rejette donc la demande dans le dossier de M. Mireault et l'accueille dans celui de M. Messaoudan : 2006 QCCS 5230, [2006] R.J.D.T. 1400.

## 2.3 *Arrêts de la Cour d'appel (les juges Baudouin, Morin et Rochon)*

[63] Saisie des appels formés contre le jugement du juge Fraiberg, la Cour d'appel souligne le caractère normatif de la règle prévue à l'art. 124 L.n.t. : quant au fond, il s'agit d'une norme du travail; quant à la procédure, la disposition établit un régime subsidiaire devant la C.R.T. lorsque la convention ne comporte pas de recours équivalent. Après avoir analysé les dispositions législatives pertinentes et la jurisprudence de notre Cour, la Cour d'appel ne retient pas la thèse de l'incorporation implicite. Elle conclut que l'art. 114 et le par. 15 de l'annexe I du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 (« C.t. »),

C.R.T. has exclusive jurisdiction to decide a wrongful dismissal complaint. The Court of Appeal therefore set aside the Superior Court's judgment, quashed Arbitrator Flynn's award and restored that of Arbitrator Laplante: 2008 QCCA 1046 (CanLII) and 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005.

### 3. Positions of the Parties

[64] In this Court, the union argues that s. 124 A.L.S. is implicitly incorporated into the collective agreement and that the rule established in that section is of public order. This incorporation of s. 124 results from the fact that arbitrators have the power to apply all statutory minimum labour standards. The union adds that arbitration is a dispute resolution mechanism that is not only mandatory but is even of public order, that the monopoly of unions on representation must not be interfered with, that a multiplicity of proceedings must be avoided and that the C.R.T. has only residual jurisdiction.

[65] The employer submits on the basis of an analysis of the A.L.S. that the legislature did not intend that s. 124 be incorporated into every collective agreement. The employer adds that a finding that the C.R.T. has exclusive jurisdiction as an alternative forum would not affect the monopoly of unions on representation or the fact that employers' rights are subject to legislative restrictions of public order.

### 4. Analysis

[66] There have been many cases in which it has been necessary to identify the appropriate forum for resolving disputes between unionized employees and their employers. In *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185 ("*Morin*"), at para. 14, the Chief Justice, relying on *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, noted that the Court had not adopted a rule that would confer exclusive jurisdiction on grievance arbitrators: "... there is no legal presumption of exclusivity *in abstracto*. Rather, the

confèrent à la C.R.T. compétence exclusive pour décider de la plainte de congédiement injustifié. En conséquence, la Cour d'appel infirme le jugement de la Cour supérieure, casse la sentence de l'arbitre Flynn et rétablit celle de l'arbitre Laplante : 2008 QCCA 1046 (CanLII) et 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005.

### 3. Position des parties

[64] Devant notre Cour, le Syndicat soutient que l'art. 124 L.n.t. est implicitement incorporé à la convention collective, et que la règle qui y est énoncée est d'ordre public. Cette incorporation résulte du pouvoir qu'a l'arbitre d'appliquer toutes les normes minimales du travail édictées par une loi. Le Syndicat plaide aussi que l'arbitrage est un mode de règlement des conflits non seulement impératif mais même d'ordre public, que le monopole des syndicats en matière de représentation doit être respecté, qu'il est nécessaire d'éviter la multiplicité des recours et que la C.R.T. ne possède qu'une compétence résiduelle.

[65] Pour sa part, l'employeur prétend qu'il ressort de l'analyse de la L.n.t. que le législateur n'a pas voulu que l'art. 124 L.n.t. soit incorporé à toutes les conventions collectives. Il ajoute que le fait de reconnaître à la C.R.T. compétence exclusive comme tribunal subsidiaire ne remet en cause ni le monopole des syndicats en matière de représentation ni l'assujettissement des droits des employeurs aux limites législatives d'ordre public.

### 4. Analyse

[66] La détermination du tribunal approprié pour résoudre un différend opposant un employé syndiqué à son employeur a fait l'objet de nombreux litiges. Se fondant sur *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, la Juge en chef, dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185 (« *Morin* »), par. 14, a rappelé que la Cour n'avait pas retenu une règle qui conférerait une compétence exclusive à l'arbitre de griefs : « . . . il n'existe pas *in abstracto* de présomption légale d'exclusivité. Il faut plutôt se demander

question in each case is whether the relevant legislation applied to the dispute at issue, taken in its full factual context, establishes that the labour arbitrator has exclusive jurisdiction over the dispute.” In proposing that the analysis begin with a review of the legislative provisions, the Chief Justice was confirming that the legislature’s purpose is paramount. This rule had also been applied in *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360: “. . . in determining whether an adjudicative body has jurisdiction to hear a dispute, a decision-maker must adhere to the intention of the legislature as set out in the legislative scheme, or schemes, governing the parties” (para. 23).

[67] It might be asked which legislative provisions must be analysed first. In my opinion, the A.L.S. must be the starting point, since the protection claimed by the employees is provided for in that Act. As well, it is the A.L.S. that refers to the tribunal that has jurisdiction to enforce that protection. To start the analysis by altering the provisions of the collective agreement would amount to circumventing the provision this Court must interpret.

[68] It is the first paragraph of s. 124 A.L.S. set out below — and the underlined words in particular — that is central to the issue here:

**124.** An employee credited with two years of uninterrupted service in the same enterprise who believes that he has not been dismissed for a good and sufficient cause may present his complaint in writing to the Commission des normes du travail or mail it to the address of the Commission des normes du travail within 45 days of his dismissal, except where a remedial procedure, other than a recourse in damages, is provided elsewhere in this Act, in another Act or in an agreement.

(The terms “agreement”, “employee” and “uninterrupted service” are defined in s. 1 A.L.S.)

[69] Under this provision, the Commission des normes du travail (“C.N.T.”) must determine whether there is a “remedial procedure” other than a recourse in damages available to the employee elsewhere in the A.L.S., in another Act or in an

dans chaque cas si la loi pertinente, appliquée au litige considéré dans son contexte factuel, établit que la compétence de l’arbitre en droit du travail est exclusive. » En proposant de commencer l’analyse par l’examen des dispositions législatives, la Juge en chef confirmait la préséance qu’il faut donner au but poursuivi par le législateur, règle également appliquée dans *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360 : « . . . pour déterminer si elle a compétence pour entendre un litige, l’instance décisionnelle doit se conformer à l’intention du législateur énoncée dans le ou les textes législatifs régissant les parties » (par. 23).

[67] On pourrait s’interroger sur le choix des dispositions législatives devant être analysées en premier lieu. À mon avis, il faut commencer par la L.n.t. En effet, la protection dont les employés veulent se prévaloir est prévue par cette loi. De plus, c’est cette loi qui fait état du tribunal compétent pour assurer le respect de la protection. Commencer l’analyse en modulant les dispositions de la convention collective équivaudrait à contourner la disposition que nous sommes appelés à interpréter.

[68] C’est le texte du premier alinéa de l’art. 124 L.n.t. reproduit ci-dessous — plus particulièrement les mots soulignés — qui est au cœur du litige :

**124.** Le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la Commission des normes du travail ou la mettre à la poste à l’adresse de la Commission des normes du travail dans les 45 jours de son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention.

(Les mots « convention », « salarié » et « service continu » sont définis à l’art. 1 L.n.t.)

[69] Suivant cette disposition, la Commission des normes du travail (« C.N.T. ») doit vérifier si l’employé bénéficie ailleurs dans la L.n.t., dans une autre loi ou dans une convention d’une « procédure de réparation » autre que le recours en

agreement. If there is, it will invite the complainant to avail him or herself of that other procedure. If there is not, it may, with the agreement of the parties, appoint a person who will endeavour to settle the complaint (s. 125 A.L.S.). If no settlement is reached, the C.N.T. must refer the complaint to the C.R.T. (s. 126 A.L.S.), which then has exclusive jurisdiction over the matter (s. 114 L.C.). The words of s. 114 L.C. are clear:

**114.** The Commission is responsible for ensuring the diligent and efficient application of the provisions of this Code and exercising the other functions assigned to it under this Code or any other Act.

Except as regards the provisions of sections 111.0.1 to 111.2, sections 111.10 to 111.20 and Chapter IX, the Commission shall hear and dispose, to the exclusion of any court or tribunal, of any complaint for a contravention of this Code, of any proceedings brought pursuant to the provisions of this Code or any other Act and of any application made to the Commission in accordance with this Code or any other Act. Proceedings brought before the Commission pursuant to another Act are listed in Schedule I.

For such purposes, the Commission shall exercise the functions, powers or duties assigned to it by this Code or any other Act.

The relevant parts of Schedule I read as follows:

#### SCHEDULE I

##### PROCEEDINGS BROUGHT UNDER OTHER ACTS

In addition to the proceedings brought under this Code, the Commission shall hear and decide proceedings under

(15) sections 86.1, 123.4, 123.9, 123.12 and 126 of the Act respecting labour standards (chapter N-1.1);

[70] According to the union, because a grievance procedure is provided for in the collective agreement, complaints must be heard by an arbitrator. More specifically, the union submits that the substantive protection for which the A.L.S. provides and the procedural scheme it establishes are two aspects that can be severed from one another. The

dommages-intérêts. Si c'est le cas, elle invite le plaignant à utiliser cette autre procédure. Dans le cas contraire, elle peut, avec l'accord des parties, nommer une personne qui tente de régler la plainte (art. 125 L.n.t.). Si aucun règlement n'intervient, la C.N.T. défère la plainte à la C.R.T. (art. 126 L.n.t.), laquelle jouit alors d'une compétence exclusive sur la question (art. 114 C.t.). Le texte de l'art. 114 C.t. est clair :

**114.** La Commission est chargée d'assurer l'application diligente et efficace du présent code et d'exercer les autres fonctions que celui-ci et toute autre loi lui attribuent.

Sauf pour l'application des dispositions prévues aux articles 111.0.1 à 111.2, 111.10 à 111.20 et au chapitre IX, la Commission connaît et dispose, à l'exclusion de tout tribunal, d'une plainte alléguant une contravention au présent code, de tout recours formé en application des dispositions du présent code ou d'une autre loi et de toute demande qui lui est faite conformément au présent code ou à une autre loi. Les recours formés devant la Commission en application d'une autre loi sont énumérés à l'annexe I.

À ces fins, la Commission exerce les fonctions, pouvoirs et devoirs qui lui sont attribués par le présent code et par toute autre loi.

Les passages pertinents de l'annexe I sont rédigés ainsi :

#### ANNEXE I

##### RECOURS FORMÉS EN VERTU D'AUTRES LOIS

En plus des recours formés en vertu du présent code, la Commission connaît et dispose des recours formés en vertu :

15° des articles 86.1, 123.4, 123.9, 123.12 et 126 de la Loi sur les normes du travail (chapitre N-1.1);

[70] Selon le Syndicat, puisque la convention collective établit une procédure de griefs, c'est l'arbitre qui doit entendre la plainte. Plus précisément, selon le Syndicat, la protection substantielle prévue à la L.n.t. et le régime procédural qui y est établi sont deux aspects dissociables. La protection substantielle est implicitement incorporée aux conventions

substantive protection is implicitly incorporated into collective agreements, which means that only an arbitrator has jurisdiction.

[71] The employer counters that the question of the arbitrator's jurisdiction must be decided before that of the extent of the parties' obligations. The C.N.T. or the grievance arbitrator, as the case may be, must decide the question of jurisdiction upon receiving the complaint or grievance. The exception to the C.R.T.'s exclusive jurisdiction applies where an agreement or statute provides for equivalent protection. According to the employer, implicit incorporation is inapplicable in these cases.

[72] The protection provided for in s. 124 A.L.S. is not new. To answer the question before the Court, I will begin by reviewing how that protection has been interpreted for close to 25 years. I will then analyse other provisions of the A.L.S. and other statutes pursuant to which a forum other than an arbitrator is responsible for applying a labour standard. After that, I will consider the nature of the dispute. Finally, I will discuss the Court's decisions on the implicit incorporation of standards of public order to determine how they relate to the question now before us.

#### 4.1 *Interpretation of the Standard Since It Came Into Effect*

[73] The A.L.S. was enacted in 1979, and it replaced the *Minimum Wage Act*, R.S.Q. 1941, c. 164 (later the *Minimum Wage Act*, R.S.Q., c. S-1), which had amended the *Women's Minimum Wage Act*, R.S.Q. 1925, c. 100. The A.L.S. has been amended frequently to better respond to employees' needs or to correct the wording of its provisions in light of how it has been applied. It is, therefore, a [TRANSLATION] "legislative work in progress": F. Morin, J.-Y. Brière and D. Roux, *Le droit de l'emploi au Québec* (3rd ed. 2006), at p. 498. It is a statute of public order (s. 93 A.L.S.). It applies to the vast majority of Quebec employees, both those covered by collective agreements and those covered by individual contracts of employment. The legislative protection against unfair dismissal was

collectives et, par conséquent, seul l'arbitre est compétent.

[71] De son côté, l'employeur soutient plutôt que la question de la compétence de l'arbitre doit être tranchée avant celle de l'étendue des obligations des parties. La C.N.T. ou l'arbitre de griefs, selon le cas, doit décider la question de la compétence sur réception de la plainte ou du grief. L'exception à la compétence exclusive de la C.R.T. vise les cas où une convention ou une loi prévoit une protection équivalente. Selon l'employeur, la technique de l'incorporation implicite ne s'applique pas en l'espèce.

[72] La protection prévue à l'art. 124 L.n.t. n'est pas récente. Pour répondre à la question dont nous sommes saisis, je passerai d'abord en revue l'interprétation qui en a été donnée depuis près de 25 ans. J'analyserai ensuite d'autres dispositions législatives qui figurent dans la L.n.t. et d'autres lois et qui confèrent à un tribunal autre qu'un arbitre la responsabilité d'appliquer une norme du travail. Puis, j'examinerai la nature du litige. Enfin, je me pencherai sur les arrêts de la Cour portant sur l'incorporation implicite des normes d'ordre public afin de déterminer leur incidence sur la question qui nous occupe en l'espèce.

#### 4.1 *L'interprétation de la norme depuis son entrée en vigueur*

[73] Adoptée en 1979, la L.n.t. a remplacé la *Loi du salaire minimum*, S.R.Q. 1941, ch. 164 (plus tard la *Loi sur le salaire minimum*, L.R.Q., ch. S-1), qui modifiait la *Loi du salaire minimum des femmes*, S.R.Q. 1925, ch. 100. La L.n.t. a été fréquemment modifiée pour mieux répondre aux besoins des employés ou encore pour corriger le libellé des dispositions en fonction de son application. Cette loi constitue donc un « chantier législatif » : F. Morin, J.-Y. Brière et D. Roux, *Le droit de l'emploi au Québec* (3<sup>e</sup> éd. 2006), p. 498. Elle est une loi d'ordre public (art. 93 L.n.t.). Elle s'applique à la vaste majorité des employés québécois, qu'ils soient couverts par un régime collectif ou par un contrat individuel de travail. La protection législative contre les congédiements injustes est d'ailleurs inspirée

actually inspired by the protection found in one form or another in most collective agreements: G. Hébert and G. Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec: Étude juridique et institutionnelle* (1987), at p. 160.

[74] The Quebec courts have already considered the nature of the protection provided for in s. 124 A.L.S.: Is it procedural only, or does it also establish a substantive standard? This issue was resolved in *Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.). In that case, the employer argued that since s. 124 is in a division of the A.L.S. dealing with recourses, it creates a special recourse that is available only if certain very specific conditions are met. The union contended that the section is normative. LeBel J.A., as he then was, held as follows (at p. 269):

[TRANSLATION] It is true that this provision is procedural in form. It offers an arbitral recourse to employees who believe that they meet the conditions set out in the Act. However, the creation of this recourse introduces a substantive legal rule that departs from the traditional principles that applied to individual contracts of employment.

[75] It was also necessary to interpret s. 124 A.L.S. in order to identify the appropriate forum for the recourse it created: Does the grievance procedure provided for in a collective agreement exclude the procedure provided for in the A.L.S.? As in *Moalli*, the courts held that the expression “remedial procedure” necessarily includes a substantive aspect. It is not enough for the agreement to provide for a grievance procedure. That procedure also has to enable employees to assert their rights adequately. As Marquis J. stated in *Ateliers Roland Gingras inc. v. Martin*, [1988] R.J.Q. 523 (Sup. Ct.),

[TRANSLATION] the words “except where a remedial procedure, other than a recourse in damages, is provided elsewhere in this Act, in another Act or in an agreement” . . . refer to the existence of a recourse applicable to the specific case before the court. [pp. 525-26]

de celle qui figurait, sous une forme ou une autre, dans la plupart des conventions collectives : G. Hébert et G. Trudeau, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec : Étude juridique et institutionnelle* (1987), p. 160.

[74] Les tribunaux québécois ont été amenés à se pencher sur la nature de la protection prévue à l’art. 124 L.n.t. Constituait-elle seulement une protection d’ordre procédural ou établissait-elle aussi une norme substantielle? Cette question fut réglée par l’arrêt *Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.). Dans cette affaire, l’employeur plaidait que, comme l’art. 124 se trouvait dans la section de la L.n.t. traitant des recours, il constituait un recours particulier, assujéti à des conditions d’exercice bien précises. Pour sa part, le syndicat soutenait que la disposition avait un caractère normatif. Le juge LeBel, maintenant juge de notre Cour, a tiré la conclusion suivante (p. 269) :

Il est vrai que cette disposition se présente sous une forme procédurale. Elle offre un recours arbitral aux salariés qui croient se situer dans les conditions prévues à la loi. La création de ce recours introduit cependant une règle de droit substantif, qui déroge aux principes traditionnels qui s’appliquaient au contrat individuel de travail.

[75] L’interprétation de l’art. 124 L.n.t. s’est aussi posée à l’égard du tribunal devant lequel doit être exercé le recours établi par cette disposition. La procédure de griefs prévue par une convention collective constituait-elle une procédure qui écartait celle prévue à la L.n.t.? Tout comme dans l’arrêt *Moalli*, les tribunaux ont conclu que l’expression « procédure de réparation » comportait nécessairement un aspect substantiel. Il ne suffisait pas qu’une procédure de griefs soit prévue par la convention, encore fallait-il que cette procédure permette à l’employé de faire valoir son droit de manière adéquate. Pour reprendre l’expression du juge Marquis dans *Ateliers Roland Gingras inc. c. Martin*, [1988] R.J.Q. 523 (C.S.) :

[C]’est à l’existence d’un recours applicable au cas précis en litige que réfèrent les mots « sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention ». [p. 525-526]

[76] There have been many cases in which the Quebec Court of Appeal has considered whether a procedure was adequate. Three criteria have been identified for this purpose:

- 1 - the procedure must be mandatory;
- 2 - the recourse must bear some similarity to the recourse provided for in s. 124 A.L.S.; and
- 3 - the authority adjudicating the dispute must have powers that are at least equivalent to those of the forum provided for in the A.L.S.

Sec, *inter alia*: *Giguère v. Cie Kenworth du Canada, Division de Paccar du Canada Ltée*, [1990] R.J.Q. 2485 (C.A.), at p. 2493; *Malo v. Côté-Desbiolles*, [1995] R.J.Q. 1686 (C.A.); *Joyal v. Hôpital du Christ-Roi*, [1997] R.J.Q. 38 (C.A.); *Commission scolaire Chomedey de Laval v. Dubé*, [1997] R.J.Q. 1203 (C.A.); *Université du Québec à Hull v. Lalonde*, 2000 CanLII 11322 (Que. C.A.); *Dubé v. Secrétariat de l'Action Catholique de Joliette*, 2001 CanLII 12979 (Que. C.A.); see, to the same effect, *Beauséjour v. Lefebvre*, [1986] R.J.Q. 1407 (Sup. Ct.), at p. 1413, aff'd [1988] R.J.Q. 639 (C.A.); *Syndicat du personnel enseignant du Centre d'études collégiales en Charlevoix v. St-Laurent*, 2007 QCCS 1005 (CanLII); and J.-L. Dubé and N. Di Iorio, *Les normes du travail* (2nd ed. 1992), at pp. 398-423.

[77] Where a collective agreement exists, the requirement that the procedure be mandatory is not problematic. Most of the cases have concerned the similarity of the recourses or the powers of the arbitrator appointed under a collective agreement. In the instant cases, the employer submits that the recourses must be equivalent. A comment is in order concerning the degree of equivalence that must exist between the recourse under the collective agreement and the one provided for in the A.L.S. In decisions on this question, several different expressions have been used to describe this equivalence. In my opinion, the focus must be on the actual content of the recourses rather than on the terms used in the decisions. When the legislature extended to non-unionized employees the protection already

[76] La question du caractère adéquat de la procédure a fait l'objet de nombreux arrêts de la Cour d'appel du Québec. On retient que trois critères permettent de répondre à cette question :

- 1 - la procédure doit revêtir un caractère obligatoire;
- 2 - le recours doit comporter une certaine similitude avec le recours de l'art. 124 L.n.t.;
- 3 - l'autorité appelée à trancher le différend doit posséder des pouvoirs au moins équivalents à ceux du tribunal prévu par la L.n.t.

Voir entre autres : *Giguère c. Cie Kenworth du Canada, Division de Paccar du Canada Ltée*, [1990] R.J.Q. 2485 (C.A.), p. 2493; *Malo c. Côté-Desbiolles*, [1995] R.J.Q. 1686 (C.A.); *Joyal c. Hôpital du Christ-Roi*, [1997] R.J.Q. 38 (C.A.); *Commission scolaire Chomedey de Laval c. Dubé*, [1997] R.J.Q. 1203 (C.A.); *Université du Québec à Hull c. Lalonde*, 2000 CanLII 11322 (C.A. Qué.); *Dubé c. Secrétariat de l'Action Catholique de Joliette*, 2001 CanLII 12979 (C.A. Qué.); voir, au même effet, *Beauséjour c. Lefebvre*, [1986] R.J.Q. 1407 (C.S.), p. 1413, conf. par [1988] R.J.Q. 639 (C.A.); *Syndicat du personnel enseignant du Centre d'études collégiales en Charlevoix c. St-Laurent*, 2007 QCCS 1005 (CanLII); et J.-L. Dubé et N. Di Iorio, *Les normes du travail* (2<sup>e</sup> éd. 1992), p. 398-423.

[77] En présence d'une convention collective, la condition concernant le caractère obligatoire de la procédure ne crée pas de difficulté. Les litiges ont surtout porté sur la similitude des recours et sur les pouvoirs de l'arbitre nommé en vertu d'une convention collective. En l'espèce, l'employeur soutient que le recours doit être équivalent. Le niveau d'équivalence entre le recours prévu par la convention collective et celui prévu par la L.n.t. mérite un commentaire. À la lecture des décisions portant sur le sujet, on constate que plusieurs expressions sont utilisées pour décrire cette équivalence. À mon avis, il faut s'attacher au contenu réel des recours plutôt qu'aux termes utilisés dans les décisions. En élargissant aux employés non syndiqués la protection dont bénéficiaient déjà de nombreux employés

available to many unionized employees, its intention was not to eliminate the recourse to the forum provided for in the collective agreement. In assessing its own jurisdiction, a tribunal must therefore engage in a global analysis that takes the legislature's objective of avoiding a multiplicity of recourses into account while at the same time providing employees with adequate protection. If a collective agreement gives an arbitrator the power to hear a dismissal complaint, to assess the proportionality between the sanction imposed on the employee and the allegations against the employee or the purpose of the employer's decision, and to make the order sought by the employee, the procedure should be found to be adequate. There is no need for a theoretical comparison that would serve only to bar the recourse to the arbitrator for reasons unrelated to the dispute. (See Dubé and Di Iorio, at pp. 418 *et seq.*)

[78] It can be seen from the many amendments to the A.L.S. that the legislature has done nothing to indicate that the courts' interpretation to the effect that arbitrators do not have exclusive jurisdiction conflicted with its intention. This is particularly noteworthy given that two of those amendments changed the forum specifically designated in the Act. Jurisdiction was originally conferred on an arbitrator whose name appeared on a list drawn up by the Minister of Labour (*An Act respecting labour standards*, S.Q. 1979, c. 45, s. 126). Following criticism of the amounts employees had to pay for arbitrators' fees, the legislature passed the *Act to amend the Act respecting labour standards and other legislative provisions*, S.Q. 1990, c. 73, in which it made the labour commissioner general responsible for applying s. 124 (s. 61). A subsequent amendment transferred that jurisdiction to the C.R.T. (*An Act to amend the Labour Code, to establish the Commission des relations du travail and to amend other legislative provisions*, S.Q. 2001, c. 26, s. 144). These would have been perfect opportunities to indicate that a grievance arbitrator could review adherence to the standard established in s. 124 A.L.S. regardless of whether the collective agreement so provided. Yet this was not done.

syndiqués, le législateur n'a pas voulu écarter le tribunal conventionnel. Lorsqu'un tribunal évalue sa compétence, il doit donc procéder à une analyse globale tenant compte de l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir éviter la multiplicité des recours tout en assurant à l'employé une protection adéquate. Si la convention collective autorise l'arbitre à se saisir de la plainte de congédiement, à mesurer la proportionnalité de la sanction prise à l'endroit de l'employé en fonction des faits qu'on lui reproche ou de l'objectif de la décision de l'employeur, et lui permet de prononcer l'ordonnance recherchée par l'employé, la procédure devrait alors être jugée adéquate. Il n'y a pas lieu de procéder à une comparaison théorique qui ne serait destinée qu'à écarter l'arbitre pour des motifs qui n'ont aucun rapport avec le litige. (Voir Dubé et Di Iorio, p. 418 et suiv.)

[78] Il ressort de l'étude des nombreuses modifications apportées à la L.n.t. que le législateur n'est pas intervenu pour indiquer que l'interprétation des tribunaux selon laquelle l'arbitre n'a pas compétence exclusive ne correspondait pas à son intention. Cette absence d'intervention est particulièrement remarquable en ce que, lors de deux de ces modifications, le tribunal spécifiquement désigné dans la loi a été changé. À l'origine, cette compétence appartenait à un arbitre dont le nom paraissait sur une liste dressée par le ministre du Travail (*Loi sur les normes du travail*, L.Q. 1979, ch. 45, art. 126). À la suite de critiques concernant les frais que devait engager l'employé pour payer les honoraires de l'arbitre, la *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1990, ch. 73, a été adoptée. Par cette loi, le législateur a confié l'application de l'art. 124 au commissaire général du travail (art. 61). Par suite d'une autre modification, cette compétence a été transférée à la C.R.T. (*Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2001, ch. 26, art. 144). Il s'agissait là de belles occasions de manifester que l'arbitre de griefs pouvait, et ce, que la convention collective le prévoit ou non, contrôler le respect de la norme établie à l'art. 124 L.n.t. Rien pourtant n'a été ajouté à cet effet.

[79] Even more noteworthy is the fact that, whereas the legislature has chosen not to consider the protection against wrongful dismissal provided for in the A.L.S. to be incorporated into collective agreements, it has made this very choice in the case of the protection against harassment (s. 81.20 A.L.S.). I will come back to this point after discussing how the interpretation suggested by the union affects other legislative provisions.

#### 4.2 *Other Legislative Provisions*

##### 4.2.1 Mechanism Provided for in Section 126.1 A.L.S.

[80] In Quebec, every collective agreement contains an arbitration procedure for disagreements arising out of the interpretation or application of the agreement. This flows from the definition of “grievance” in s. 1(f) L.C. and from s. 100 L.C.:

1. . . .

. . . .

(f) “grievance”: any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement;

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

[81] Given that every grievance must be submitted to arbitration, if the substantive content of s. 124 A.L.S. were incorporated into collective agreements, the C.R.T. would never have jurisdiction to hear a recourse exercised by a unionized employee, since there would always be another remedial procedure that would oust its jurisdiction. There is nothing in s. 124 A.L.S. or, for that matter, in s. 126.1 A.L.S. to suggest that this is what the legislature intended.

[82] Section 126.1 was enacted in 1997 (*An Act to amend the Act respecting labour standards*,

[79] Fait plus remarquable encore, alors que le législateur choisit de ne pas considérer que la protection contre un congédiement injustifié prévue à la L.n.t. fait partie des conventions collectives, il fait ce choix précis dans le cas de la protection contre le harcèlement (art. 81.20 L.n.t.). J’y reviendrai après avoir examiné l’incidence de l’interprétation suggérée par le Syndicat sur d’autres dispositions législatives.

#### 4.2 *Les autres dispositions législatives*

##### 4.2.1 Le mécanisme prévu à l’art. 126.1 L.n.t.

[80] Au Québec, toutes les conventions collectives contiennent une procédure de griefs pour régler les mécontentes résultant de l’interprétation et de l’application de la convention collective applicable. Cela découle de la définition du mot « grief » à l’art. 1, par. f) C.t. et du texte de l’art. 100 C.t. :

1. . . .

. . . .

f) « grief » : toute mécontente relative à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective;

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

[81] Comme tout grief doit être soumis à l’arbitrage, si le contenu substantiel de l’art. 124 L.n.t. était incorporé à la convention collective, la C.R.T. ne serait jamais compétente pour entendre le recours d’un employé syndiqué. En effet, il existerait alors toujours une autre procédure de réparation écartant la compétence de la C.R.T. Ni la lecture de l’art. 124 L.n.t., non plus que celle de l’art. 126.1 L.n.t. d’ailleurs, ne permettent d’affirmer que telle est l’intention du législateur.

[82] L’article 126.1 a été adopté en 1997 (*Loi modifiant la Loi sur les normes du travail*,

S.Q. 1997, c. 2, s. 2) and has not been amended significantly since then. It is linked with the application of s. 124 A.L.S. It provides that the C.N.T. may represent before the C.R.T. an employee “who does not belong to a group of employees to which certification has been granted under the Labour Code”. One might ask why the legislature would have included a provision stating that the C.N.T. may represent only non-unionized employees if the recourse before the C.R.T. was not available to unionized employees. The necessary implication of the union’s interpretation is that the restriction provided for in s. 126.1 A.L.S. has no effect.

[83] The interpretation pursuant to which s. 126.1 has an effect, namely that unionized employees can file complaints with the C.R.T. in certain cases, is confirmed by the transcript of the National Assembly’s debate on the proposed amendments to the A.L.S. That transcript shows that it was assumed that unionized employees would not necessarily submit every grievance to an arbitrator appointed under their collective agreement — they would sometimes have to turn to the forum designated in the Act. At that time, the Act designated the Labour Commissioner General as the forum for recourses exercised under the A.L.S. in respect of dismissals. The C.N.T. could represent a non-unionized employee if the recourse was based on ss. 122 and 123 (prohibited practices), but not if s. 124 was relied on. The purpose of the proposed amendment (now s. 126.1) was to make up for this deficiency while at the same time trying to limit costs for the C.N.T. The following passage from the National Assembly’s debate shows how the procedure was being interpreted at that time:

[TRANSLATION] According to the Labour Commissioner General’s office, representing employees in dismissal cases will have to result in an increased workload. . . .

The bill also amends the Act as regards the Commission des normes. It will be amended so that the Commission represents, in recourses against dismissals without good and sufficient cause . . . it will be ensured that employees have to contribute. Employees

L.Q. 1997, ch. 2, art. 2), et il n’a subi aucune modification importante depuis. Il est lié à l’application de l’art. 124 L.n.t. Il précise que la C.N.T. peut représenter devant la C.R.T. un employé « qui ne fait pas partie d’un groupe de salariés visé par une accréditation accordée en vertu du Code du travail ». Il est permis de se demander pourquoi le législateur aurait inclus une disposition prévoyant que la C.N.T. peut seulement représenter les employés non syndiqués, si le recours à la C.R.T. n’était pas ouvert aux employés syndiqués. Pour retenir l’interprétation du Syndicat, il faudrait nécessairement conclure que la limite énoncée à l’art. 126.1 L.n.t. est sans effet.

[83] L’interprétation qui permet de donner effet à l’art. 126.1 et selon laquelle les employés syndiqués peuvent, dans certains cas, s’adresser à la C.R.T. est confirmée par l’examen de la transcription des débats à l’Assemblée nationale sur les modifications proposées à la L.n.t. Ces débats révèlent qu’on tenait pour acquis que les employés syndiqués ne s’adressaient pas nécessairement à l’arbitre nommé en vertu de la convention collective — ils devaient parfois se tourner vers le tribunal désigné par la loi. À l’époque, le Commissaire général du travail était désigné dans la loi comme le tribunal chargé d’entendre les recours prévus par la L.n.t. en matière de congédiement. La C.N.T. pouvait représenter l’employé non syndiqué si le recours était fondé sur les art. 122 et 123 (pratiques interdites), mais non lorsque l’art. 124 était invoqué. La modification proposée (maintenant l’art. 126.1) avait pour but de pallier cette lacune tout en tentant de limiter les coûts pour la C.N.T. Ce passage des débats à l’Assemblée nationale permet de comprendre comment la procédure était alors interprétée :

Au Bureau du Commissaire général du travail, on estime que le volume de travail devra augmenter en raison de la représentation des salariés pour les causes de congédiement. . . .

Le projet de loi formule également un amendement à la loi de la Commission des normes. Ça va être amendé pour qu’elle représente, dans un recours à l’encontre de congédiement sans cause juste et suffisante [. . .] on va faire en sorte que le salarié sera applé à contribuer.

covered by collective agreements will be defended by their unions; employees eligible for legal aid will be defended by legal aid. [Emphasis added.]

(National Assembly, *Journal des débats*, 2nd Sess., 35th Leg., Bill 31, *An Act to amend the Act respecting labour standards* (Introduction), May 23, 1996, at p. 1325; see also pp. 1332 and 1334.)

[84] The union objects that, if this interpretation were accepted, the result, insofar as a union is not required to represent its members before the C.R.T., would be to create a significant distinction between the two groups of employees that would place unionized employees at a disadvantage.

[85] On the one hand, this argument does not resolve the problems that flow from it in respect of the interpretation of ss. 124 and 126.1 A.L.S. On the other hand, it disregards the discretion conferred on the C.N.T., which “may” (and not *shall*) represent a non-unionized employee before the C.R.T. Just as unions are not required to represent employees before the C.R.T. — although in practice they do so in many cases — the C.N.T. is under no obligation in this respect. The word “may” reflects this choice by the legislature. The legislature’s purpose in enacting s. 126.1 was not to deprive unionized employees of representation, but to give non-unionized employees the possibility of being represented before the C.R.T. as well. There is therefore no real distinction between the two groups of employees in this regard.

#### 4.2.2 Sections 102, 122 and 123 A.L.S.

[86] Section 102 A.L.S. provides that employees who believe that one of their rights under the A.L.S. has been violated may file a complaint with the C.N.T. Unionized employees must prove that they have exhausted their recourses under their collective agreement. This provision is broad in scope. Subject to certain exceptions, it applies to all the recourses provided for in the A.L.S. It illustrates not only the legislature’s intention to avoid a multiplicity of recourses, but also the fact that

S’il est couvert par une convention collective, c’est son syndicat qui va le défendre; s’il est admissible à l’aide juridique, c’est l’aide juridique qui va le défendre. [Je souligne.]

(Assemblée nationale, *Journal des débats*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., Projet de loi n<sup>o</sup> 31, *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail* (Présentation), 23 mai 1996, p. 1325; voir aussi p. 1332 et 1334.)

[84] Le Syndicat objecte que, si cette interprétation était retenue, dans la mesure où un syndicat n’est pas tenu de représenter ses membres devant la C.R.T., il en résulterait une distinction importante entre les deux groupes d’employés, distinction qui serait désavantageuse pour les employés syndiqués.

[85] D’une part, cet argument ne permet pas de résoudre les problèmes qu’il engendre quant à l’interprétation du texte des art. 124 et 126.1 L.n.t. D’autre part, l’argument ne tient pas compte du pouvoir discrétionnaire de la C.N.T., laquelle « peut » (et non *doit*) représenter l’employé non syndiqué devant la C.R.T. En effet, tout comme un syndicat n’est pas tenu de représenter un employé devant la C.R.T. — bien qu’en pratique il le fasse dans de nombreux cas — la C.N.T. n’a elle aussi aucune obligation de représentation. Le terme « peut » reflète ce choix du législateur. Par l’article 126.1, le législateur visait non pas à retirer aux employés syndiqués la possibilité d’être représentés, mais bien à offrir aux employés non syndiqués d’avoir eux aussi la possibilité d’être assistés devant la C.R.T. Il n’existe donc pas de distinction réelle entre les deux groupes d’employés à cet égard.

#### 4.2.2 Les articles 102, 122 et 123 L.n.t.

[86] Aux termes de l’art. 102 L.n.t., l’employé qui croit avoir été victime d’une atteinte à un droit conféré par la L.n.t. peut déposer une plainte auprès de la C.N.T. Si cet employé est syndiqué, il doit démontrer qu’il a épuisé les recours prévus par la convention collective. Cette disposition a une vaste portée. Sous réserve de certaines exceptions, elle s’applique à tous les recours prévus par la L.n.t. Cette disposition illustre non seulement l’intention du législateur d’éviter la multiplicité des recours,

the jurisdiction conferred on arbitrators by the collective agreement does not necessarily include the power to settle all disputes that may arise concerning the standards established in the A.L.S.

[87] As with s. 124 A.L.S., the cases the courts have heard so far have required a comparison between the recourse provided for in the collective agreement and the one provided for in the A.L.S., and the courts have held that the collective agreement must contain a provision that affords employees adequate protection. See *Commission des normes du travail v. Chantiers Davie Ltée*, [1987] R.J.Q. 1949 (C.A.); *Commission des normes du travail v. Campeau Corp.*, [1989] R.J.Q. 2108 (C.A.); *Commission des normes du travail v. Hawker Siddeley Canada inc.*, [1989] R.J.Q. 2123 (C.A.); *Commission des normes du travail v. Domtar Inc.*, [1989] R.J.Q. 2130 (C.A.); *Québec (Commission des normes du travail) v. Cie minière I.O.C. inc.*, 1995 CanLII 5324 (Que. C.A.); *Commission des normes du travail v. Cie de papier de St-Raymond ltée*, [1997] R.J.Q. 366 (C.A.).

[88] Unlike with s. 124 A.L.S., the legislature has not designated an exclusive forum for the application of s. 102 A.L.S. The recourses to which s. 102 A.L.S. applies are not included in s. 114 or Schedule I L.C. Therefore, where the grievance procedure is available to an employee, it may be held, in accordance with the *Morin* approach, that an arbitrator is the appropriate forum for asserting the rights provided for in the collective agreement and those for which the A.L.S. does not designate an exclusive forum. For example, if the method set out in the collective agreement for calculating overtime or sick leave differs from the one provided for in the A.L.S. and the grievance procedure is available to the employee, it is possible that the arbitrator would have to use the calculation method of the A.L.S. rather than that of the agreement: see *Syndicat des employé(es) de soutien du Cégep André-Laurendeau v. Lavoie*, 2007 QCCS 322 (CanLII); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Roy*, 2007 QCCS 1172 (CanLII).

mais aussi le fait que la compétence reconnue aux arbitres par la convention collective n'inclut pas nécessairement le pouvoir de régler tous les litiges susceptibles de surgir concernant les normes établies par la L.n.t.

[87] Jusqu'à maintenant, tout comme pour l'art. 124 L.n.t., les tribunaux ont été saisis de litiges qui faisaient appel à une comparaison entre le recours prévu par la convention collective et celui de la L.n.t. Ils ont, également dans ces cas, conclu que la convention collective devait contenir une disposition qui offrait une protection adéquate. Voir *Commission des normes du travail c. Chantiers Davie Ltée*, [1987] R.J.Q. 1949 (C.A.); *Commission des normes du travail c. Campeau Corp.*, [1989] R.J.Q. 2108 (C.A.); *Commission des normes du travail c. Hawker Siddeley Canada inc.*, [1989] R.J.Q. 2123 (C.A.); *Commission des normes du travail c. Domtar Inc.*, [1989] R.J.Q. 2130 (C.A.); *Québec (Commission des normes du travail) c. Cie minière I.O.C. inc.*, 1995 CanLII 5324 (C.A. Qué.); *Commission des normes du travail c. Cie de papier de St-Raymond ltée*, [1997] R.J.Q. 366 (C.A.).

[88] À la différence de l'art. 124 L.n.t., le législateur n'a pas désigné de tribunal exclusif pour l'application de l'art. 102 L.n.t. En effet, les recours couverts par l'art. 102 L.n.t. ne sont pas inclus à l'art. 114 C.t. et à l'annexe I C.t. Par conséquent, si un employé a accès à la procédure de griefs, il pourra être décidé que, conformément à la démarche proposée dans *Morin*, l'arbitre constitue le tribunal approprié pour faire valoir les droits prévus à la convention collective et ceux que la L.n.t. n'attribue pas à un tribunal exclusif. Par exemple, si la méthode de calcul des heures supplémentaires ou des congés de maladie prévue par la convention collective n'était pas la même que celle prévue à la L.n.t., et que l'employé ne soit pas exclu de la procédure de griefs, il pourrait arriver que l'arbitre soit appelé à utiliser la méthode de calcul prévue à la L.n.t. plutôt que celle figurant dans la convention : voir *Syndicat des employé(es) de soutien du Cégep André-Laurendeau c. Lavoie*, 2007 QCCS 322 (CanLII); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Roy*, 2007 QCCS 1172 (CanLII).

[89] The union's interpretation to the effect that *all* labour standards are incorporated into collective agreements therefore conflicts with the courts' interpretation of s. 102 A.L.S. But there is more. It creates interpretation problems, as, for example, in the application of s. 122 A.L.S. Section 122 lists a number of practices that are considered improper. As with the protection provided for in s. 124 A.L.S., the protection established in s. 122 A.L.S. has a substantive aspect and a procedural aspect. While s. 124 A.L.S. protects employees who have at least two years of uninterrupted service against being wrongfully dismissed, s. 122 A.L.S. protects employees against any sanction arising out of a prohibited practice. Where the procedural aspect is concerned, s. 123 A.L.S. provides that the complaint *must* be filed with the C.N.T.; as well, pursuant to s. 123.4 A.L.S., the presumption of s. 17 L.C. applies in the case of an employee on whom a sanction has been imposed.

[90] When applied to s. 122 A.L.S., the union's interpretation raises two procedural issues. The first relates to the mandatory nature of the designated forum: the complaint *must* be filed with the C.N.T. The parties are given no choice. This shows that not all the standards established in the A.L.S. are implicitly incorporated into collective agreements and thus capable of serving as a basis for an arbitrable grievance. The second procedural issue has to do with the benefit of the presumption. Since there is a presumption in favour of an employee who goes before the C.R.T., it might be asked whether this procedural protection is incorporated into the collective agreement.

[91] The union's interpretation would also have a strange impact where the substantive aspect is concerned if it were applied to certain prohibited practices. An arbitrator would have jurisdiction to determine whether a sanction is related to an inquiry being conducted by the C.N.T. (s. 122, subpara. 1.1 A.L.S.) or to the fact that an employee has given information to the C.N.T. (s. 122, subpara. 2 A.L.S.). These are situations that involve the C.N.T. itself and have very little to do with the clauses resulting from collective bargaining that an arbitrator is responsible for interpreting and applying.

[89] L'interprétation du Syndicat préconisant l'incorporation à la convention collective de *toutes* les normes du travail va donc à contre-courant de celle que les tribunaux donnent à l'art. 102 L.n.t. Mais il y a plus. Elle crée des problèmes d'interprétation, par exemple pour l'application de l'art. 122 L.n.t. Cette disposition énumère un certain nombre de pratiques jugées répréhensibles. Tout comme celle prévue par l'art. 124 L.n.t., la protection établie par l'art. 122 L.n.t. comporte un volet substantiel et un volet procédural. Là où l'art. 124 L.n.t. protège l'employé qui compte au moins deux ans de service continu contre un congédiement injustifié, l'art. 122 L.n.t. le protège contre toute sanction fondée sur une pratique interdite. Concernant le volet procédural, l'art. 123 L.n.t. prescrit que la plainte *doit* être déposée auprès de la C.N.T.; de plus, l'art. 123.4 L.n.t. rend applicable en faveur de l'employé qui a fait l'objet d'une sanction la présomption prévue par l'art. 17 C.t.

[90] Appliquée à l'art. 122 L.n.t., l'interprétation préconisée par le Syndicat soulève deux problèmes d'ordre procédural. Le premier est le caractère impératif du recours au tribunal désigné : la plainte *doit* être déposée auprès de la C.N.T. Aucun choix n'est laissé aux parties. Ceci illustre que toutes les normes de la L.n.t. ne sont pas incorporées implicitement à la convention collective et par conséquent susceptibles de griefs arbitrables. Le deuxième problème procédural a trait au bénéfice de la présomption. Puisque l'employé bénéficie d'une présomption en sa faveur devant la C.R.T., il est permis de se demander si cette protection procédurale est incorporée à la convention collective.

[91] L'interprétation du Syndicat produirait aussi un étrange effet en ce qui concerne l'aspect substantiel si elle était appliquée à certaines pratiques interdites. En effet, l'arbitre aurait compétence pour décider si une sanction est liée à une enquête menée par la C.N.T. (art. 122, par. 1.1<sup>o</sup> L.n.t.) ou au fait qu'un employé a fourni des informations à la C.N.T. (art. 122, par. 2<sup>o</sup> L.n.t.). Il s'agit de situations qui intéressent la C.N.T. elle-même et qui ont très peu à voir avec les clauses qui ont fait l'objet de la négociation collective et que l'arbitre est chargé d'interpréter et d'appliquer. Si l'approche

If the union's approach does not apply to all the standards established in s. 122, it might be a source of confusion and could result in multiple proceedings to determine the feasibility or appropriateness of recourses in specific cases even though the C.R.T. has been designated in s. 123 A.L.S. as the forum in which the recourses *must* be exercised.

[92] Where the application of s. 122 A.L.S. is concerned, the courts have opted for an approach favouring the forum designated in the A.L.S., namely the C.R.T. Neither arbitration under a collective agreement nor the recourse under s. 124 A.L.S. can eliminate the C.R.T.'s jurisdiction where a complaint is based on an allegation of a prohibited practice: *Balthazard-Généreux v. Collège Montmorency*, [1997] T.T. 118; *Lecavalier v. Montréal (Ville)*, [1997] D.T.T.Q. No. 14 (QL); *Robitaille v. Société des alcools du Québec*, [1997] T.T. 597; *Giguère v. Cie Kenworth du Canada*.

[93] As we have seen, the courts have chosen to deal with the question of jurisdiction without first incorporating the relevant standard into the collective agreement. To identify the appropriate forum, they simply verify the content of the collective agreement as it is presented to them. Where a complaint raises the question whether the forum provided for in the collective agreement is appropriate, that question must be answered by considering the legislative provisions and the provisions of the agreement. It seems to me that this approach is consistent both with this Court's decisions on identifying the competent forum and with the provisions of the legislation and the collective agreement. In addition, it is simple, transparent and capable of protecting employees' rights just as much as, if not more than, the approach proposed by the union, which, by contrast, opens the door to procedural disputes that are in my view not helpful.

#### 4.2.3 Section 81.20 A.L.S.

[94] Protection against psychological harassment is at the top of the hierarchy of standards provided for in the A.L.S. Not only the substantive standard but also the applicable time limits and the nature of

favorisée par le Syndicat ne vaut pas pour toutes les normes prévues à l'art. 122, elle serait alors source de confusion et entraînerait une multiplication des litiges visant à déterminer la faisabilité ou l'opportunité du recours dans chaque cas particulier, et ce, malgré le fait que la C.R.T. ait été désignée, à l'art. 123 L.n.t., comme le tribunal où le recours *doit* être exercé.

[92] En ce qui a trait à l'application de l'art. 122 L.n.t., les tribunaux ont opté pour une approche favorisant le tribunal désigné par la L.n.t. soit la C.R.T. Ni le recours à l'arbitrage en vertu de la convention collective ni le recours à l'art. 124 L.n.t. n'écartent la compétence de la C.R.T. en cas de plainte fondée sur une allégation de pratique interdite : *Balthazard-Généreux c. Collège Montmorency*, [1997] T.T. 118; *Lecavalier c. Montréal (Ville)*, [1997] D.T.T.Q. n° 14 (QL); *Robitaille c. Société des alcools du Québec*, [1997] T.T. 597; *Giguère c. Cie Kenworth du Canada*.

[93] Comme on l'a vu, les tribunaux ont choisi d'aborder la question de la compétence sans d'abord intégrer la norme en cause à la convention collective. Pour déterminer le tribunal approprié, les tribunaux vérifient simplement le contenu de la convention collective telle qu'elle leur est présentée. Lorsque la plainte met en cause le caractère approprié du tribunal conventionnel, la question doit recevoir sa réponse par l'étude des dispositions législatives et conventionnelles. Cette approche me paraît respectueuse tant de la jurisprudence de notre Cour concernant la détermination du tribunal compétent que des textes législatifs et conventionnels, en plus d'être simple, transparente et tout autant sinon davantage apte à protéger les droits des employés que celle proposée par le Syndicat, laquelle ouvre au contraire la porte à des débats procéduraux, débats inutiles à mon avis.

#### 4.2.3 L'article 81.20 L.n.t.

[94] Dans la hiérarchie des normes prévues par la L.n.t., la protection contre le harcèlement psychologique se trouve au haut de l'échelle. Non seulement la norme substantielle est-elle intégrée à la

the remedy are incorporated into collective agreements. Section 81.18 contains a definition, s. 81.19 establishes a protection, s. 123.7 sets the time limit for filing a complaint and ss. 123.15 and 123.16 explain the nature of the remedy.

[95] However, the last sentence of the first paragraph of s. 81.20 A.L.S. indicates that the legislature has considered the possibility that not all employees are eligible for the grievance procedure. The first paragraph of s. 81.20 A.L.S. reads as follows:

**81.20.** The provisions of sections 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 and 123.16, with the necessary modifications, are deemed to be an integral part of every collective agreement. An employee covered by such an agreement must exercise the recourses provided for in the agreement, insofar as any such recourse is available to employees under the agreement.

This means that, for all employees to whom the grievance procedure applies, only a grievance arbitrator may enforce the protection against harassment: *Calcuttawala v. Conseil du Québec — Unite Here*, [2006] R.J.D.T. 1472 (C.R.T.), at para. 8. Where employees who do not have access to such a procedure are concerned, however, the C.R.T. remains the forum for exercising this right. As with the application of s. 124 A.L.S., the C.R.T. is designated as the exclusive alternative forum by s. 114 L.C. and Schedule I.

[96] Even more so than in the case of s. 126.1 A.L.S., if it were concluded that all mandatory standards are implicitly incorporated into collective agreements and that arbitrators have jurisdiction to adjudicate complaints based on all those standards, an incoherence in the Act's provisions would result. It would have to be concluded that the legislature has enacted another provision that has no effect.

[97] The wording of s. 81.20 A.L.S. clearly shows the distinction drawn by the legislature between the substantive protection — which is available to everyone — and access to a remedial procedure. Access to a remedial procedure under the collective agreement is still something the parties can negotiate.

convention collective, mais les délais et la nature de la réparation le sont également. L'article 81.18 énonce la définition, l'art. 81.19 la protection, l'art. 123.7 le délai de dépôt de la plainte, et les art. 123.15 et 123.16 la nature de la réparation.

[95] La dernière phrase du premier alinéa de l'art. 81.20 L.n.t. indique cependant que le législateur envisage la possibilité que les employés ne soient pas tous admissibles à la procédure de griefs. Le premier alinéa de l'art. 81.20 L.n.t. est rédigé ainsi :

**81.20.** Les dispositions des articles 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 et 123.16 sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective, compte tenu des adaptations nécessaires. Un salarié visé par une telle convention doit exercer les recours qui y sont prévus, dans la mesure où un tel recours existe à son égard.

Cela signifie que, pour tous les employés bénéficiant de la procédure de griefs, la protection contre le harcèlement doit être mise en œuvre par l'arbitre de griefs : *Calcuttawala c. Conseil du Québec — Unite Here*, [2006] R.J.D.T. 1472 (C.R.T.), par. 8. Cependant, pour ceux qui n'ont pas accès à une telle procédure, la C.R.T. demeure le tribunal où doit être exercé ce droit. En effet, tout comme pour l'application de l'art. 124 L.n.t., la C.R.T. est désignée comme tribunal subsidiaire exclusif par l'art. 114 C.t. et l'annexe I.

[96] Plus encore que pour l'art. 126.1 L.n.t., le fait de conclure que toutes les normes impératives sont implicitement incorporées aux conventions collectives et que les arbitres ont compétence pour trancher les plaintes fondées sur toutes ces normes créerait une incohérence de textes. Il faudrait conclure que le législateur a édicté un autre texte sans effet.

[97] La formulation de l'art. 81.20 L.n.t. marque bien la distinction que fait le législateur entre la protection substantielle — qui bénéficie à tous — et l'accès à une procédure de réparation. L'accès à une procédure de réparation conventionnelle demeure une question qui peut être négociée par les parties.

They cannot of course agree that an employee will not be protected. But there is no obligation to make a forum available to *all* employees under the agreement. Thus, just as probationary employees who are dismissed on disciplinary grounds are often not entitled to use the grievance procedure, employees who are protected against harassment may have to assert their rights before the C.R.T. because of the terms set out in the collective agreement. Employees who believe that they have been harassed may, if no recourse is provided for in the collective agreement, file complaints with the C.N.T. If a complaint is not settled and is referred to the C.R.T., s. 123.13 authorizes the C.N.T. to represent the employee; in such a case, the A.L.S. does not distinguish between unionized and non-unionized employees.

[98] It is more consistent with the principles of statutory interpretation to construe the words of a provision in their natural sense and to consider that to be the legislature's choice. While the courts are responsible for interpreting remedial legislation to ensure that it achieves its purpose, they may not take an approach that results in incoherence. It is clear from ss. 102, 122 and 81.20 A.L.S. that the legislature's intention was to enhance the protection afforded to all employees. However, there is nothing to indicate that the legislature believed the various forms of protection were implicitly incorporated into all collective agreements; quite the contrary. It established a single forum for the application of s. 122 A.L.S. and designated one in the Act for the application of s. 124 A.L.S. in cases in which the agreement negotiated by the parties does not provide for one. In this legislative context, it is not open to an arbitrator to rewrite the wording agreed on by the parties or to read in anything whatsoever.

#### 4.2.4 Other Quebec Statutes

[99] Many Quebec statutes dealing with labour relations or other matters provide for exclusive, concurrent, residual or alternative recourses. Although several of those statutes are mandatory, this in itself does not mean that their substantive provisions are implicitly incorporated into the collective

Il va de soi que les parties ne sauraient convenir qu'un employé ne bénéficiera pas de la protection. Mais il n'existe aucune obligation de mettre à la disposition de *tous* les employés un tribunal conventionnel. Ainsi, tout comme un employé en probation congédié pour motif disciplinaire n'a souvent pas droit à la procédure de griefs, un employé qui bénéficie de la protection contre le harcèlement peut, en raison des modalités de la convention collective, être tenu de faire valoir son droit devant la C.R.T. L'employé qui croit avoir été victime de harcèlement peut, en l'absence de recours conventionnel, adresser sa plainte à la C.N.T. Si celle-ci n'est pas réglée et est déferée à la C.R.T., l'art. 123.13 permet à la C.N.T. de représenter l'employé et, dans un tel cas, la L.n.t. ne fait pas de distinction entre l'employé syndiqué et celui qui ne l'est pas.

[98] Il est davantage conforme aux principes d'interprétation législative de donner à un texte son sens naturel et d'y voir un choix du législateur. S'il incombe aux tribunaux d'interpréter une loi réparatrice de façon à ce qu'elle atteigne son but, il ne leur est pas permis d'appliquer une approche qui crée des incohérences. Les articles 102, 122 et 81.20 L.n.t. illustrent bien que le législateur a voulu doter tous les employés d'une protection accrue. Cependant, rien n'indique qu'il a considéré que les diverses mesures de protection étaient incorporées implicitement dans toutes les conventions collectives, bien au contraire. Il a prescrit un tribunal unique pour l'application de l'art. 122 L.n.t. et il en a désigné un dans la loi pour l'application de l'art. 124 L.n.t. pour les cas où la convention négociée par les parties n'en prévoit pas. Dans ce cadre législatif, il n'appartient pas à l'arbitre de récrire le texte dont ont convenu les parties ou de procéder à quelque interprétation extensive (« *reading in* ») que ce soit.

#### 4.2.4 Autres lois québécoises

[99] Bon nombre de lois québécoises portant sur les relations de travail ou d'autres sujets établissent des recours exclusifs, concurrents, résiduels ou subsidiaires. Bien que plusieurs de ces lois aient un caractère impératif, ce seul fait n'implique nullement que leurs dispositions substantielles sont

agreements of Quebec employees. We have seen that s. 124 A.L.S. provides for an alternative forum. An example of a concurrent forum can be found in s. 32 of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001, which provides that a unionized employee may elect to use the forum provided for in the collective agreement rather than the one provided for in the Act. Section 32 reads as follows:

**32.** No employer may dismiss, suspend or transfer a worker or practice discrimination or take reprisals against him, or impose any other sanction upon him because he has suffered an employment injury or exercised his rights under this Act.

A worker who believes that he has been the victim of a sanction or action described in the first paragraph may, as he elects, resort to the grievance procedure set down in the collective agreement applicable to him or submit a complaint to the Commission in accordance with section 253.

However, the same statute makes the Commission des lésions professionnelles the exclusive forum with respect to certain other matters. Section 369 reads as follows:

**369.** The board shall, to the exclusion of any other tribunal, make determinations on

(1) proceedings brought under section 359, 359.1, 450 or 451;

(2) proceedings brought under section 37.3 or 193 of the Act respecting occupational health and safety (chapter S-2.1).

Several other examples of exclusive recourses can be found in s. 114 L.C., particularly the one relating to the application of the *Pay Equity Act*, R.S.Q., c. E-12.001.

[100] In short, before concluding that a mandatory provision is incorporated into a collective agreement, the legislative scheme applicable to the provision must be examined, as the Chief Justice stated in *Morin*. In the case of s. 124 A.L.S., neither the A.L.S. nor the L.C. provides support for such a conclusion. Respect for the arbitration procedure does not, as the union contends, lead to the

implicitement incorporées aux conventions collectives des employés québécois. Nous avons vu que l'art. 124 L.n.t. institue un tribunal subsidiaire. On trouve un exemple de tribunal concurrent à l'art. 32 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001. Cette disposition prévoit que l'employé syndiqué peut choisir le tribunal conventionnel plutôt que celui prévu à la loi. L'article 32 est rédigé ainsi :

**32.** L'employeur ne peut congédier, suspendre ou déplacer un travailleur, exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles ou lui imposer toute autre sanction parce qu'il a été victime d'une lésion professionnelle ou à cause de l'exercice d'un droit que lui confère la présente loi.

Le travailleur qui croit avoir été l'objet d'une sanction ou d'une mesure visée dans le premier alinéa peut, à son choix, recourir à la procédure de griefs prévue par la convention collective qui lui est applicable ou soumettre une plainte à la Commission conformément à l'article 253.

La même loi désigne cependant la Commission des lésions professionnelles comme tribunal exclusif relativement à certaines autres matières. Ainsi, aux termes de l'art. 369 :

**369.** La Commission des lésions professionnelles statue, à l'exclusion de tout autre tribunal :

1° sur les recours formés en vertu des articles 359, 359.1, 450 et 451;

2° sur les recours formés en vertu des articles 37.3 et 193 de la Loi sur la santé et la sécurité du travail (chapitre S-2.1).

Plusieurs autres exemples de recours exclusifs se trouvent à l'art. 114 C.t., plus particulièrement celui qui a trait à l'application de la *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., ch. E-12.001.

[100] En somme, avant de conclure qu'une disposition impérative est incorporée à une convention collective, il faut, comme la Juge en chef le dit dans *Morin*, examiner le régime législatif applicable à cette disposition. Dans le cas de l'art. 124 L.n.t., l'incorporation à la convention collective ne ressort ni de l'analyse de la L.n.t. ni de celle du C.t. Le respect de la procédure d'arbitrage n'emporte

conclusion that the procedure is of public order. The legislature has given unions a monopoly on representation. What can be seen from the legislative provisions I discuss above is that the legislature may also designate a forum other than an arbitrator where it considers it appropriate to do so.

#### 4.3 *Conclusion on the Analysis of Legislative Provisions*

[101] As we have seen, the A.L.S. is a statute of public order (s. 93 A.L.S.). In addition, the L.C. (s. 62) provides that “[t]he collective agreement may contain any provision respecting conditions of employment which is not contrary to public order or prohibited by law.” This means that a collective agreement may not contain standards that are prohibited by the A.L.S. or are inferior to standards established in the A.L.S. An employer may not dismiss an employee without good and sufficient cause if the employee is credited with at least two years of uninterrupted service within the meaning of the A.L.S. However, there is no requirement that the parties confer responsibility for the enforcement of this protection on an arbitrator appointed under the collective agreement. In other words, a collective agreement could not provide that the employer may, at will, dismiss a person who has two years of uninterrupted service. Any provision to that effect would be found to be null. But this does not mean that the standard established in the A.L.S. is incorporated into the collective agreement. Arbitrators are bound by the collective agreement and the L.C., and in particular by s. 100.12(a) L.C., which provides that they may “interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance”. This jurisdiction presupposes that the grievance is based on the collective agreement.

[102] My colleague LeBel J. agrees that the standard in s. 124 A.L.S. cannot be incorporated by reading it into the collective agreement. Instead, he resorts to the practice of “reading out” to conclude that an arbitrator has jurisdiction. In my opinion, this second approach raises the same problems as the first. As creative as it may be, its drawbacks are likely to outweigh its benefits. I therefore prefer an

pas la conclusion qu’elle revêt un caractère d’ordre public comme le soutient le Syndicat. Le monopole de représentation est confié aux syndicats par le législateur. Ce que les dispositions législatives que j’ai examinées ci-dessus indiquent est que ce même législateur peut désigner une juridiction autre qu’un arbitre lorsqu’il l’estime approprié.

#### 4.3 *Conclusion sur l’analyse des dispositions législatives*

[101] La L.n.t. est, nous l’avons vu, une loi d’ordre public (art. 93 L.n.t.). De plus, le C.t. (art. 62) prescrit que « [l]a convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n’est pas contraire à l’ordre public ni prohibée par la loi. » La convention collective ne peut donc pas contenir de norme prohibée par la L.n.t. ou qui représente une protection moindre. Un employeur ne peut pas congédier un employé sans une cause juste et suffisante si ce dernier justifie d’au moins deux ans de service continu au sens de la L.n.t. Toutefois, rien n’impose aux parties l’obligation de confier à l’arbitre nommé aux termes de la convention collective la responsabilité de mettre en œuvre cette protection. En d’autres termes, une convention collective ne pourrait prévoir que l’employeur peut à son gré congédier une personne qui cumule deux ans de service continu. Cette disposition serait tenue pour nulle. Cependant, la norme prévue à la L.n.t. ne serait pas pour autant incorporée à la convention collective. L’arbitre est lié par la convention collective et par le C.t., plus particulièrement par l’art. 100.12, par. a) C.t., lequel précise que l’arbitre peut « interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d’un grief ». Cette compétence presuppose que le grief a un fondement dans la convention collective.

[102] Mon collègue le juge LeBel est également d’avis que la norme de l’art. 124 L.n.t. n’est pas incorporée à la convention collective par application de la technique de l’interprétation extensive (« *reading in* »). Il conclut plutôt à la compétence de l’arbitre en recourant à la technique de l’interprétation atténuante (« *reading out* »). À mon avis, cette seconde technique soulève les mêmes

interpretation that gives meaning to the provisions of the legislation and the collective agreement.

[103] Finally, I note that the provisions conferring jurisdiction on grievance arbitrators and the C.R.T. are found in the same statute, the L.C. (in ss. 100 and 114). If the procedure applicable to all unionized employees wishing to avail themselves of s. 124 A.L.S. were the one provided for in their collective agreement, it would be reasonable to expect the legislature to say so clearly. That was the effect of the drafting technique used in the Ontario labour relations legislation (s. 48(12)(j) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A) that was considered in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157. The Quebec legislature did not choose to do this in s. 100.12(a) L.C. and s. 124 A.L.S. It instead gave the parties the freedom to include this procedure in their agreement, although in so doing it made sure that no employee would be without a recourse.

#### 4.4 *Nature of the Dispute*

[104] So far, I have focussed on establishing the legislature's intention. The Court also suggested in *Morin* that the nature of the dispute be considered in order to determine whether it is within the exclusive jurisdiction of the grievance arbitrator. In the instant cases, that step does not assist in any way with this decision. Arbitrators have recognized expertise with respect to dismissal complaints. But this is also true of the C.R.T. Not only is the C.R.T. the exclusive alternative forum designated in the A.L.S., but an analysis of how it is set up also confirms its expertise. Robert P. Gagnon describes the C.R.T. as [TRANSLATION] "a specialized tribunal with civil jurisdiction based on subject matter conferred on it both in the *Labour Code* itself and in other statutes" (*Le droit du travail du Québec* (6th ed. 2008), at p. 275). Gagnon adds that the 2001 reform [TRANSLATION] "brought individual recourses provided for in some 25 statutes

difficultés que la première. Toute créative qu'elle soit, cette approche est susceptible de causer plus d'inconvénients qu'elle n'apporte de bénéfices. Je préfère donc une interprétation qui donne un sens aux textes législatifs et conventionnels.

[103] Je souligne finalement que les dispositions conférant à l'arbitre de griefs et à la C.R.T. leur compétence respective se trouvent dans la même loi, le C.t. (aux art. 100 et 114). Si la procédure applicable à tous les employés syndiqués qui veulent se prévaloir de l'art. 124 L.n.t. était celle prévue par leur convention, il aurait été logique de s'attendre à ce que le législateur le dise clairement. La technique utilisée dans la loi ontarienne sur les relations de travail (al. 48(12)j) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A) étudiée dans *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, donne un tel résultat. Le législateur québécois n'a pas fait ce choix à l'art. 100.12, par. a) C.t. et à l'art. 124 L.n.t. Il a plutôt laissé aux parties la liberté d'inclure cette procédure dans la convention, tout en s'assurant qu'aucun employé ne soit privé de recours.

#### 4.4 *La nature du litige*

[104] Jusqu'à présent, je me suis attachée à rechercher l'intention du législateur. L'arrêt *Morin* propose aussi d'étudier la nature du litige pour déterminer s'il relève exclusivement de l'arbitre de griefs. En l'espèce, cette étape n'apporte aucun élément qui pourrait influencer sur cette décision. En effet, en matière de plainte de congédiement, l'arbitre possède une expertise reconnue. Cependant, la C.R.T. a elle aussi une expertise reconnue. Non seulement la C.R.T. est-elle le tribunal subsidiaire exclusif désigné par la L.n.t., mais l'analyse de sa constitution confirme également son expertise. Ainsi, l'auteur Robert P. Gagnon décrit la C.R.T. comme « un tribunal spécialisé exerçant une compétence civile d'attribution qui lui est dévolue à la fois par le *Code du travail* lui-même et par d'autres lois » (*Le droit du travail du Québec* (6<sup>e</sup> éd. 2008), p. 275). Ce même auteur mentionne que la réforme de 2001 « a réuni sous la compétence

within the sole, exclusive and final jurisdiction of the C.R.T.” (pp. 281-82). As well, to be appointed a C.R.T. commissioner, a person must have knowledge of the applicable legislation and 10 years’ experience in matters under the C.R.T.’s jurisdiction (s. 137.12 L.C.). And the C.R.T. has exclusive jurisdiction over recourses exercised with respect to dismissals resulting from unlawful practices (s. 123 A.L.S. and ss. 16 and 114 L.C.); it also hears all recourses exercised under s. 124 A.L.S. by employees, both unionized and non-unionized, who do not have another recourse of the same nature. It cannot therefore be denied that the C.R.T. has expertise in reviewing an employer’s decision in order to determine whether the employer’s justification constitutes a cause other than an unlawful practice and whether there is good and sufficient cause for a dismissal.

#### 4.5 *McLeod, Parry Sound and Isidore Garon*

[105] The union submits that there are three cases in which this Court has held that mandatory standards established in Canadian legislation are implicitly incorporated into collective agreements: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Parry Sound*; and *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, 2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27. But the forum responsible for enforcing the rights in question was not in issue in any of those cases. Rather, what was in issue was the application of the substantive protection.

[106] In *McLeod*, a case that originated in Ontario, an arbitrator had concluded that a management clause in an agreement was equivalent to consent on the employee’s part to work overtime beyond the limit imposed by the *Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, c. 35. The employee’s consent constituted an exception to the protection expressly provided for in that Act. The arbitrator had therefore interpreted the exception in favour of the employer and not the employee. He had implicitly incorporated an exception to the standard into the collective agreement. This Court held that the management clause could not be interpreted as amounting to implicit consent on the employee’s part. In

unique, exclusive et finale de la C.R.T. l’exercice des recours à caractère individuel formés en vertu de quelque 25 lois » (p. 281-282). De plus, pour être nommé commissaire à la C.R.T., une personne doit connaître la législation applicable et posséder 10 années d’expérience dans les matières qui sont du ressort de la C.R.T. (art. 137.12 C.t.). Par ailleurs, la C.R.T. a compétence exclusive sur les recours pour congédiement résultant de pratiques illégales (art. 123 L.n.t. et art. 16 et 114 C.t.); de plus, elle entend tous les recours des employés, syndiqués ou non, fondés sur l’art. 124 L.n.t., lorsque ceux-ci ne disposent pas d’autre recours de même nature. De ce fait, la C.R.T. possède, en matière de révision des décisions des employeurs, une expertise indéniable pour déterminer si le motif invoqué par l’employeur constitue une cause autre qu’une pratique illégale et aussi pour décider si un congédiement est fondé sur une cause juste et suffisante.

#### 4.5 *Les arrêts McLeod, Parry Sound et Isidore Garon*

[105] Le Syndicat soutient que trois arrêts de la Cour concluent à l’incorporation implicite aux conventions collectives des normes impératives prévues par les lois canadiennes : *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Parry Sound*; et *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27. Aucun de ces arrêts ne traite de la question du tribunal chargé de faire respecter les droits concernés. Il s’agissait plutôt d’affaires où l’application de la protection substantielle était en cause.

[106] Dans l’affaire *McLeod*, émanant de l’Ontario, l’arbitre avait conclu que la clause de gérance figurant dans la convention valait consentement de la part de l’employé à effectuer des heures supplémentaires au-delà de la limite prescrite par la loi intitulée *Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, ch. 35. Le consentement de l’employé était une exception à la protection expressément prévue par cette loi. L’arbitre avait donc interprété l’exception, non pas en faveur de l’employé, mais en faveur de l’employeur. Il avait incorporé implicitement à la convention collective une exception à l’application de la norme. Notre Cour a jugé que la clause de gérance ne pouvait être interprétée comme tenant

that decision, the Court also stated the principle that any provision of a collective agreement that purported to give an employer an unqualified right to require an employee to work overtime would be illegal. That conclusion is perfectly compatible with ss. 93 A.L.S. and 62 L.C.

[107] In *Parry Sound*, not only did the Ontario labour relations legislation not impose an exclusive forum, but, unlike s. 100.12(a) L.C., it provided that arbitrators had jurisdiction to interpret and apply “human rights and other employment-related statutes” (s. 48(12)(j)). In addition, all employment standards were incorporated into collective agreements (s. 64.5(1) of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14).

[108] In *Isidore Garon*, a case that originated in Quebec, the issue was whether a standard established in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, applied to employees covered by a collective labour relations scheme. The majority rejected an interpretation to the effect that all mandatory standards were automatically and implicitly incorporated into collective agreements. The arbitrator’s jurisdiction was described as follows (at para. 61):

Where there is no incompatibility and the provision can be considered to be implicitly included in the collective agreement, an arbitrator will have jurisdiction to decide disputes relating to it.

[109] In the *Messaoudan* case, Arbitrator Laplante found that there was an incompatibility between s. 124 A.L.S. and the provisions of the collective agreement denying temporary probationary employees the right to challenge their dismissal in an arbitration proceeding. The compatibility test is helpful for the purpose of determining whether a unionized employee may claim the benefit of legislative protection. But that is not the issue before us, as it is common ground that every employee is protected against dismissal without good and sufficient cause. Unlike in *McLeod*, *Parry Sound* and *Isidore Garon*, the issue in the instant appeals is

lieu de consentement implicite de la part de l’employé. Dans cet arrêt, la Cour a aussi énoncé le principe que toute disposition d’une convention collective censée conférer à l’employeur le droit absolu d’obliger un employé à travailler des heures supplémentaires serait illégale. Une telle conclusion est tout à fait compatible avec les art. 93 L.n.t. et 62 C.t.

[107] Dans *Parry Sound*, non seulement la loi ontarienne sur les relations de travail n’imposait pas de forum exclusif, mais, à la différence de l’art. 100.12, par. a) C.t., elle prévoyait que l’arbitre avait compétence pour interpréter et appliquer « les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l’emploi » (al. 48(12)j)). Au surplus, toutes les normes relatives à l’emploi étaient incorporées dans les conventions collectives (par. 64.5(1) de la *Loi sur les normes d’emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14).

[108] Dans *Isidore Garon*, affaire émanant du Québec, il s’agissait de déterminer si les employés couverts par un régime collectif du travail étaient régis par la norme prévue par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. L’interprétation voulant que toutes les normes impératives soient automatiquement et implicitement incorporées aux conventions collectives fut rejetée par la majorité. La compétence de l’arbitre a été décrite ainsi (par. 61) :

S’il n’y a pas incompatibilité et que la disposition peut être considérée comme implicitement incluse dans la convention collective, l’arbitre aura compétence pour trancher les différends s’y rapportant.

[109] Dans le dossier *Messaoudan*, l’arbitre Laplante a estimé que l’art. 124 L.n.t. était incompatible avec les dispositions de la convention collective qui n’accordaient pas aux employés temporaires, en stage probatoire, le droit de contester leur congédiement devant un tribunal d’arbitrage. Le critère de la compatibilité est utile pour déterminer si un employé syndiqué peut invoquer le bénéfice d’une protection législative. Telle n’est cependant pas la question dont nous sommes saisis, car personne ne conteste que tout employé bénéficie d’une protection contre un congédiement effectué sans une cause juste et suffisante. En l’espèce, à

which forum is responsible for giving effect to that protection. According to *Weber, Regina Police* and *Morin*, this must be determined by interpreting the A.L.S. and considering the nature of the dispute.

#### 5. Application of the Principles to the Facts of the Two Appeals

[110] The collective agreement that applies in both the cases at bar contains a provision describing the arbitrator's jurisdiction. It is clause 3-13.05, which reads as follows:

[TRANSLATION] 3-13.05 The arbitrator must decide grievances in accordance with the provisions of this collective agreement. The arbitrator does not have the power to vary, add to, delete from or supplement this agreement. The arbitrator may not award damages in the case of an administrative dismissal or of disciplinary action.

[111] An arbitrator hearing an employee's grievance for wrongful dismissal has broad powers. He or she can determine whether the decision is appropriate and confirm it or set it aside (clause 4-14.16). However, clauses 4-14.28 and 5-17.04 of the collective agreement limit access to the grievance procedure. The restrictions affect the two employees concerned in the instant cases. Those clauses are not contrary to public order, as they do not deprive employees of the protection provided for in s. 124 A.L.S. Limiting access to the grievance procedure is not prohibited by either the A.L.S. or the L.C.

[112] The parties have not generally incorporated the standards established in the A.L.S. into their collective agreement. However, it is interesting to note in the circumstances of these cases that they have incorporated one external standard — the protection against discrimination, which includes the grounds set out in the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 — into the agreement (clause 1-4.14).

[113] In the instant cases, to find that there was a right to use the grievance procedure, it would be necessary to rewrite the arbitration clause. But this raises a broader question, namely whether

la différence des questions qui se posaient dans *McLeod, Parry Sound* et *Isidore Garon*, le litige porte sur la détermination du tribunal chargé de la mise en œuvre de la protection. À cette fin, il faut, suivant les arrêts *Weber, Regina Police* et *Morin*, interpréter la L.n.t. et examiner la nature du litige.

#### 5. Application des principes aux faits des deux pourvois

[110] La convention collective qui s'applique dans chacun des deux dossiers en cause contient une disposition décrivant la compétence de l'arbitre. Il s'agit de la clause 3-13.05, qui est rédigée ainsi :

3-13.05 L'arbitre décide des griefs conformément aux dispositions de la présente convention collective. Il n'a pas le pouvoir de la modifier, d'y ajouter, d'y soustraire ou d'y suppléer. L'arbitre ne peut accorder de dommages-intérêts dans le cas de congédiement administratif ou de mesures disciplinaires.

[111] L'arbitre qui est saisi du grief d'un employé se plaignant d'un congédiement injustifié dispose de larges pouvoirs. Il peut vérifier le bien-fondé de la décision et la maintenir ou l'annuler (clause 4-14.16). Les clauses 4-14.28 et 5-17.04 de la convention collective limitent cependant l'accès à la procédure de griefs. Ces limites affectent les deux employés visés dans les présents dossiers. Ces clauses ne sont pas contraires à l'ordre public, car elles ne privent pas les employés de la protection prévue à l'art. 124 L.n.t. Ni la L.n.t. ni le C.t. n'interdisent de limiter l'accès à la procédure de griefs.

[112] Les parties n'ont pas intégré de façon générale à leur convention collective les normes établies par la L.n.t. Dans le contexte qui nous occupe, il est intéressant de constater qu'elles y ont cependant intégré une norme externe, la protection contre la discrimination incorporant les motifs prévus à la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (clause 1-4.14).

[113] En l'espèce, pour être en mesure de conclure à l'existence du droit à la procédure de griefs, il faudrait reformuler le texte de la clause d'arbitrage. Une telle opération soulève une question plus vaste.

probationary employees and other employees without job security would have a right to file grievances in relation to all employment standards, or only to some of them, and whether the effect of ss. 81.20 and 102 A.L.S. would be altered by the rewriting of the clause. In the case of s. 81.20 A.L.S., as I mentioned above, the legislature has specified what provisions are incorporated into the collective agreement, but arbitration is available only insofar as the collective agreement so provides. In the case of s. 102, a complaint may be filed only after the recourses arising out of the collective agreement have been exhausted. In short, rewriting the clause could have an impact on several other provisions of the collective agreement. I do not think it is necessary to do that here. There is no provision in the A.L.S. to the effect that the collective agreement must make the grievance procedure available in respect of all the standards established in that statute. On the contrary, the A.L.S. establishes a recourse for cases in which the agreement does not provide for one.

[114] What we are being asked to do here is not simply — as was the case in *McLeod* — to interpret the employer's rights in accordance with a standard applicable under a collective bargaining scheme, but rather to supplant the parties in order to give an arbitrator jurisdiction not provided for in the collective agreement.

## 6. Conclusion

[115] An analysis of the legislature's intention shows that s. 124 A.L.S. cannot be incorporated implicitly into collective agreements. Reading words in is neither required nor even authorized by the A.L.S., the L.C. or the collective agreement. Reading words out is no more appropriate. Restrictions on the arbitration procedure are not contrary to public order, since they do not deprive employees of the protection afforded by the standard and recourse provided for in the A.L.S. To rewrite the collective agreement, it would have to be assumed that the legislature drafted the A.L.S. incoherently. It would also have to be assumed that the Quebec legislature adopted the model of exclusive arbitral jurisdiction for all disputes relating

On pourrait en effet se demander si le droit au grief serait ouvert aux employés en stage probatoire et aux autres employés à statut précaire à l'égard de toutes les normes d'emploi, ou à l'égard de certaines seulement et si les art. 81.20 et 102 L.n.t. seraient touchés par cette reformulation. On se souviendra que, dans le cas de l'art. 81.20 L.n.t., le législateur a prévu ce qui est incorporé à la convention collective, mais le recours à l'arbitrage n'est ouvert que dans la mesure où la convention collective y pourvoit. Dans le cas de l'art. 102, les recours de la convention collective doivent avoir été épuisés. En somme, l'exercice de reformulation est susceptible d'entraîner des conséquences sur plusieurs autres dispositions de la convention collective. Je ne crois pas qu'un tel exercice soit requis ici. Nulle part la L.n.t. n'impose l'obligation d'insérer dans la convention collective l'accès à la procédure de grief pour toutes les normes qu'elle établit. Bien au contraire, la L.n.t. établit un recours pour les cas où la convention n'en prévoit pas.

[114] On ne nous demande pas simplement ici — comme c'était le cas dans *McLeod* — d'interpréter les droits patronaux conformément à une norme qui serait applicable dans un régime de négociation collective, mais plutôt de nous substituer aux parties pour conférer à l'arbitre une compétence qu'il n'a pas aux termes de la convention collective.

## 6. Conclusion

[115] La recherche de l'intention du législateur démontre que l'art. 124 L.n.t. ne peut être incorporé implicitement aux conventions collectives. Aucune interprétation extensive (« *reading in* ») n'est requise ni même autorisée par la L.n.t., le C.t. ou la convention collective. Une interprétation atténuée (« *reading out* ») n'est pas davantage de mise. Les limites à la procédure d'arbitrage ne sont pas contraires à l'ordre public parce qu'elles ne privent pas les employés de la protection de la norme et du recours prévus à la L.n.t. La reformulation de la convention collective reposerait sur l'hypothèse que le législateur a rédigé la L.n.t. de façon incohérente. Elle tiendrait aussi pour acquis que le législateur québécois a retenu le modèle de la compétence

to the application of mandatory legislative standards. These assumptions are unfounded. Parties to a collective agreement can choose to incorporate an adequate protection, and if they do so, the alternative forum provided for in s. 124 A.L.S. will not be available. However, the parties did not choose to do so in respect of the employees concerned in these appeals.

[116] The role of the courts is to interpret legislation in a manner consistent with its purpose. The A.L.S. was enacted to protect employees. Pursuant to the interpretation adopted in these reasons, there is a simple way to achieve that purpose — by referring to the words used and avoiding artificial disputes. The A.L.S. has borrowed from the collective bargaining scheme by including a type of protection found in many collective agreements. There is no justification for holding now that every collective agreement must include that protection. The exception made for cases in which collective agreements afford adequate protection reflects this historical reality. There is no defect in the L.C. or in the A.L.S. or collective agreements that needs to be cured by judicial interpretation. Moreover, as we have seen, the A.L.S. is already a legislative work in progress. It would be inappropriate to accept an interpretation whose effect would be to create weaknesses in a structure that has been built following lengthy debate. The legislature is free to step in to provide for new recourses in respect both of s. 124 A.L.S. and of the other standards. It alone has the authority to do so.

[117] I would dismiss both appeals with costs.

#### APPENDIX

*An Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1*

1. In this Act, unless the context indicates a different meaning,

(4) “agreement” means an individual contract of employment, a collective agreement within the meaning

exclusive de l'arbitre pour tous les litiges liés à l'application des normes législatives impératives. Ces hypothèses ne sont pas fondées. Les parties à une convention collective ont la faculté d'intégrer une protection adéquate qui a pour effet d'écartier le tribunal subsidiaire prévu à l'art. 124 L.n.t. Cette faculté n'a toutefois pas été exercée pour les employés concernés dans les présents pourvois.

[116] Le rôle des tribunaux est d'interpréter les lois d'une manière conforme à leur objet. La L.n.t. est une loi adoptée pour protéger les employés. L'interprétation retenue dans les présents motifs permet de réaliser cet objet de façon simple — en se reportant au texte et en évitant des débats artificiels. La L.n.t. a emprunté au régime de négociation collective une protection figurant dans de nombreuses conventions collectives. Rien ne justifie aujourd'hui d'appliquer un raisonnement qui ferait en sorte que toutes les conventions collectives devraient impérativement contenir cette protection. En fait, la réserve faite pour les cas où les conventions collectives comportent une protection adéquate reflète cette réalité historique. Pas plus le C.t. que la L.n.t. ou les conventions collectives ne comportent de lacune qu'une interprétation judiciaire devrait combler. Par ailleurs, la L.n.t. constitue déjà, on l'a vu, un chantier législatif. Il ne conviendrait pas d'accepter une interprétation qui aurait pour effet de créer des failles dans un édifice érigé au terme de longs débats. Le législateur est libre d'intervenir pour ouvrir de nouvelles voies de recours, tant pour l'art. 124 L.n.t. que pour les autres normes. C'est à lui qu'il revient de le faire.

[117] Je rejetterais les deux appels avec dépens.

#### ANNEXE

*Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1*

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par :

4° « convention » : un contrat individuel de travail, une convention collective au sens du paragraphe *d* de

of paragraph *e* of section 1 of the Labour Code (chapter C-27) or any other agreement relating to conditions of employment, including a Government regulation giving effect thereto;

(10) “employee” means a person who works for an employer and who is entitled to a wage; this word also includes a worker who is a party to a contract, under which he or she

i. undertakes to perform specified work for a person within the scope and in accordance with the methods and means determined by that person;

ii. undertakes to furnish, for the carrying out of the contract, the material, equipment, raw materials or merchandise chosen by that person and to use them in the manner indicated by him or her; and

iii. keeps, as remuneration, the amount remaining to him or her from the sum he has received in conformity with the contract, after deducting the expenses entailed in the performance of that contract;

(12) “uninterrupted service” means the uninterrupted period during which the employee is bound to the employer by a contract of employment, even if the performance of work has been interrupted without cancellation of the contract, and the period during which fixed term contracts succeed one another without an interruption that would, in the circumstances, give cause to conclude that the contract was not renewed.

**81.20.** The provisions of sections 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 and 123.16, with the necessary modifications, are deemed to be an integral part of every collective agreement. An employee covered by such an agreement must exercise the recourses provided for in the agreement, insofar as any such recourse is available to employees under the agreement.

At any time before the case is taken under advisement, a joint application may be made by the parties to such an agreement to the Minister for the appointment of a person to act as a mediator.

The provisions referred to in the first paragraph are deemed to form part of the conditions of employment of every employee appointed under the Public Service Act (chapter F-3.1.1) who is not governed by a collective agreement. Such an employee must exercise the applicable recourse before the Commission de la fonction publique according to the rules of procedure established pursuant to that Act. The Commission de la fonction publique exercises for that purpose the powers provided for in sections 123.15 and 123.16 of this Act.

l'article 1 du Code du travail (chapitre C-27) ou toute autre entente relative à des conditions de travail, y compris un règlement du gouvernement qui y donne effet;

10° « salarié » : une personne qui travaille pour un employeur et qui a droit à un salaire; ce mot comprend en outre le travailleur partie à un contrat en vertu duquel :

i. il s'oblige envers une personne à exécuter un travail déterminé dans le cadre et selon les méthodes et les moyens que cette personne détermine;

ii. il s'oblige à fournir, pour l'exécution du contrat, le matériel, l'équipement, les matières premières ou la marchandise choisis par cette personne, et à les utiliser de la façon qu'elle indique;

iii. il conserve, à titre de rémunération, le montant qui lui reste de la somme reçue conformément au contrat, après déduction des frais d'exécution de ce contrat;

12° « service continu » : la durée ininterrompue pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail, même si l'exécution du travail a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat, et la période pendant laquelle se succèdent des contrats à durée déterminée sans une interruption qui, dans les circonstances, permette de conclure à un non-renouvellement de contrat.

**81.20.** Les dispositions des articles 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 et 123.16 sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective, compte tenu des adaptations nécessaires. Un salarié visé par une telle convention doit exercer les recours qui y sont prévus, dans la mesure où un tel recours existe à son égard.

En tout temps avant le délibéré, une demande conjointe des parties à une telle convention peut être présentée au ministre en vue de nommer une personne pour entreprendre une médiation.

Les dispositions visées au premier alinéa sont aussi réputées faire partie des conditions de travail de tout salarié nommé en vertu de la Loi sur la fonction publique (chapitre F-3.1.1) qui n'est pas régi par une convention collective. Ce salarié doit exercer le recours en découlant devant la Commission de la fonction publique selon les règles de procédure établies conformément à cette loi. La Commission de la fonction publique exerce à cette fin les pouvoirs prévus aux articles 123.15 et 123.16 de la présente loi.

The third paragraph also applies to the members and officers of bodies.

**93.** Subject to any exception allowed by this Act, the labour standards contained in this Act and the regulations are of public order.

In an agreement or decree, any provision that contravenes a labour standard or that is inferior thereto is absolutely null.

**102.** Subject to sections 123 and 123.1, an employee who believes that one of his rights under this Act or a regulation has been violated may file a complaint in writing with the Commission. Such a complaint may also be filed on behalf of an employee who consents thereto in writing by a non-profit organization dedicated to the defence of employees' rights.

If an employee is subject to a collective agreement or a decree, the complainant must then prove to the Commission that he has exhausted his recourses arising out of that agreement or that decree, unless the complaint concerns a condition of employment prohibited by section 87.1; in the latter case, the complainant must prove to the Commission that he has not exercised such recourses or that, having exercised them, he discontinued proceedings before a final decision was rendered.

**122.** No employer or his agent may dismiss, suspend or transfer an employee, practise discrimination or take reprisals against him, or impose any other sanction upon him

(1) on the ground that such employee has exercised one of his rights, other than the right contemplated in section 84.1, under this Act or a regulation;

(1.1) on the ground that an inquiry is being conducted by the Commission in an establishment of the employer;

(2) on the ground that such employee has given information to the Commission or one of its representatives on the application of the labour standards or that he has given evidence in a proceeding related thereto;

(3) on the ground that a seizure by garnishment has been or may be effected against such employee;

(3.1) on the ground that such employee is a debtor of support subject to the Act to facilitate the payment of support (chapter P-2.2);

(4) on the ground that such employee is pregnant;

(5) for the purpose of evading the application of this Act or a regulation;

Le troisième alinéa s'applique également aux membres et dirigeants d'organismes.

**93.** Sous réserve d'une dérogation permise par la présente loi, les normes du travail contenues dans la présente loi et les règlements sont d'ordre public.

Une disposition d'une convention ou d'un décret qui déroge à une norme du travail est nulle de nullité absolue.

**102.** Sous réserve des articles 123 et 123.1, un salarié qui croit avoir été victime d'une atteinte à un droit conféré par la présente loi ou un règlement peut adresser, par écrit, une plainte à la Commission. Une telle plainte peut aussi être adressée, pour le compte d'un salarié qui y consent par écrit, par un organisme sans but lucratif de défense des droits des salariés.

Si un salarié est assujéti à une convention collective ou à un décret, le plaignant doit alors démontrer à la Commission qu'il a épuisé les recours découlant de cette convention ou de ce décret, sauf lorsque la plainte porte sur une condition de travail interdite par l'article 87.1; dans ce dernier cas, le plaignant doit plutôt démontrer à la Commission qu'il n'a pas utilisé ces recours ou que, les ayant utilisés, il s'en est désisté avant qu'une décision finale n'ait été rendue.

**122.** Il est interdit à un employeur ou à son agent de congédier, de suspendre ou de déplacer un salarié, d'exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou de lui imposer toute autre sanction :

1° à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit, autre que celui visé à l'article 84.1, qui lui résulte de la présente loi ou d'un règlement;

1.1° en raison d'une enquête effectuée par la Commission dans un établissement de cet employeur;

2° pour le motif que ce salarié a fourni des renseignements à la Commission ou à l'un de ses représentants sur l'application des normes du travail ou qu'il a témoigné dans une poursuite s'y rapportant;

3° pour la raison qu'une saisie-arrêt a été pratiquée à l'égard du salarié ou peut l'être;

3.1° pour le motif que le salarié est un débiteur alimentaire assujéti à la Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires (chapitre P-2.2);

4° pour la raison qu'une salariée est enceinte;

5° dans le but d'éviter l'application de la présente loi ou d'un règlement;

(6) on the ground that the employee has refused to work beyond his regular hours of work because his presence was required to fulfil obligations relating to the care, health or education of the employee's child or the child of the employee's spouse, or because of the state of health of the employee's spouse, father, mother, brother, sister or one of the employee's grandparents, even though he had taken the reasonable steps within his power to assume those obligations otherwise.

An employer must of his own initiative transfer a pregnant employee if her conditions of employment are physically dangerous to her or her unborn child. The employee may refuse the transfer by presenting a medical certificate attesting that her conditions of employment are not dangerous as alleged.

**123.** An employee who believes he has been the victim of a practice prohibited by section 122 and who wishes to assert his rights must do so before the Commission des normes du travail within 45 days of the occurrence of the practice complained of.

If the complaint is filed within that time to the Commission des relations du travail, failure to file the complaint with the Commission des normes du travail cannot be invoked against the complainant.

**124.** An employee credited with two years of uninterrupted service in the same enterprise who believes that he has not been dismissed for a good and sufficient cause may present his complaint in writing to the Commission des normes du travail or mail it to the address of the Commission des normes du travail within 45 days of his dismissal, except where a remedial procedure, other than a recourse in damages, is provided elsewhere in this Act, in another Act or in an agreement.

If the complaint is filed with the Commission des relations du travail within this period, failure to have presented it to the Commission des normes du travail cannot be set up against the complainant.

**125.** Upon receiving the complaint, the Commission des normes du travail may, with the agreement of the parties, appoint a person who shall endeavour to settle the complaint to the satisfaction of the interested parties. The second and third paragraphs of section 123.3 apply for the purposes of this section.

The Commission des normes du travail may require from the employer a writing containing the reasons for dismissing the employee. It must provide a copy of this writing to the employee, on demand.

6° pour le motif que le salarié a refusé de travailler au-delà de ses heures habituelles de travail parce que sa présence était nécessaire pour remplir des obligations reliées à la garde, à la santé ou à l'éducation de son enfant ou de l'enfant de son conjoint, ou en raison de l'état de santé de son conjoint, de son père, de sa mère, d'un frère, d'une sœur ou de l'un de ses grands-parents, bien qu'il ait pris les moyens raisonnables à sa disposition pour assumer autrement ces obligations.

Un employeur doit, de son propre chef, déplacer une salariée enceinte si les conditions de travail de cette dernière comportent des dangers physiques pour elle ou pour l'enfant à naître. La salariée peut refuser ce déplacement sur présentation d'un certificat médical attestant que ces conditions de travail ne présentent pas les dangers allégués.

**123.** Un salarié qui croit avoir été victime d'une pratique interdite en vertu de l'article 122 et qui désire faire valoir ses droits doit le faire auprès de la Commission des normes du travail dans les 45 jours de la pratique dont il se plaint.

Si la plainte est soumise dans ce délai à la Commission des relations du travail, le défaut de l'avoir soumise à la Commission des normes du travail ne peut être opposé au plaignant.

**124.** Le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la Commission des normes du travail ou la mettre à la poste à l'adresse de la Commission des normes du travail dans les 45 jours de son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention.

Si la plainte est soumise dans ce délai à la Commission des relations du travail, le défaut de l'avoir soumise à la Commission des normes du travail ne peut être opposé au plaignant.

**125.** Sur réception de la plainte, la Commission des normes du travail peut, avec l'accord des parties, nommer une personne qui tente de régler la plainte à la satisfaction des intéressés. Les deuxième et troisième alinéas de l'article 123.3 s'appliquent aux fins du présent article.

La Commission des normes du travail peut exiger de l'employeur un écrit contenant les motifs du congédiement du salarié. Elle doit, sur demande, fournir une copie de cet écrit au salarié.

**126.** If no settlement is reached following receipt of the complaint by the Commission des normes du travail, the Commission des normes du travail shall, without delay, refer the complaint to the Commission des relations du travail.

**126.1.** The Commission des normes du travail may, in a proceeding under this division, represent an employee who does not belong to a group of employees to which certification has been granted under the Labour Code (chapter C-27).

*Labour Code, R.S.Q., c. C-27*

**1.** In this Code, unless the context requires otherwise, the following expressions mean:

. . . .

(f) “grievance”: any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement;

**62.** The collective agreement may contain any provision respecting conditions of employment which is not contrary to public order or prohibited by law.

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

The arbitrator appointed by the Minister is selected from the list contemplated in section 77.

Except where provided to the contrary, the provisions of this division prevail over the provisions of any collective agreement in case of incompatibility.

**100.12.** In the exercise of his duties the arbitrator may

(a) interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance;

. . . .

**114.** The Commission is responsible for ensuring the diligent and efficient application of the provisions of this Code and exercising the other functions assigned to it under this Code or any other Act.

**126.** Si aucun règlement n’intervient à la suite de la réception de la plainte par la Commission des normes du travail, cette dernière défère sans délai la plainte à la Commission des relations du travail.

**126.1.** La Commission des normes du travail peut, dans une instance relative à la présente section, représenter un salarié qui ne fait pas partie d’un groupe de salariés visé par une accréditation accordée en vertu du Code du travail (chapitre C-27).

*Code du travail, L.R.Q., ch. C-27*

**1.** Dans le présent code, à moins que le contexte ne s’y oppose, les termes suivants signifient :

. . . .

f) « grief » : toute mésentente relative à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective;

. . . .

**62.** La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n’est pas contraire à l’ordre public ni prohibée par la loi.

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

L’arbitre nommé par le ministre est choisi sur la liste prévue à l’article 77.

Sauf disposition contraire, les dispositions de la présente section prévalent, en cas d’incompatibilité, sur les dispositions de toute convention collective.

**100.12.** Dans l’exercice de ses fonctions l’arbitre peut :

a) interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d’un grief;

. . . .

**114.** La Commission est chargée d’assurer l’application diligente et efficace du présent code et d’exercer les autres fonctions que celui-ci et toute autre loi lui attribuent.

Except as regards the provisions of sections 111.0.1 to 111.2, sections 111.10 to 111.20 and Chapter IX, the Commission shall hear and dispose, to the exclusion of any court or tribunal, of any complaint for a contravention of this Code, of any proceedings brought pursuant to the provisions of this Code or any other Act and of any application made to the Commission in accordance with this Code or any other Act. Proceedings brought before the Commission pursuant to another Act are listed in Schedule I.

For such purposes, the Commission shall exercise the functions, powers or duties assigned to it by this Code or any other Act.

#### SCHEDULE I

In addition to the proceedings brought under this Code, the Commission shall hear and decide proceedings under

. . .

(15) sections 86.1, 123.4, 123.9, 123.12 and 126 of the Act respecting labour standards (chapter N-1.1);

*Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14

**64.5** (1) If an employer enters into a collective agreement, the Act is enforceable against the employer with respect to the following matters as if it were part of the collective agreement:

1. A contravention of or failure to comply with the Act that occurs when the collective agreement is in force.

. . .

(2) An employee to whom a collective agreement applies (including an employee who is not a member of the trade union) is not entitled to file or maintain a complaint under the Act.

(3) Despite subsection (2), the Director may permit an employee to file or maintain a complaint under the Act if the Director considers it appropriate in the circumstances.

(4) An employee to whom a collective agreement applies (including an employee who is not a member of the trade union) is bound by a decision of the trade union with respect to the enforcement of the Act under the collective agreement, including a decision not to seek the enforcement of the Act.

. . .

Sauf pour l'application des dispositions prévues aux articles 111.0.1 à 111.2, 111.10 à 111.20 et au chapitre IX, la Commission connaît et dispose, à l'exclusion de tout tribunal, d'une plainte alléguant une contravention au présent code, de tout recours formé en application des dispositions du présent code ou d'une autre loi et de toute demande qui lui est faite conformément au présent code ou à une autre loi. Les recours formés devant la Commission en application d'une autre loi sont énumérés à l'annexe I.

À ces fins, la Commission exerce les fonctions, pouvoirs et devoirs qui lui sont attribués par le présent code et par toute autre loi.

#### ANNEXE I

En plus des recours formés en vertu du présent code, la Commission connaît et dispose des recours formés en vertu :

. . .

15° des articles 86.1, 123.4, 123.9, 123.12 et 126 de la Loi sur les normes du travail (chapitre N-1.1);

*Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14

**64.5** (1) Si un employeur conclut une convention collective, la Loi s'applique à l'employeur à l'égard des questions suivantes comme si elle faisait partie de la convention collective :

1. Une contravention à la Loi, ou l'inobservation de celle-ci, qui est commise pendant que la convention collective est en vigueur.

. . .

(2) L'employé à qui une convention collective s'applique (y compris l'employé qui n'est pas membre du syndicat) n'a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la Loi.

(3) Malgré le paragraphe (2), le directeur peut permettre à un employé de déposer ou de maintenir une plainte en vertu de la Loi s'il estime qu'il est opportun de ce faire dans les circonstances.

(4) L'employé à qui une convention collective s'applique (y compris l'employé qui n'est pas membre du syndicat) est lié par une décision prise par le syndicat relativement à l'application de la Loi en vertu de la convention, y compris une décision de ne pas tenter d'appliquer la Loi.

. . .

*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A

48. (1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

. . .

(12) An arbitrator or the chair of an arbitration board, as the case may be, has power,

. . .

- (j) to interpret and apply human rights and other employment-related statutes, despite any conflict between those statutes and the terms of the collective agreement.

Collective agreement for government employees between the Government of Quebec and the Syndicat de la fonction publique du Québec, 1998-2002

[TRANSLATION]

1-4.14 The parties agree that every employee has a right to the full and equal recognition and exercise of his or her human rights and freedoms and that, to this end, the employer, the union and their respective representatives must not threaten, coerce, discriminate against or harass any employee on any of the grounds set out in the Charter of human rights and freedoms, on the ground of pregnancy or because of the exercise of a right conferred on the employee by this collective agreement.

The mechanisms provided for in the Charter of human rights and freedoms will be the employee's only effective recourse where the employee invokes any of the grounds set out in the Charter. However, that recourse may not limit the evidence that may be submitted to the grievance arbitrator at the hearing into a grievance.

3-13.05 The arbitrator must decide grievances in accordance with the provisions of this collective agreement. The arbitrator does not have the power to vary, add to, delete from or supplement this agreement. The arbitrator may not award damages in the case of an administrative dismissal or of disciplinary action.

*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A

48. (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue violation de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

. . .

(12) L'arbitre ou le président d'un conseil d'arbitrage, selon le cas, a le pouvoir :

. . .

- j) d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective.

Convention collective de travail des fonctionnaires intervenue entre le gouvernement du Québec et le Syndicat de la fonction publique du Québec, 1998-2002

1-4.14 Les parties conviennent que tout employé a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne et qu'à cette fin il n'y aura aucune menace, contrainte, discrimination ou harcèlement par l'employeur, le syndicat ou leurs représentants respectifs, contre un employé pour l'un ou l'autre des motifs prévus à la Charte des droits et libertés de la personne ou pour son état de grossesse ou pour l'exercice d'un droit que lui reconnaît la présente convention collective.

Les mécanismes prévus à la Charte des droits et libertés de la personne constituent pour l'employé l'unique recours utile lorsqu'il invoque l'un des motifs mentionnés à ladite Charte. Toutefois, ce recours ne peut limiter la preuve qui peut être faite devant l'arbitre de griefs lors de l'audition d'un grief.

3-13.05 L'arbitre décide des griefs conformément aux dispositions de la présente convention collective. Il n'a pas le pouvoir de la modifier, d'y ajouter, d'y soustraire ou d'y suppléer. L'arbitre ne peut accorder de dommages-intérêts dans le cas de congédiement administratif ou de mesures disciplinaires.

4-14.16 The employee may, within thirty (30) days after the effective date of his or her demotion or dismissal, initiate the grievance procedure to contest the validity of the reasons given by the Deputy Minister.

Only facts related to the reasons mentioned in the written notice may be alleged in an arbitration proceeding.

The arbitrator may confirm or set aside the decision.

Should the arbitrator confirm the demotion, the arbitrator may, at the complainant's request, ask the chair of the Conseil du trésor to examine the employee's qualifications and give an opinion as to the classification that is best suited to those qualifications.

On receiving the opinion of the chair of the Conseil du trésor, the arbitrator may order that the demotion already in effect be replaced with one to the classification indicated in that notice.

4-14.21 Any disciplinary action may be grieved by the employee on whom it is imposed in accordance with the grievance procedure, on condition that grievances concerning suspension or dismissal are submitted within thirty (30) days after the suspension or dismissal takes effect.

4-14.28 The provisions of this division apply to casual or seasonal employees in the following manner:

- articles 4-14.01 to 4-14.06 apply only to seasonal or casual employees hired for periods of one (1) year or more and only for the periods actually worked;
- articles 4-14.07 to 4-14.20 do not apply to casual or seasonal employees;
- articles 4-14.21 to 4-14.27 apply only to seasonal or casual employees hired for periods of one (1) year or more.

Despite the foregoing, articles 4-14.01 to 4-14.06 and 4-14.21 to 4-14.27 apply to casual employees hired for periods of less than one (1) year who have twelve (12) months of service or more.

5-17.04 A decision by the Deputy Minister to terminate the employment of a temporary employee during or at the end of the probationary period provided for in section 13 of the Public Service Act or in the Directive concernant la classification des emplois de la fonction publique et sa gestion may not be grieved unless the

4-14.16 L'employé peut dans les trente (30) jours suivant l'entrée en vigueur de sa rétrogradation ou de son congédiement, recourir à la procédure de règlement de griefs pour contester le bien-fondé des motifs donnés par le sous-ministre.

Seuls les faits se rapportant aux motifs mentionnés dans l'écrit peuvent être allégués à l'occasion d'un arbitrage.

L'arbitre peut maintenir ou annuler la décision rendue.

Dans le cas où l'arbitre maintient la rétrogradation, il peut, à la demande du plaignant, demander au Président du Conseil du trésor de lui donner un avis sur le classement qu'il juge le plus en rapport avec les aptitudes de l'employé après les avoir vérifiées.

Sur réception de l'avis, l'arbitre peut ordonner que la rétrogradation déjà effectuée soit remplacée par une autre qui se fait à la classe d'emplois indiquée dans l'avis du Président du Conseil du trésor.

4-14.21 Toute mesure disciplinaire peut faire l'objet d'un grief de la part de l'employé à qui elle est imposée, conformément à la procédure de règlement de griefs sous réserve que les griefs de suspension et de congédiement sont soumis dans les trente (30) jours suivant la date d'entrée en vigueur de la suspension ou du congédiement.

4-14.28 Les dispositions de la présente section s'appliquent à l'employé occasionnel ou saisonnier de la façon suivante :

- les dispositions des articles 4-14.01 à 4-14.06 ne s'appliquent qu'à l'employé saisonnier ou occasionnel embauché pour une période d'un (1) an ou plus et ce, pour les périodes effectivement travaillées;
- les dispositions des articles 4-14.07 à 4-14.20 ne s'appliquent pas à l'employé occasionnel ou saisonnier;
- les dispositions des articles 4-14.21 à 4-14.27 ne s'appliquent qu'à l'employé saisonnier ou occasionnel embauché pour une période d'un (1) an ou plus.

Malgré ce qui précède, les dispositions des articles 4-14.01 à 4-14.06 et 4-14.21 à 4-14.27 s'appliquent à l'employé occasionnel embauché pour une période de moins d'un (1) an qui a douze (12) mois de service et plus.

5-17.04 La décision du sous-ministre de mettre fin à l'emploi d'un employé temporaire au cours ou à la fin du stage probatoire prévu à l'article 13 de la Loi sur la fonction publique ou à la Directive concernant la classification des emplois de la fonction publique et sa gestion, ne peut faire l'objet d'un grief sauf si sa décision

purpose of the decision is to avoid the application of the second paragraph of this article.

However, following that probationary period, the Deputy Minister may lay off a temporary employee only because of a shortage of work, as a result of work-force reduction or under Chapter 6-0.00.

*Appeals allowed with costs, MCLACHLIN C.J. and BINNIE, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Grondin, Poudrier, Bernier, Québec.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Quebec, Montréal.*

*Solicitors for the intervenor Commission des normes du travail: Poirier, Rivest, Fradette, Montréal.*

*Solicitors for the intervenor Confédération des syndicats nationaux: Pepin et Roy Avocats, Montréal.*

a pour but d'éviter l'application du deuxième alinéa du présent article.

Toutefois, après ce stage probatoire, le sous-ministre ne peut procéder à la mise à pied d'un employé temporaire que pour la raison qu'il y a manque de travail ou par suite d'une réduction d'effectifs ou en application des dispositions du chapitre 6-0.00.

*Pourvois accueillis avec dépens, la juge en chef MCLACHLIN et les juges BINNIE, DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Grondin, Poudrier, Bernier, Québec.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission des normes du travail : Poirier, Rivest, Fradette, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Pepin et Roy Avocats, Montréal.*

**Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy and Fédération des enseignantes et enseignants de Cégep** *Appellants*

v.

**Attorney General of Quebec and Cégep de Ste-Foy** *Respondents*

and

**Confédération des syndicats nationaux** *Intervener*

**INDEXED AS: SYNDICAT DES PROFESSEURS DU CÉGEP DE STE-FOY v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)**

**2010 SCC 29**

File No.: 32773.

2009: October 20; 2010: July 29.

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

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

*Labour relations—Wrongful dismissal—Recourse—Jurisdiction of arbitrator or Commission des relations du travail — Act respecting labour standards establishing recourse before Commission des relations du travail in case of dismissal without good and sufficient cause, except where equivalent remedial procedure provided for elsewhere in legislation or in agreement — Grievance filed in which it was alleged that withdrawal of employee's employment priority constituted dismissal without good and sufficient cause — Whether labour standard prohibiting wrongful dismissal implicitly incorporated into collective agreement — Whether arbitrator or Commission has jurisdiction over complaint — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.*

The union filed a grievance against the Cégep's decision to withdraw employment priority from a teacher, alleging that there was no reasonable basis for the decision within the meaning of clause 5-1.09 of the collective agreement. At the arbitration hearing, however, the union asked the arbitrator to find that clause 5-1.09

**Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy et Fédération des enseignantes et enseignants de Cégep** *Appellants*

c.

**Procureur général du Québec et Cégep de Ste-Foy** *Intimés*

et

**Confédération des syndicats nationaux** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : SYNDICAT DES PROFESSEURS DU CÉGEP DE STE-FOY c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2010 CSC 29**

N<sup>o</sup> du greffe : 32773.

2009 : 20 octobre; 2010 : 29 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Relations de travail — Congédiement injustifié — Recours — Compétence de l'arbitre ou de la Commission des relations du travail — Loi sur les normes du travail accordant un recours en cas de renvoi sans cause juste et suffisante devant la Commission des relations du travail, saufs'il existe une procédure de réparation équivalente ailleurs dans une loi ou une convention — Dépôt d'un grief alléguant que le retrait de la priorité d'emploi à un employé constitue un congédiement sans cause juste et suffisante — La norme du travail interdisant le congédiement injustifié est-elle incorporée implicitement dans la convention collective? — La plainte relève-t-elle de la compétence de l'arbitre ou de la Commission? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.*

Le syndicat dépose un grief à l'encontre de la décision du Cégep de retirer la priorité d'emploi à un enseignant au motif que cette décision n'est pas fondée sur un motif raisonnable au sens de la clause 5-1.09 de la convention collective. Au cours de l'audience arbitrale, le syndicat demande cependant que la clause 5-1.09 soit

was inapplicable on the ground that the withdrawal of employment priority constituted dismissal and that the applicable legal requirement, as provided for in s. 124 of the *Act respecting labour standards* (“A.L.S.”), was accordingly that there be a good and sufficient cause. The arbitrator found that there had been a reasonable basis, within the meaning of clause 5-1.09 of the collective agreement, for the withdrawal of employment priority. She declared that she did not have jurisdiction to apply s. 124 A.L.S. The Superior Court upheld the arbitrator’s decision and dismissed the motion for judicial review. The Court of Appeal also held that s. 124 A.L.S. is not implicitly incorporated into the collective agreement and dismissed the union’s appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* LeBel, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.: For the reasons given in *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61, the argument that the standard established in s. 124 A.L.S. is incorporated into the collective agreement cannot be accepted. If the clause in issue is viewed in the context of the agreement as a whole, it cannot be found to be contrary to public order. It concerns a specific type of termination of the employment relationship, and it would be best to interpret and apply this clause without engaging prematurely in a theoretical debate about whether it is equivalent to the standard established in s. 124.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: As is explained in *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, a collective agreement can contain a provision that adequately protects employees with two years of uninterrupted service from being dismissed without good and sufficient cause. Where that is the case, the arbitrator will apply the provisions of the collective agreement, and what is involved is not implicit incorporation of the legislative standard, since the protection is already provided for in the agreement. Where an agreement does not contain a provision that protects employees adequately, the Commission des relations du travail is the exclusive forum for hearing complaints presented by employees who allege that they have been dismissed without good and sufficient cause.

In this appeal, the parties have focussed on the question whether s. 124 A.L.S. is implicitly incorporated into the collective agreement. The union does not dispute the arbitrator’s conclusion that the standard provided for in clause 5-1.09 for reviewing the employer’s decision is not the same as the standard established in s. 124 A.L.S. And the employer supports that conclusion.

déclarée inopposable puisqu’à son avis le retrait de la priorité d’emploi constitue un congédiement et que la règle de droit applicable est alors celle de l’existence d’une cause juste et suffisante, tel que le prévoit l’art. 124 de la *Loi sur les normes du travail* (« L.n.t. »). L’arbitre conclut que le retrait de la priorité d’emploi est fondé sur un motif raisonnable suivant la clause 5-1.09 de la convention collective. Elle se déclare sans compétence pour appliquer l’art. 124 L.n.t. La Cour supérieure confirme la décision de l’arbitre et rejette la requête en révision judiciaire. La Cour d’appel conclut également que l’art. 124 L.n.t. n’est pas incorporé implicitement à la convention collective et rejette le pourvoi du syndicat.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* LeBel, Fish, Abella, Charron et Cromwell : Pour les motifs exprimés dans les affaires *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61, la thèse de l’incorporation à la convention collective de la norme établie par l’art. 124 L.n.t. doit être écartée. Interprétée dans le contexte de l’ensemble des dispositions de la convention, la clause en litige ne saurait être considérée comme contraire à l’ordre public. Elle traite d’un type particulier de cessation du lien d’emploi et il est préférable d’interpréter et d’appliquer cette clause sans s’engager prématurément dans un débat théorique sur l’équivalence de celle-ci par rapport à la norme de l’art. 124.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : Tel qu’expliqué dans *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, la convention collective peut contenir une disposition permettant de protéger adéquatement un employé qui cumule deux ans de service continu contre un congédiement effectué sans une cause juste et suffisante. Dans un tel cas, l’arbitre applique les dispositions de la convention collective et il n’est alors pas question d’incorporation implicite de la norme législative, puisque la protection figure déjà dans la convention. Si celle-ci ne comporte pas de disposition assurant adéquatement cette protection, la Commission des relations du travail est le tribunal chargé en exclusivité d’entendre la plainte d’un employé qui prétend avoir été congédié sans une cause juste et suffisante.

En l’espèce, les parties ont concentré leurs efforts sur la question de l’incorporation implicite de l’art. 124 L.n.t. à la convention collective. Le syndicat ne conteste pas la conclusion de l’arbitre suivant laquelle la norme de révision de la décision de l’employeur prévue à la clause 5-1.09 diffère de celle prévue à l’art. 124 L.n.t. Pour sa part, l’employeur défend cette conclusion. Puisque

Since the parties have focussed more on the theoretical question than on the application of clause 5-1.09 of the collective agreement, it is not appropriate to discuss the wording of that clause. In future cases, however, the clauses of the collective agreement should be reviewed by flexibly applying the criteria adopted by the courts for determining whether the arbitrator has jurisdiction rather than the Commission des relations du travail and the procedure of s. 124 is therefore inapplicable. These criteria are that (1) the procedure must be mandatory, (2) the recourse must bear some similarity to the recourse provided for in s. 124, and (3) the authority adjudicating the dispute must have powers that are at least equivalent to those of the forum provided for in the A.L.S.

### Cases Cited

By LeBel J.

**Applied:** *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61.

By Deschamps J.

**Applied:** *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61; **referred to:** *Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières v. Université du Québec à Trois-Rivières*, 2010 SCC 30, [2010] 2 S.C.R. 132; *Québec (Procureur général) v. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 93, 124.

*Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, ss. 62, 114, Sch. I.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Morin and Rochon J.J.A.), 2008 QCCA 1057, [2008] J.Q. n° 4940 (QL), 2008 CarswellQue 4906, affirming a decision of Lesage J., 2007 QCCS 1191, [2007] J.Q. n° 2232 (QL), 2007 CarswellQue 2167, dismissing an application for judicial review of an arbitrator's decision. Appeal dismissed.

*Claudine Morin and Marie-Claude Morin*, for the appellants.

*Michel Déom*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

les parties se sont attachées à la question de principe plus qu'à l'application de cette clause de la convention collective, il n'est pas opportun de débattre du texte de la clause 5-1.09. Cependant, dans de futurs litiges, il y aurait lieu de réexaminer les clauses de la convention collective en appliquant avec souplesse les critères retenus par la jurisprudence pour déterminer si l'arbitre plutôt que la Commission des relations du travail a compétence, rendant ainsi inapplicable la procédure prévue à l'art. 124. Selon ces critères, (1) la procédure doit revêtir un caractère obligatoire, (2) le recours doit comporter une certaine similitude avec le recours de l'art. 124 et (3) l'autorité appelée à trancher le différend doit posséder des pouvoirs au moins équivalents à ceux du tribunal prévu par la L.n.t.

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêt appliqué :** *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61.

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt appliqué :** *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61; **arrêts mentionnés :** *Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières*, 2010 CSC 30, [2010] 2 R.C.S. 132; *Québec (Procureur général) c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005.

### Lois et règlements cités

*Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 62, 114, ann. I.

*Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 93, 124.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Morin et Rochon), 2008 QCCA 1057, [2008] J.Q. n° 4940 (QL), 2008 CarswellQue 4906, qui a confirmé une décision du juge Lesage, 2007 QCCS 1191, [2007] J.Q. n° 2232 (QL), 2007 CarswellQue 2167, rejetant la requête en révision judiciaire d'une sentence arbitrale. Pourvoi rejeté.

*Claudine Morin et Marie-Claude Morin*, pour les appelants.

*Michel Déom*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

*Nancy Bergeron*, for the respondent Cégep de Ste-Foy.

*Gérard Notebaert* and *Isabelle Lacas*, for the interveners.

English version of the judgment of LeBel, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ. delivered by

[1] LEBEL J. — In this case, the appellants raise the fact that, as provided for in clause 5-1.09 of the collective agreement between the Fédération des enseignantes et enseignants de Cégep FEC (CEQ) and the Comité patronal de négociation des collègues (CPNC), certain classes of teachers are precluded from grieving decisions not to grant them employment priority. That clause is one of a complex set of provisions relating to job security in Quebec's college education sector.

[2] As I explain in my reasons in *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61, I cannot accept the argument that the standard established in s. 124 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, is incorporated into the collective agreement. If the clause in issue is viewed in the context of the agreement as a whole, it cannot be found to be contrary to public order. The clause concerns a specific type of termination of the employment relationship. It would be best to interpret and apply this provision without engaging prematurely in a theoretical debate about whether it is equivalent to the standard established in s. 124.

[3] For these reasons, I would dismiss the appeal without costs.

English version of the reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. delivered by

[4] DESCHAMPS J. — This appeal raises the same issue as *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61 (“S.F.P.Q.”), and *Syndicat*

*Nancy Bergeron*, pour l’intimé le Cégep de Ste-Foy.

*Gérard Notebaert* et *Isabelle Lacas*, pour l’intervenante.

Le jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Cromwell a été rendu par

[1] LE JUGE LEBEL — Dans le présent dossier, les appelants soulèvent l’impossibilité pour certaines catégories d’enseignants de déposer un grief à l’encontre du non-octroi de la priorité d’emploi, tel que le prévoit la clause 5-1.09 de la convention collective intervenue entre la Fédération des enseignantes et enseignants de Cégep FEC (CEQ) et le Comité patronal de négociation des collègues (CPNC). Cette clause fait partie d’un ensemble complexe de dispositions relatives à l’aménagement de la sécurité d’emploi dans le secteur de l’enseignement collégial au Québec.

[2] Pour les raisons que j’expose dans les dossiers *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61, j’ai écarté la thèse de l’incorporation à la convention collective de la norme établie par l’art. 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1. Interprétée dans le contexte de l’ensemble des dispositions de la convention, la clause en litige ne saurait être considérée comme contraire à l’ordre public. En effet, elle traite d’un type particulier de cessation du lien d’emploi. Il est préférable d’interpréter et d’appliquer cette disposition sans chercher à s’engager prématurément dans un débat théorique sur l’équivalence de celle-ci par rapport à la norme de l’art. 124.

[3] Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi sans dépens.

Les motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps et Rothstein ont été rendus par

[4] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi soulève la même question que les affaires *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010]

*des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières v. Université du Québec à Trois-Rivières*, 2010 SCC 30, [2010] 2 S.C.R. 132. The Court must determine whether s. 124 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 (“A.L.S.”), is incorporated into the collective agreement and can therefore be applied by a grievance arbitrator. The first paragraph of s. 124 reads as follows:

**124.** An employee credited with two years of uninterrupted service in the same enterprise who believes that he has not been dismissed for a good and sufficient cause may present his complaint in writing to the Commission des normes du travail or mail it to the address of the Commission des normes du travail within 45 days of his dismissal, except where a remedial procedure, other than a recourse in damages, is provided elsewhere in this Act, in another Act or in an agreement.

[5] The applicable principles are explained in *S.F.P.Q.*, in which I conclude that although s. 124 is a provision of public order, this does not mean that only an arbitrator has jurisdiction to enforce the protection against dismissal without good and sufficient cause in a collective bargaining context. Where no adequate procedure is provided for in the collective agreement, the legislature has conferred exclusive jurisdiction to hear complaints against such dismissals on the Commission des relations du travail (“C.R.T.”).

[6] The provisions of the collective agreement between the parties to this appeal differ from those that apply in *S.F.P.Q.*

#### 1. Facts

[7] The relevant facts are as follows. In December 2001, the respondent employer, the Cégep de Ste-Foy, withdrew employment priority from Alain Prévost, a teacher. The appellant Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy (“union”) grieved that decision, relying on a clause of the collective agreement pursuant to which a teacher who has held a full-time position for two years or has at least three years of seniority may contest the withdrawal of employment priority by the employer before an arbitrator on the ground that there was no

2 R.C.S. 61 (« *S.F.P.Q.* »), et l’affaire *Syndicat des professeurs et des professeures de l’Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières*, 2010 CSC 30, [2010] 2 R.C.S. 132. La Cour doit décider si l’art. 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1 (« L.n.t. »), est intégré à la convention collective, donnant ainsi à l’arbitre de griefs compétence pour l’appliquer. Voici le texte du premier alinéa de cette disposition :

**124.** Le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la Commission des normes du travail ou la mettre à la poste à l’adresse de la Commission des normes du travail dans les 45 jours de son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention.

[5] Les principes applicables sont expliqués dans *S.F.P.Q.* J’y conclus que, bien que cette disposition soit d’ordre public, cela n’emporte pas que, dans le cadre d’un régime de négociation collective, seul un arbitre est compétent pour faire respecter la protection contre les congédiements effectués sans une cause juste et suffisante. En l’absence de procédure adéquate dans la convention collective, le législateur a confié en exclusivité à la Commission des relations du travail (« C.R.T. ») la responsabilité de connaître des plaintes fondées sur ce motif.

[6] Les dispositions de la convention collective liant les parties au présent pourvoi diffèrent de celles applicables dans *S.F.P.Q.*

#### 1. Faits

[7] Les faits pertinents sont les suivants. En décembre 2001, le Cégep de Ste-Foy, l’employeur intimé en l’espèce, retire à M. Alain Prévost, un enseignant, la priorité d’emploi. L’appelant le Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy (« Syndicat ») conteste cette décision par voie de grief. Il invoque la clause de la convention collective qui permet à un enseignant qui a occupé une charge à temps complet pendant deux années ou qui possède au moins trois années d’ancienneté de contester devant un arbitre le retrait par son

reasonable basis for the employer's decision. Clause 5-1.09 of the agreement reads as follows:

[TRANSLATION] A decision not to grant a non-permanent teacher the employment priority provided for in clauses 5-4.17, 8-6.03 and 8-7.01 may be grieved only if the teacher has held a full-time position at the college for two (2) years or has accumulated three (3) or more years of seniority at the college for the purposes of the provisions relating to job security; in such a case, the college must prove that there was a reasonable basis for its decision. [Emphasis added.]

At the arbitration hearing, however, the union asked the arbitrator to find that clause 5-1.09 was inapplicable in light of s. 62 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, and ss. 93 and 124 A.L.S. According to the union, since the withdrawal of employment priority constituted dismissal, the applicable legal requirement, as provided for in s. 124 A.L.S., was that there be a good and sufficient cause.

[8] The employer argued that the withdrawal of employment priority did not constitute dismissal. It disputed the argument that clause 5-1.09 was contrary to public order, since the recourse in s. 124 A.L.S. continued to be available. In its view, clause 5-1.09 was not a recourse equivalent to the one in s. 124, and the arbitrator did not have jurisdiction to apply s. 124. The employer argued that only the C.R.T. had jurisdiction to apply s. 124 in this case.

## 2. Decisions Below

### 2.1 *Decision of the Grievance Arbitrator*

[9] After hearing the parties, Arbitrator Francine Beaulieu found that there had been a reasonable basis, within the meaning of clause 5-1.09 of the collective agreement, for the withdrawal of employment priority. She then considered whether she had jurisdiction to apply s. 124 A.L.S. She found that, in reality, the withdrawal of employment priority could be equated with dismissal. She held that she had the power to consider any Act to the extent necessary to settle a grievance, but she concluded that she did not have jurisdiction to apply s. 124 A.L.S.

employeur de la priorité d'emploi au motif que cette décision ne serait pas fondée sur un motif raisonnable. La clause 5-1.09 est rédigée ainsi :

Le non-octroi, à une enseignante ou un enseignant non permanent, de la priorité d'emploi prévue aux clauses 5-4.17, 8-6.03 et 8-7.01 n'est pas matière à grief sauf pour l'enseignante ou l'enseignant qui a occupé une charge à temps complet au collège pendant deux (2) années ou qui a accumulé au collège trois (3) années d'ancienneté ou plus aux fins des modalités de la sécurité d'emploi; il appartient alors au Collège d'établir que sa décision est fondée sur un motif raisonnable. [Je souligne.]

Au cours de l'audience arbitrale, le Syndicat demande cependant que la clause 5-1.09 soit déclarée inopposable en vertu de l'art. 62 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, et des art. 93 et 124 L.n.t. Selon le Syndicat, comme le retrait de la priorité d'emploi constitue un congédiement, la règle de droit applicable est celle de l'existence d'une cause juste et suffisante, tel qu'il est précisé à l'art. 124 L.n.t.

[8] De son côté, l'employeur soutient que le retrait de la priorité d'emploi ne constitue pas un congédiement. Il conteste l'argument suivant lequel la clause 5-1.09 serait contraire à l'ordre public, puisque le recours de l'art. 124 L.n.t. n'est pas écarté. Selon lui, la clause 5-1.09 ne constitue pas un recours équivalent à celui de l'art. 124 et l'arbitre n'a pas compétence pour appliquer cette dernière disposition. Il plaide qu'en l'espèce seule la C.R.T. a compétence pour appliquer l'art. 124.

## 2. Décisions des juridictions inférieures

### 2.1 *Sentence de l'arbitre de griefs*

[9] Après avoir entendu les parties, l'arbitre Francine Beaulieu conclut que le retrait de la priorité d'emploi est fondé sur un motif raisonnable suivant la clause 5-1.09 de la convention collective. Elle se demande ensuite si elle a compétence pour appliquer l'art. 124 L.n.t. Elle estime que le retrait de la priorité d'emploi est, dans les faits, assimilable à un congédiement. Elle statue qu'elle a le pouvoir d'examiner toute loi dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief, mais conclut qu'elle n'a pas compétence pour appliquer

because the collective agreement provided for no [TRANSLATION] “other remedial procedure entitling an employee to have the withdrawal of his or her employment priority reviewed on the basis of a labour standard similar to the standard of good and sufficient cause established in [s. 124 A.L.S.]”. According to the arbitrator, “to decide otherwise would be to contradict the legislature’s choice to confer exclusive jurisdiction on the [C.R.T.] in such matters”.

## 2.2 *Judgment of the Superior Court*

[10] Lesage J. dismissed the motion for judicial review: 2007 QCCS 1191 (CanLII). Although he found that clause 5-1.09 of the collective agreement had nothing to do with the dismissal of a teacher but instead governed the withdrawal of employment priority, he took note of the arbitrator’s finding that, [TRANSLATION] “in reality”, the withdrawal of employment priority amounted to dismissal (para. 21). Lesage J. held that the arbitrator had correctly decided that she lacked jurisdiction to apply the standard established in s. 124 A.L.S. because no equivalent procedure was provided for in the collective agreement. He therefore concluded that pursuant to s. 114 of and Schedule I to the *Labour Code*, the C.R.T. had exclusive jurisdiction to decide the complaint.

## 2.3 *Decision of the Court of Appeal (Baudouin, Morin and Rochon JJ.A.)*

[11] For the reasons it gave in *Québec (Procureur général) v. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005, the Court of Appeal dismissed the appeal: 2008 QCCA 1057 (CanLII).

## 3. Positions of the Parties

[12] In this Court, the parties reiterate the arguments raised in *S.F.P.Q.* The employer also argues that the withdrawal of employment priority does not have the effect of terminating employment, and that the mechanism provided for in clause 5-1.09 is not an appropriate procedure for presenting a complaint of dismissal without good and sufficient cause.

l’art. 124 L.n.t., étant donné que la convention collective ne comporte pas « d’autre procédure de réparation permettant au salarié de faire examiner son retrait de priorité d’emploi sous la base de la norme du travail similaire à celle de la cause juste et suffisante de [l’art. 124 L.n.t.] ». Selon l’arbitre, « décider autrement irait à l’encontre du choix du législateur de confier l’exclusivité de cette compétence à la [C.R.T.] ».

## 2.2 *Jugement de la Cour supérieure*

[10] Le juge Lesage rejette la requête en révision judiciaire : 2007 QCCS 1191 (CanLII). Bien que, selon lui, la clause 5-1.09 de la convention collective ne concerne nullement le congédiement de l’enseignant, mais encadre plutôt le retrait de la priorité d’emploi, il note la conclusion de l’arbitre selon laquelle, « dans les faits », le retrait de la priorité d’emploi équivaut à un congédiement (par. 21). Le juge Lesage statue que l’arbitre a eu raison de décider qu’elle n’avait pas compétence pour appliquer la norme de l’art. 124 L.n.t., puisque aucune procédure équivalente n’est prévue à la convention collective. Dans ce cas, il conclut que l’art. 114 et l’annexe I du *Code du travail* prévoient qu’il appartient de manière exclusive à la C.R.T. de décider de la plainte.

## 2.3 *Arrêt de la Cour d’appel (les juges Baudouin, Morin et Rochon)*

[11] Pour les motifs qu’elle expose dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005, la Cour d’appel rejette le pourvoi : 2008 QCCA 1057 (CanLII).

## 3. Positions des parties

[12] Devant notre Cour, les parties reprennent les arguments avancés dans *S.F.P.Q.* L’employeur plaide en outre que le retrait de la priorité d’emploi n’a pas pour effet de mettre fin à l’emploi et que le mécanisme prévu par la clause 5-1.09 n’est pas une procédure appropriée pour soumettre une plainte reprochant un congédiement fait sans une cause juste et suffisante.

#### 4. Analysis

[13] In *S.F.P.Q.*, I explain that a collective agreement can contain a provision that adequately protects employees with two years of uninterrupted service from being dismissed without good and sufficient cause. Where that is the case, the arbitrator will apply the provisions of the collective agreement. What is involved in such a case is not implicit incorporation of the legislative standard, since the protection is already provided for in the agreement. Where an agreement does not contain a provision that protects employees adequately, the C.R.T. is the exclusive forum for hearing complaints presented by employees who allege that they have been dismissed without good and sufficient cause.

[14] In this appeal, the parties have focussed on the question whether s. 124 A.L.S. is implicitly incorporated into the collective agreement. The union does not dispute the arbitrator's conclusion that the standard provided for in clause 5-1.09 for reviewing the employer's decision is not the same as the standard established in s. 124 A.L.S. The employer vigorously supports that conclusion. Since the parties have focussed more on the theoretical question than on the application of clause 5-1.09 of the collective agreement, it is not appropriate in this case to discuss the wording of that clause. However, in future cases, the clauses of the collective agreement should be reviewed by flexibly applying the criteria adopted by the courts for determining whether the arbitrator or the C.R.T. has jurisdiction. Those criteria are as follows:

- 1 - the procedure must be mandatory;
- 2 - the recourse must bear some similarity to the recourse provided for in s. 124 A.L.S.; and
- 3 - the authority adjudicating the dispute must have powers that are at least equivalent to those of the forum provided for in the A.L.S.

As I explain in *S.F.P.Q.* (at paras. 76-77), the first criterion, that the procedure be mandatory, will

#### 4. Analyse

[13] Dans *S.F.P.Q.*, j'explique que la convention collective peut contenir une disposition permettant de protéger adéquatement un employé qui cumule deux ans de service continu contre un congédiement effectué sans une cause juste et suffisante. Lorsque c'est le cas, l'arbitre applique les dispositions de la convention collective. Il n'est alors pas question d'incorporation implicite de la norme législative, puisque la protection figure déjà dans la convention. Si celle-ci ne comporte pas de disposition assurant adéquatement cette protection, la C.R.T. est le tribunal chargé en exclusivité d'entendre la plainte d'un employé qui prétend avoir été congédié sans une cause juste et suffisante.

[14] Dans le présent pourvoi, les parties ont concentré leurs efforts sur la question de l'incorporation implicite de l'art. 124 L.n.t. à la convention collective. Le Syndicat ne conteste pas la conclusion de l'arbitre suivant laquelle la norme de révision de la décision de l'employeur que prévoit la clause 5-1.09 n'est pas la même que celle prévue à l'art. 124 L.n.t. Pour sa part, l'employeur défend farouchement cette conclusion. Comme les parties se sont attachées à la question de principe plus qu'à l'application de cette clause de la convention collective, il n'est pas opportun en l'espèce de débattre du texte de la clause 5-1.09. Cependant, dans de futurs litiges, il y aurait lieu de réexaminer les clauses de la convention collective en appliquant avec souplesse les critères retenus par la jurisprudence pour déterminer qui, de l'arbitre ou de la C.R.T., a compétence. Ces critères sont les suivants :

- 1 - la procédure doit revêtir un caractère obligatoire;
- 2 - le recours doit comporter une certaine similitude avec le recours de l'art. 124 L.n.t.;
- 3 - l'autorité appelée à trancher le différend doit posséder des pouvoirs au moins équivalents à ceux du tribunal prévu par la L.n.t.

Comme je l'explique dans *S.F.P.Q.* (par. 76-77), le premier critère, celui du caractère obligatoire de la

rarely be problematic. The second criterion should be applied in a way that favours the arbitration procedure. What is required is not perfect equivalence, as that would entail a multiplicity of recourses and could lead to conclusions that are difficult to reconcile. As for the third criterion, what must be done is to review the remedy sought by the employee and determine whether the arbitrator has the power to award it. In short, in comparing the procedures, it is necessary to take account of the legislature's intention to avoid a multiplicity of recourses while at the same time ensuring that the employee is afforded the full protection of the standard.

[15] For these reasons and for the reasons delivered today in *S.F.P.Q.*, I would dismiss this appeal with costs.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Barabé Casavant, Montréal.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Cégep de Ste-Foy: Ellefsen Bergeron Tremblay, Montréal.*

*Solicitors for the interveners: Pepin et Roy Avocats, Montréal.*

procédure, posera rarement de difficulté. Le second gagnerait à être appliqué de façon plus généreuse à l'égard de la procédure arbitrale. Il ne s'agit pas de rechercher une équivalence parfaite qui impliquerait une multiplication des recours et un risque de conclusions difficilement conciliables. Enfin, pour ce qui est du troisième critère, il convient d'examiner la réparation que sollicite l'employé concerné et de vérifier si l'arbitre peut l'accorder. En somme, la comparaison doit tenir compte de l'intention du législateur d'éviter la multiplicité des recours, tout en assurant à l'employé la pleine protection de la norme.

[15] Par conséquent, pour ces motifs et pour ceux déposés aujourd'hui dans *S.F.P.Q.*, je rejeterais le présent pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants : Barabé Casavant, Montréal.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé le Cégep de Ste-Foy : Ellefsen Bergeron Tremblay, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante : Pepin et Roy Avocats, Montréal.*

**Syndicat des professeurs et des professeurs  
de l'Université du Québec à Trois-  
Rivières** *Appellant*

v.

**Université du Québec à Trois-  
Rivières** *Respondent*

and

**Confédération des syndicats  
nationaux** *Intervener*

**INDEXED AS: SYNDICAT DES PROFESSEURS ET DES  
PROFESSEURES DE L'UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À  
TROIS-RIVIÈRES v. UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À  
TROIS-RIVIÈRES**

**2010 SCC 30**

File No.: 32776.

2009: October 20; 2010: July 29.

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

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

*Labour relations—Wrongful dismissal—Recourse—  
Jurisdiction of arbitrator or Commission des relations  
du travail—Act respecting labour standards establish-  
ing recourse before Commission des relations du travail  
in case of dismissal without good and sufficient cause,  
except where equivalent remedial procedure provided  
for elsewhere in legislation or in agreement—Griev-  
ance filed in which it was alleged that non-renewal of  
employee's contract amounted to dismissal without good  
and sufficient cause—Whether collective agreement  
provides for recourse equivalent to one provided for in  
statute—Whether labour standard prohibiting wrongful  
dismissal implicitly incorporated into collective agree-  
ment—Whether arbitrator or Commission has jurisdic-  
tion over complaint—Act respecting labour standards,  
R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.*

The union filed a grievance against a decision not to renew the contract of a professor of the university. The union argued that the university's decision amounted

**Syndicat des professeurs et des professeures  
de l'Université du Québec à Trois-  
Rivières** *Appelant*

c.

**Université du Québec à Trois-  
Rivières** *Intimée*

et

**Confédération des syndicats  
nationaux** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : SYNDICAT DES PROFESSEURS ET  
DES PROFESSEURES DE L'UNIVERSITÉ DU QUÉBEC  
À TROIS-RIVIÈRES c. UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À  
TROIS-RIVIÈRES**

**2010 CSC 30**

N° du greffe : 32776.

2009 : 20 octobre; 2010 : 29 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Relations de travail—Congédiement injustifié—  
Recours—Compétence de l'arbitre ou de la Commis-  
sion des relations du travail—Loi sur les normes du  
travail accordant un recours en cas de renvoi sans cause  
juste et suffisante devant la Commission des relations  
du travail, sauf s'il existe une procédure de réparation  
équivalente ailleurs dans une loi ou une convention—  
Dépôt d'un grief alléguant que le non-renouvellement  
du contrat de l'employée équivaut à un congédiement  
sans cause juste et suffisante—La convention collec-  
tive prévoit-elle un recours équivalent à celui prévu à  
la loi?—La norme du travail interdisant le congédie-  
ment injustifié est-elle incorporée implicitement dans la  
convention collective?—La plainte relève-t-elle de la  
compétence de l'arbitre ou de la Commission?—Loi sur  
les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.*

Le syndicat dépose un grief à l'encontre du non-renouvellement du contrat d'une professeure de l'Université. Le syndicat prétend que la décision de

to a dismissal without good and sufficient cause, contrary to clause 18 of the collective agreement and s. 124 of the *Act respecting labour standards* ("A.L.S."), and that it violated the rules applicable to the non-renewal of a contract under clause 12.04 of the collective agreement. The arbitrator found that clause 12.04 established a remedial procedure equivalent to the one provided for in s. 124 A.L.S., and ordered the parties to proceed under that clause. The Superior Court upheld the arbitrator's decision, dismissed the motion for judicial review and returned the case to the arbitrator. The Court of Appeal held that clause 12.04 did not establish a remedial procedure equivalent to the one provided for in s. 124 A.L.S., and it dismissed the union's appeal on the basis that s. 124 was not implicitly incorporated into the collective agreement.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* LeBel, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.: The provisions of the collective agreement regarding dismissal are sufficiently clear, and the arbitrator had jurisdiction to hear the grievance and grant any appropriate remedies on the basis of those provisions without considering the effect of s. 124 A.L.S. on the collective agreement. For these reasons, and subject to the comments made in *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61, the grievance is remanded to the arbitrator to hear it as drafted.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: Clause 12.04 of the collective agreement does not adequately protect employees from dismissal without good and sufficient cause. The possible grounds for challenging the non-renewal of a contract are very limited, with the result that the recourse is much more limited in scope than the one available under s. 124 A.L.S. As well, the burden of proof is on the employer under s. 124, while under clause 12.04, it is the employee who must prove that the decision is biased or that there is inconsistency in the reasons for the decision. However, the recourse provided for in clause 18 is a procedure equivalent to the one set out in s. 124 A.L.S., and under it, the arbitrator has jurisdiction to hear the dismissal complaint. In this recourse, the employer bears the burden of proving that it had valid reasons for dismissing the employee. And there are no limits on the grounds the employee can raise.

The arbitrator correctly concluded that s. 124 A.L.S. should not be incorporated into the collective

l'Université équivalait à un congédiement effectué sans une cause juste et suffisante, contrairement à la clause 18 de la convention collective et à l'art. 124 de la *Loi sur les normes du travail* (« L.n.t. »), et qu'elle ne respecte pas les règles en cas de non-renouvellement de contrat prévues à la clause 12.04 de la convention. L'arbitre conclut que la clause 12.04 constitue une procédure de réparation équivalente à celle de l'art. 124 L.n.t. et ordonne aux parties de procéder selon cette clause. La Cour supérieure confirme la décision arbitrale, rejette la requête en révision judiciaire et renvoie le dossier à l'arbitre. La Cour d'appel conclut que la clause 12.04 n'est pas une procédure équivalente à celle de l'art. 124 L.n.t. De plus, étant d'avis que cette dernière disposition n'est pas incorporée implicitement à la convention collective, elle rejette l'appel du syndicat.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* LeBel, Fish, Abella, Charron et Cromwell : La convention collective contient des dispositions suffisamment claires quant au congédiement et leur portée permet à l'arbitre d'entendre le grief et d'accorder, le cas échéant, les réparations appropriées sans qu'il soit nécessaire d'examiner l'effet de l'art. 124 L.n.t. sur le contenu de la convention collective. Pour ces motifs et sous réserve des commentaires exprimés dans les affaires *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61, le grief est renvoyé à l'arbitre pour qu'il l'examine conformément à son libellé.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : La clause 12.04 de la convention collective ne permet pas de protéger adéquatement un employé contre un congédiement effectué sans une cause juste et suffisante. Compte tenu des limites importantes restreignant les motifs qui peuvent être invoqués pour contester le non-renouvellement d'un contrat, le recours a une portée beaucoup plus restreinte que celui qui serait ouvert en vertu de l'art. 124 L.n.t. De plus, sous le régime de cet article, le fardeau de la preuve repose sur l'employeur, alors que selon la clause 12.04 c'est à l'employé qu'il appartient de prouver que la décision est fondée sur un « parti pris » ou qu'il y a « inconséquence » dans les motifs justifiant la décision. Toutefois, le recours prévu à la clause 18 constitue une procédure de réparation équivalente à celle de l'art. 124 L.n.t. qui confère à l'arbitre compétence pour se saisir de la plainte de congédiement. Dans le cadre de ce recours, le fardeau d'établir le bien-fondé des motifs de congédiement incombe à l'employeur. De plus, aucune limite ne restreint les motifs qui peuvent être soulevés par l'employé.

L'arbitre a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas lieu d'incorporer l'art. 124 L.n.t. à la convention

agreement. However, he should have ordered the parties to proceed on the basis of the grievance as drafted, but without considering s. 124. In stating that he was reaching a *prima facie* conclusion and that the employee could present evidence of abuse, the arbitrator did not rule out the possibility of determining whether the employer's decision amounted to a dismissal. That assessment is central to the consideration of good and sufficient cause and is reflected in clause 18. Only after the hearing on the merits will the arbitrator be in a position to decide whether this case in fact involves non-renewal for the purposes of the collective agreement or, rather, a dismissal without good cause.

### Cases Cited

By LeBel J.

**Applied:** *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61.

By Deschamps J.

**Applied:** *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61; **referred to:** *Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 29, [2010] 2 S.C.R. 123; *Québec (Procureur général) v. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005; *Buono v. Université du Québec à Montréal*, 2008 QCCRT 348 (CanLII); *Richelieu (Ville de) v. Commission des relations du travail*, [2004] R.J.D.T. 937; *Denis v. Lévesque Automobile ltée*, D.T.E. 2000T-58.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Morin and Rochon JJ.A.), 2008 QCCA 1056, [2008] J.Q. n° 4939 (QL), 2008 CarswellQue 4906, affirming a decision of Taschereau J., 2007 QCCS 569, [2007] J.Q. n° 1051 (QL), 2007 CarswellQue 999, dismissing an application for judicial review of an arbitrator's decision. Appeal dismissed.

*Gabriel Hébert-Tétrault and Richard McManus*, for the appellant.

*Guy C. Dion, Johanne Panneton, André Asselin and Sébastien Gobeil*, for the respondent.

collective. Cependant, il aurait dû ordonner aux parties de procéder sur la base du grief tel qu'il était libellé, à l'exclusion de l'art. 124. En indiquant que sa conclusion était tirée à première vue et que l'employée pouvait présenter une preuve d'abus, l'arbitre n'a pas écarté la possibilité de vérifier si la décision de l'employeur constituait un congédiement. Cette évaluation se situe au cœur de l'examen de la cause juste et suffisante et se reflète à la clause 18. C'est seulement après l'audition sur le fond qu'il pourra décider s'il s'agit vraiment d'un non-renouvellement visé par la convention collective ou plutôt d'un congédiement effectué sans une cause juste.

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêt appliqué :** *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61.

Citée par la juge Deschamps

**Arrêt appliqué :** *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61; **arrêts mentionnés :** *Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 29, [2010] 2 R.C.S. 123; *Québec (Procureur général) c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005; *Buono c. Université du Québec à Montréal*, 2008 QCCRT 348 (CanLII); *Richelieu (Ville de) c. Commission des relations du travail*, [2004] R.J.D.T. 937; *Denis c. Lévesque Automobile ltée*, D.T.E. 2000T-58.

### Lois et règlements cités

*Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Morin et Rochon), 2008 QCCA 1056, [2008] J.Q. n° 4939 (QL), 2008 CarswellQue 4906, qui a confirmé une décision du juge Taschereau, 2007 QCCS 569, [2007] J.Q. n° 1051 (QL), 2007 CarswellQue 999, rejetant la requête en révision judiciaire d'une sentence arbitrale. Pourvoi rejeté.

*Gabriel Hébert-Tétrault et Richard McManus*, pour l'appelant.

*Guy C. Dion, Johanne Panneton, André Asselin et Sébastien Gobeil*, pour l'intimée.

*Gérard Notebaert and Isabelle Lacas*, for the interveners.

English version of the judgment of LeBel, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ. delivered by

[1] LEBEL J. — I invite readers to refer to the facts as set out in the reasons of my colleague Deschamps J. In this case, the provisions of the collective agreement regarding dismissal were sufficiently clear. The arbitrator had jurisdiction to hear the grievance and grant any appropriate remedies on the basis of those provisions without considering the effect of s. 124 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, on the collective agreement.

[2] For these reasons, and subject to my comments in *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61, I would dismiss the appeal without costs and would remand the grievance to the arbitrator to hear it as drafted.

English version of the reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. delivered by

[3] DESCHAMPS J. — This appeal raises the same issue as *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61 (“*S.F.P.Q.*”), and *Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 29, [2010] 2 S.C.R. 123. The Court must determine whether s. 124 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 (“*A.L.S.*”), is incorporated into the collective agreement and can therefore be applied by a grievance arbitrator. The first paragraph of s. 124 reads as follows:

124. An employee credited with two years of uninterrupted service in the same enterprise who believes that he has not been dismissed for a good and sufficient cause may present his complaint in writing to the Commission des normes du travail or mail it to the address of the Commission des normes du travail within 45 days of

*Gérard Notebaert et Isabelle Lacas*, pour l’intervenante.

Le jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Cromwell a été rendu par

[1] LE JUGE LEBEL — J’invite les lecteurs à se reporter à l’exposé des faits figurant dans l’opinion de ma collègue la juge Deschamps. Dans le présent dossier, la convention collective contenait des dispositions suffisamment claires quant au congédiement. Leur portée permettait à l’arbitre d’entendre le grief et d’accorder, le cas échéant, les réparations appropriées sans qu’il soit nécessaire d’examiner l’effet de l’art. 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, sur le contenu de la convention collective.

[2] Pour ces motifs et sous réserve de mes commentaires dans les affaires *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61, je rejetterais le pourvoi sans dépens et je renverrais le grief à l’arbitre pour qu’il l’examine conformément à son libellé.

Les motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps et Rothstein ont été rendus par

[3] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi soulève la même question que les affaires *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61 (« *S.F.P.Q.* »), et l’affaire *Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 29, [2010] 2 R.C.S. 123. La Cour doit décider si l’art. 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1 (« *L.n.t.* »), est intégré à la convention collective, donnant ainsi à l’arbitre de griefs compétence pour l’appliquer. Voici le texte du premier alinéa de cette disposition :

124. Le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la Commission des normes du travail ou la mettre à la poste à l’adresse de la Commission des normes du travail dans les 45 jours de

his dismissal, except where a remedial procedure, other than a recourse in damages, is provided elsewhere in this Act, in another Act or in an agreement.

[4] The applicable principles are explained in *S.F.P.Q.*, in which I conclude that the fact that s. 124 is a provision of public order does not mean that, in a collective bargaining context, only an arbitrator has jurisdiction to enforce the protection against dismissal without good and sufficient cause. Where an adequate procedure is not set out in the collective agreement, the legislature has conferred exclusive responsibility for hearing complaints against such dismissals on the Commission des relations du travail (“C.R.T.”).

[5] In the instant case, the applicable collective agreement affords adequate protection and the arbitrator has jurisdiction to hear the employee’s complaint. I would therefore dismiss the appeal with costs and remand the case to the arbitrator.

#### 1. Facts

[6] The relevant facts are as follows. On December 14, 1998, France Tanguay was hired as a professor by the respondent, the Université du Québec à Trois-Rivières. On December 20, 2004, Ms. Tanguay’s employer did not renew her contract of employment and thus denied her the opportunity to acquire tenure. The appellant, the Syndicat des professeurs et des professeures de l’Université du Québec à Trois-Rivières (“union”), filed a grievance alleging that the non-renewal of Ms. Tanguay’s contract amounted to a dismissal without good cause, contrary to clause 18 of the collective agreement and s. 124 A.L.S. The union also argued that the employer’s decision violated the rules applicable to the non-renewal of a contract under clause 12.04 of the collective agreement.

[7] Before the arbitrator, the employer presented preliminary arguments that the union could not rely on both the rules on non-renewal of a contract and those on dismissal without good cause, and that the recourse provided for in s. 124 A.L.S. was not available because that section was not incorporated

son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention.

[4] Les principes applicables sont expliqués dans *S.F.P.Q.* J’y conclus que, bien que cette disposition soit d’ordre public, cela n’emporte pas que, dans le cadre d’un régime de négociation collective, seul un arbitre est compétent pour faire respecter la protection contre les congédiements effectués sans une cause juste et suffisante. En l’absence de procédure adéquate dans la convention collective, le législateur a confié en exclusivité à la Commission des relations du travail (« C.R.T. ») la responsabilité de connaître des plaintes fondées sur ce motif.

[5] En l’espèce, la convention collective applicable accorde une protection adéquate et l’arbitre a compétence pour entendre la plainte de l’employée. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de renvoyer le dossier à l’arbitre.

#### 1. Faits

[6] Les faits pertinents sont les suivants. Le 14 décembre 1998, M<sup>me</sup> France Tanguay est engagée comme professeure par l’intimée, l’Université du Québec à Trois-Rivières. Le 20 décembre 2004, l’employeur ne renouvelle pas le contrat de travail de M<sup>me</sup> Tanguay, la privant ainsi de la possibilité d’acquies sa permanence. L’appelant, le Syndicat des professeurs et des professeures de l’Université du Québec à Trois-Rivières (« Syndicat »), dépose un grief au motif que le non-renouvellement du contrat de M<sup>me</sup> Tanguay équivaut à un congédiement effectué sans une juste cause, contrairement à la clause 18 de la convention collective et à l’art. 124 L.n.t. Le Syndicat prétend aussi que la décision de l’employeur ne respecte pas les règles prévues en cas de non-renouvellement de contrat. Ce dernier argument fait intervenir la clause 12.04 de la convention collective.

[7] Devant l’arbitre, l’employeur plaide de façon préliminaire que le Syndicat ne peut se prévaloir à la fois des règles régissant le non-renouvellement d’un contrat et de celles prévues en cas de congédiement sans cause juste, et que le recours fondé sur l’art. 124 L.n.t. ne peut être invoqué puisque

into the collective agreement. The union replied that it was not necessary to argue that s. 124 A.L.S. was incorporated into the collective agreement, because an equivalent procedure was provided for in clauses 18 and 24 of the agreement.

## 2. Decisions Below

### 2.1 *Decision of the Grievance Arbitrator*

[8] Arbitrator Denis Tremblay noted that the collective agreement provided for two types of recourses upon the termination of a teacher's employment. Employees whose contracts were not renewed could avail themselves of clause 12.04, while clause 18 applied to dismissals. The arbitrator found, "*prima facie*", that this case involved the non-renewal of a contract by the employer and that clause 12.04 therefore applied. But he held that it was unnecessary to consider clause 18, because the specific rules set out in clause 12.04 for contesting the non-renewal of a contract were applicable, and they gave the employee an opportunity to show that the employer had abused its rights in relation to her. On that basis, the arbitrator found that clause 12.04 established a remedial procedure equivalent to the one provided for in s. 124 A.L.S. and that there was no need to rely on the standard external to the collective agreement. He upheld the employer's objection and ordered the parties to proceed under clause 12.04 of the collective agreement.

### 2.2 *Judgment of the Superior Court*

[9] On judicial review of the decision to uphold the employer's preliminary objection, Taschereau J. of the Superior Court endorsed the reasoning that led to the conclusion that clause 12.04 of the collective agreement established a recourse equivalent to the one provided for in s. 124 A.L.S. He added that the purpose of clause 18 of the collective agreement was entirely different, since that clause applied to the dismissal of a professor, which, he found, was not what was in issue in this case. Taschereau J. dismissed the application and ordered that the case be returned to Arbitrator Tremblay so that the arbitrator could rule on the grievance in accordance with his original decision: 2007 QCCS 569 (CanLII).

cette disposition n'est pas intégrée à la convention collective. Le Syndicat répond qu'il n'est pas nécessaire de soutenir que l'art. 124 L.n.t. est incorporé à la convention collective, parce que celle-ci contient une procédure équivalente aux clauses 18 et 24.

## 2. Décisions des juridictions inférieures

### 2.1 *Sentence de l'arbitre de griefs*

[8] L'arbitre Denis Tremblay souligne que la convention collective prévoit deux types de recours lors de la fin de l'emploi d'un enseignant. S'il s'agit d'un non-renouvellement de contrat, l'employé peut se prévaloir de la clause 12.04, alors que s'il s'agit d'un congédiement, c'est la clause 18 qui s'applique. L'arbitre estime, « *prima facie* », être en présence d'un cas de non-renouvellement de contrat par l'employeur et que c'est donc la clause 12.04 qui s'applique. Il statue cependant qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur la clause 18, étant donné que les règles particulières de contestation prévues à la clause 12.04 de la convention collective s'appliquent et donnent à l'employée concernée la possibilité de démontrer que l'employeur a abusé de ses droits à son égard. En conséquence, il conclut que la clause 12.04 constitue une procédure de réparation équivalente à celle de l'art. 124 L.n.t. et qu'il n'y a pas lieu de recourir à la norme externe à la convention collective. Il accueille l'objection de l'employeur et ordonne aux parties de procéder selon la clause 12.04 de la convention collective.

### 2.2 *Jugement de la Cour supérieure*

[9] Siégeant en révision judiciaire de la décision accueillant l'objection préliminaire de l'employeur, le juge Taschereau de la Cour supérieure confirme le raisonnement menant à la conclusion que la clause 12.04 de la convention collective constitue un recours équivalent à celui de l'art. 124 L.n.t. Le juge ajoute que la clause 18 de la convention collective vise une tout autre fin, en ce qu'elle s'applique au congédiement d'un professeur, ce qui, conclut-il, n'est pas le cas en l'espèce. Il rejette la demande et ordonne donc le renvoi du dossier à l'arbitre Tremblay afin que ce dernier statue sur le grief conformément à sa décision : 2007 QCCS 569 (CanLII).

### 2.3 *Decision of the Court of Appeal (Baudouin, Morin and Rochon JJ.A.)*

[10] Although it set aside the part of the decision in which clause 12.04 of the collective agreement was found to establish a procedure equivalent to the one provided for in s. 124 A.L.S., the Court of Appeal nonetheless dismissed the appeal (2008 QCCA 1056 (CanLII)) for the reasons given in the companion case of *Québec (Procureur général) v. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005.

### 3. Arguments of the Parties

[11] The employer submits that it decided not to renew the employee's contract after completing the appraisal process provided for in the collective agreement. It denies dismissing the employee. It acknowledges that the arbitrator and the Court of Appeal disagreed about whether clause 12.04 establishes a remedial procedure that affords the same type of protection as s. 124. However, the employer argues that clauses 18 and 24.11 clearly establish such a procedure and that, as a result, the implicit incorporation argument is unnecessary. Apart from this, its submissions are similar to those of the Attorney General of Quebec in the companion appeals.

[12] The union argues that the only issue before this Court is whether the standard established in s. 124 A.L.S. is incorporated into the collective agreement. In this regard, it reiterates the arguments raised by the appellants in *S.F.P.Q.*

### 4. Analysis

[13] The following provisions of the collective agreement are relevant to this analysis:

[TRANSLATION]

12.04 Where, exceptionally, an appraisal under article 11 results in a recommendation not to renew the contract of a professor who is finishing a second two (2)-year contract, the professor may grieve

### 2.3 *Arrêt de la Cour d'appel (les juges Baudouin, Morin et Rochon)*

[10] Bien qu'elle infirme la partie de la décision concluant que la clause 12.04 de la convention collective est une procédure équivalente à celle de l'art. 124 L.n.t., la Cour d'appel rejette tout de même l'appel (2008 QCCA 1056 (CanLII)) pour les motifs qu'elle a exposés dans l'affaire connexe *Québec (Procureur général) c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005.

### 3. Prétentions des parties

[11] L'employeur soutient qu'il a refusé de renouveler le contrat de l'employée concernée au terme du processus d'évaluation prévu par la convention collective. Il se défend d'avoir congédié cette employée. Il reconnaît que l'arbitre et la Cour d'appel ont divergé d'opinions quant à la question de savoir si la clause 12.04 constitue une procédure de réparation comportant une protection de même nature que l'art. 124. L'employeur plaide cependant que les clauses 18 et 24.11 établissent clairement une telle procédure et que, pour cette raison, le débat sur l'incorporation implicite est inutile. Pour le reste, il fait des observations semblables à celles du procureur général du Québec dans les pourvois connexes.

[12] Le Syndicat plaide que la seule question que notre Cour est appelée à trancher est celle de savoir si la norme prévue à l'art. 124 L.n.t. est incorporée à la convention collective. À cet égard, il reprend les mêmes arguments que ceux soulevés par les appelants dans *S.F.P.Q.*

### 4. Analyse

[13] Les dispositions suivantes de la convention collective sont pertinentes pour les besoins de l'analyse :

12.04 Par exception, à la suite de l'évaluation faite conformément à l'article 11, lorsqu'il serait recommandé de ne pas renouveler le contrat d'un professeur qui termine un deuxième contrat

the non-renewal of the contract if the time limits set out in 11.11, 11.13, 11.16 and 12.07 and the procedure set out in article 11 have not been complied with, if there is clear evidence of bias, or if there is inconsistency in the reasons given for the decision.

18.01 The Board of Directors may, on the recommendation of the Vice-Principal (Academic and Research), dismiss a professor for good cause. The burden of proof is on the University. The Board of Directors must notify the professor in writing and specify the reasons for the decision. A copy must be sent to the Union.

24.05 The professor, alone or through the Union's representative, or the Union must submit the duly signed grievance to the Vice-Principal (Human Resources) within sixty (60) calendar days after the date on which the professor knew of the event giving rise to the grievance, but no later than six (6) months after the occurrence of that event. Each of these time limits is mandatory.

24.11 ...

In every case, the arbitrator must make a decision in accordance with this agreement, which the arbitrator may not vary in any way.

. . .

The arbitrator may uphold or cancel any disciplinary action imposed by the University, or replace it with a reduced sanction.

If the professor has been dismissed or suspended or the professor's appointment has been revoked, and if the professor's grievance is submitted to an arbitrator appointed under this agreement, the arbitrator may

- (a) confirm the sanction;
- (b) vary or cancel the sanction and, if appropriate, award partial or total compensation minus any other amounts the professor has earned elsewhere; or
- (c) record any decision considered valid for the two (2) parties in the circumstances.

. . .

de deux (2) ans, celui-ci peut soulever un grief sur le non-renouvellement de son contrat si les délais prévus en 11.11, 11.13, 11.16 et 12.07 et si la procédure prévue à l'article 11 n'ont pas été respectés, s'il y a preuve évidente de parti pris ou inconséquence dans les raisons qui ont motivé la décision.

18.01 Le Conseil d'administration, sur recommandation du Vice-recteur à l'enseignement et à la recherche, peut congédier un professeur pour juste cause. La preuve incombe à l'Université. Il doit aviser le professeur par écrit et préciser les motifs justifiant une telle décision. Une copie est transmise au Syndicat.

24.05 Le professeur, seul ou par l'intermédiaire du représentant du Syndicat, ou le Syndicat soumet le grief dûment signé au Vice-recteur aux ressources humaines dans les soixante (60) jours civils qui suivent la connaissance de l'événement qui a donné lieu au grief, mais n'excédant pas un délai de six (6) mois de l'occurrence du fait. Chacun de ces délais est de rigueur.

24.11 ...

Dans tous les cas, l'arbitre doit juger, conformément à la présente convention, qu'il ne peut modifier d'aucune façon.

. . .

L'arbitre peut maintenir, annuler ou mitiger toute mesure disciplinaire imposée par l'Université.

Si le professeur a été congédié ou suspendu ou s'il y avait révocation, et si son grief est soumis à un arbitre nommé en vertu de la présente convention, cet arbitre peut :

- a) maintenir la sanction décrétée;
- b) réviser ou rejeter la sanction décrétée avec attribution, s'il y a lieu, d'une compensation partielle ou totale moins les autres gains que le professeur aurait pu accumuler ailleurs;
- c) constater toute décision jugée valable pour les deux (2) parties selon les circonstances.

. . .

[14] As I mentioned above, the employee's grievance is based on three provisions: clauses 12.04 and 18 of the collective agreement and s. 124 A.L.S. On the issue of whether the protection provided for in clause 12.04 corresponds to that provided for in s. 124 A.L.S., I agree with the Court of Appeal. The provision of the collective agreement does not adequately protect employees from dismissal without good and sufficient cause. The possible grounds for challenging the non-renewal of a contract are very limited, with the result that the recourse is much more limited in scope than the one available under s. 124 A.L.S. As well, the burden of proof is on the employer under s. 124, while under clause 12.04, it is the employee who must prove, for example, that the decision is biased or that there is inconsistency in the reasons for the decision.

[15] The situation is very different in the case of the recourse under clause 18, in which the employer bears the burden of proving that it had valid reasons for dismissing the employee. As well, there are no limits on the grounds the employee can raise. Clause 18 even states that the employer must have good cause for dismissing the employee. A wording similar to that of clause 18 has been interpreted as establishing a remedial procedure equivalent to the one in s. 124 A.L.S. (see, for example, *Buono v. Université du Québec à Montréal*, 2008 QCCRT 348 (CanLII)). Moreover, the courts often use the expression [TRANSLATION] "good cause" to sum up the employer's burden under s. 124 (see, for example, *Richelieu (Ville de) v. Commission des relations du travail*, [2004] R.J.D.T. 937 (Sup. Ct.); *Denis v. Lévesque Automobile ltée*, D.T.E. 2000T-58 (C.A.)). Finally, the arbitrator has powers that enable him or her to make an adequate remedial order.

[16] In my view, therefore, the recourse provided for in clause 18 of the collective agreement is a procedure under which the arbitrator has jurisdiction to hear the dismissal complaint. Indeed, the

[14] Comme je l'ai mentionné précédemment, l'employée fonde son grief sur trois dispositions : les clauses 12.04 et 18 de la convention collective et l'art. 124 L.n.t. Pour ce qui est de la correspondance entre la protection prévue par la clause 12.04 et celle prévue par l'art. 124 L.n.t., je souscris à la conclusion de la Cour d'appel à cet égard. La disposition de la convention collective ne permet pas de protéger adéquatement un employé contre un congédiement qui serait effectué sans une cause juste et suffisante. Les limites importantes restreignant les motifs qui peuvent être invoqués pour contester le non-renouvellement d'un contrat font que le recours a une portée beaucoup plus restreinte que celui qui serait ouvert en vertu de l'art. 124 L.n.t. De plus, sous le régime de cet article, le fardeau de la preuve repose sur l'employeur, alors que selon la clause 12.04, c'est à l'employé qu'il appartient de prouver, par exemple, que la décision est fondée sur un « parti pris » ou qu'il y a « inconséquence » dans les motifs justifiant la décision.

[15] Il en va tout autrement du recours fondé sur la clause 18, dans le cadre duquel le fardeau d'établir le bien-fondé des motifs de congédiement incombe à l'employeur. De plus, aucune limite ne restreint les motifs qui peuvent être soulevés par l'employé. La clause 18 précise même que la cause invoquée par l'employeur pour fonder le congédiement doit être « juste ». Un texte semblable à celui de la clause 18 a été interprété comme ayant pour effet d'établir une procédure de réparation équivalente à celle de l'art. 124 L.n.t. (voir, p. ex., *Buono c. Université du Québec à Montréal*, 2008 QCCRT 348 (CanLII)). De surcroît, la jurisprudence utilise fréquemment l'expression « juste cause » pour résumer le fardeau de l'employeur en vertu de l'art. 124 (voir, p. ex., *Richelieu (Ville de) c. Commission des relations du travail*, [2004] R.J.D.T. 937 (C.S.); *Denis c. Lévesque Automobile ltée*, D.T.E. 2000T-58 (C.A.)). Enfin, l'arbitre dispose de pouvoirs qui lui permettent de prononcer une ordonnance de réparation adéquate.

[16] Par conséquent, je suis d'avis que le recours prévu à la clause 18 de la convention collective constitue une procédure qui confère à l'arbitre compétence pour se saisir de la plainte de congédiement.

collective agreement in the case at bar provides the type of protection against dismissal without good and sufficient cause on which s. 124 A.L.S. was based. I accordingly find that the arguments presented to the arbitrator by the union should be accepted. Those arguments are similar to the ones made by the employer in this Court as regards the scope of clause 18.

[17] The arbitrator did not order the parties to proceed before him on the basis of clause 18. However, he found, *prima facie*, that this case involved the non-renewal of a contract. As well, he left the door open for the presentation of evidence of abuse of rights. His decision concerned a preliminary objection. In stating that he was reaching a *prima facie* conclusion and that the employee could present evidence of abuse, the arbitrator did not rule out the possibility of determining whether the employer's decision amounted to a dismissal. That assessment is central to the consideration of good and sufficient cause and, in the collective agreement that applies in this case, is reflected in clause 18. Only after the hearing on the merits will the arbitrator be in a position to decide whether this case in fact involves non-renewal for the purposes of the collective agreement or, rather, a dismissal without good cause.

[18] Thus, it is my opinion that the arbitrator correctly concluded that s. 124 A.L.S. should not be incorporated into the collective agreement. However, he should have ordered the parties to proceed on the basis of the grievance as drafted, but without considering s. 124 A.L.S. For these reasons, I would dismiss the appeal with costs and remand the case to the grievance arbitrator.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Richard McManus, Saint-Denis-sur-Richelieu, Québec.*

*Solicitors for the respondent: Fasken Martineau DuMoulin, Québec.*

*Solicitors for the interveners: Pepin et Roy Avocats, Montréal.*

En fait, nous sommes en présence d'un exemple de convention collective offrant le genre de protection contre les congédiements effectués sans une cause juste et suffisante qui a inspiré l'adoption de l'art. 124 L.n.t. J'estime donc qu'il y a lieu de retenir les prétentions avancées par le Syndicat devant l'arbitre, prétentions qui rejoignent celles plaidées par l'employeur devant nous en ce qui concerne la portée de la clause 18.

[17] L'arbitre n'a pas ordonné aux parties de procéder devant lui suivant la clause 18. Il a cependant conclu qu'il était, « *prima facie* », en présence d'un non-renouvellement de contrat. De plus, il n'a pas fermé la porte à la présentation d'une preuve d'abus de droit. Sa décision portait sur une objection préliminaire. En précisant que sa conclusion était tirée à première vue et en indiquant que l'employée pouvait présenter une preuve d'abus, l'arbitre n'a pas écarté la possibilité de vérifier si la décision de l'employeur constituait un congédiement. Cette évaluation se situe au cœur de l'examen de la cause juste et suffisante et se reflète, dans la convention collective applicable en l'espèce, à la clause 18. C'est seulement après l'audition sur le fond qu'il pourra décider s'il s'agit vraiment d'un non-renouvellement visé par la convention collective ou plutôt d'un congédiement effectué sans une cause juste.

[18] Je suis donc d'avis que l'arbitre a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas lieu d'incorporer l'art. 124 L.n.t. à la convention collective. Il aurait cependant dû ordonner aux parties de procéder sur la base du grief tel qu'il était libellé, à l'exclusion de l'art. 124 L.n.t. Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens et renverrais le dossier à l'arbitre de griefs.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant : Richard McManus, Saint-Denis-sur-Richelieu, Québec.*

*Procureurs de l'intimée : Fasken Martineau DuMoulin, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante : Pepin et Roy Avocats, Montréal.*

**Jason Michael Cornell** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of Alberta, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CORNELL

2010 SCC 31

File No.: 33186.

2009: November 20; 2010: July 30.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Private home — Use of force — Police informed that two individuals believed to be members of violent criminal gang were running “dial-a-dope” cocaine trafficking operation — Police obtaining search warrants following investigation — Tactical team conducting unannounced, forced entry into accused’s residence believed by police to be used in drug operation — Tactical team using hard entry to avoid destruction of evidence and to protect safety of police and public — Police finding cocaine in accused’s room — Accused convicted of possession of cocaine for purpose of trafficking — Whether lawfully authorized search was conducted reasonably — Whether search unreasonable because tactical team members did not have copy of search warrant with it when entering residence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

*Criminal law — Search and seizure — Search warrants — Police tactical team conducting unannounced,*

**Jason Michael Cornell** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario, procureur général de l’Alberta, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. CORNELL

2010 CSC 31

N° du greffe : 33186.

2009 : 20 novembre; 2010 : 30 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et perquisition — Maison privée — Utilisation de la force — Policiers informés que deux individus qu’on croit membres d’un gang de criminels violents exploitaient un réseau de vente de drogue sur appel de cocaïne — Obtention par les policiers de mandats de perquisition à la suite d’une enquête — Entrée par la force et sans s’annoncer par l’escouade tactique dans la résidence de l’accusé que les policiers croyaient être le théâtre d’un trafic de drogues — Entrée musclée par l’escouade tactique pour éviter la destruction des éléments de preuve et assurer la sécurité des policiers et du public — Cocaïne trouvée par les policiers dans la chambre de l’accusé — Accusé déclaré coupable de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic — La perquisition autorisée par la loi a-t-elle été menée de manière abusive? — La perquisition a-t-elle été menée de manière abusive parce que les membres de l’escouade tactique n’avaient pas de copie du mandat de perquisition avec eux lorsqu’ils sont entrés dans la résidence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

*Droit criminel — Fouille et perquisition — Mandats de perquisition — Entrée par la force et sans s’annoncer*

*forced entry into accused's residence — Tactical team members not having copy of search warrant with them when entering residence — Investigator who was physically present and close to accused's residence had copy of warrant — Whether police complied with requirements of s. 29 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.*

The police received information that N and T — two individuals the police believed to be members of an organized criminal group — were running a “dial-a-dope” cocaine trafficking operation. Following an investigation, which included surveillance, the police also believed that the accused’s residence was being used in the operation and they applied for warrants to search T’s residence, a motor vehicle used by N, and the accused’s residence. The Information to obtain the warrants indicated, *inter alia*, that the activity at the residences of T and the accused was consistent with their being used as stash locations, that N had been observed making four brief visits to the accused’s residence over a period of approximately two weeks, and that two months before the search was executed at the accused’s residence, a mobile phone registered to the accused had been found in N’s car. The Information also indicated that the tactical team would be required to enter the residences in order to avoid the destruction of evidence by potential occupants and for the safety of both the public and the police because of N and T’s history of violence and their association with a violent criminal gang. Warrants were issued pursuant to s. 11 of the *Controlled Drugs and Substances Act*. Shortly before executing the warrant to search the accused’s residence, the police observed the accused’s mother and sister leave the house and drive away. The other search warrants relating to this operation had already been executed and N was in police custody. The tactical team rammed open the front door of the accused’s residence without knocking or announcing their presence and nine police officers wearing balaclavas and body armour entered the house with weapons drawn to secure it. The only person in the house was the accused’s brother, who was mentally challenged. He was taken down and handcuffed. His emotional distress became apparent and the handcuffs were removed within minutes. The brother was comforted by one of the officers and received the help of a paramedic. The tactical team members did not have with them a copy of the search warrant when they entered. The warrant was in the hands of the lead investigator who was posted down the block. During the search, which caused damage, the police discovered cocaine in the accused’s bedroom. He later admitted possessing cocaine for the purpose

*par l’escouade tactique de la police dans la résidence de l’accusé — Membres de l’escouade tactique non munis d’une copie du mandat de perquisition lors de leur entrée dans la résidence — Enquêteur, physiquement présent et proche de la résidence de l’accusé, était muni d’une copie du mandat — Les policiers se sont-ils conformés aux exigences de l’art. 29 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46?*

La police a reçu des renseignements selon lesquels N et T — deux individus que les policiers croyaient membres d’un groupe de malfaiteurs — exploitaient un réseau de vente de drogue sur appel de cocaïne. Au terme d’une enquête, durant laquelle les policiers ont entre autres fait de la surveillance, ils croyaient également que la résidence de l’accusé servait au réseau. Ils ont sollicité des mandats de perquisition pour la résidence de T, pour un véhicule utilisé par N, et pour la résidence de l’accusé. La dénonciation visant l’obtention des mandats précisait notamment que les activités qui se déroulaient dans les résidences de T et de l’accusé permettaient logiquement de penser qu’elles servaient de cachettes, que N avait été vu effectuant quatre courtes visites à la résidence de l’accusé sur une période d’environ deux semaines, et que deux mois avant la perquisition à la résidence de l’accusé, un téléphone mobile enregistré au nom de l’accusé avait été trouvé dans la voiture de N. La dénonciation indiquait également que l’escouade tactique allait devoir pénétrer à l’intérieur des résidences pour éviter que ses éventuels occupants ne fassent disparaître des éléments de preuve et pour assurer la sécurité tant du public que des policiers, compte tenu des antécédents de violence de N et de T et de leur association avec un gang de criminels violents. Des mandats ont été délivrés en vertu de l’art. 11 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Peu de temps avant d’exécuter le mandat de perquisition de la résidence de l’accusé, les policiers ont vu la mère et la sœur de ce dernier sortir de la maison et s’éloigner en voiture. Les autres mandats de perquisition se rapportant à cette opération avaient déjà été exécutés et N était déjà détenu par la police. Les membres de l’escouade tactique ont enfoncé la porte d’entrée de la résidence de l’accusé avec un bélier sans avoir d’abord frappé et sans avoir annoncé leur présence et neuf agents portant des cagoules et des vestes pare-balles sont entrés dans la maison armes au poing. La seule personne qui se trouvait dans la maison était le frère de l’accusé, frère qui est atteint d’une déficience intellectuelle. On l’a plaqué au sol et on lui a passé les menottes. Son trouble émotionnel est devenu manifeste et les menottes ont été retirées dans les minutes qui ont suivi. Le frère a été réconforté par un policier et a reçu l’aide d’un ambulancier paramédical. Les membres de l’escouade tactique n’étaient pas munis d’une copie du

of trafficking, but argued that the cocaine was obtained by the police as a result of an unreasonable search and therefore should not be admitted into evidence. The accused was convicted and the Court of Appeal, in a majority decision, upheld the conviction. The trial judge and the majority of the Court of Appeal held that the accused's rights under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had not been infringed because the search had been lawfully authorized and reasonably conducted.

*Held* (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The only issue is whether the lawfully authorized search was conducted reasonably. Except in exigent circumstances, police officers must make an announcement before forcing entry into a dwelling house. Ordinarily, they should give: (1) notice of presence by knocking or ringing a door bell; (2) notice of authority, by identifying themselves as law enforcement officers; and (3) notice of purpose, by stating a lawful reason for entry. While the "knock and announce" principle is not absolute, where the police depart from it, there is an onus on them to explain why they thought it necessary to do so. If challenged, the Crown must lay an evidentiary framework to support the conclusion that the police had reasonable grounds to be concerned about the possibility of harm to themselves or occupants or about the destruction of evidence. The police must be allowed a certain amount of latitude in the manner in which they decide to enter premises and, in assessing that decision, the police must be judged by what was, or should reasonably have been, known to them at the time. On appellate review, the trial judge's assessment of the evidence and findings of fact must be accorded substantial deference.

In this case, the trial judge made no reviewable error in concluding that the search was conducted reasonably. The police had well-grounded concerns that the use of less intrusive methods would pose safety risks to the officers and occupants of the house. The police reasonably

mandat de perquisition lorsqu'ils sont entrés. Le mandat se trouvait entre les mains de l'enquêteur chef qui était au coin de la rue. Durant la perquisition, qui a causé des dommages, les policiers ont découvert de la cocaïne dans la chambre de l'accusé. Plus tard, il a admis avoir eu cette cocaïne en sa possession en vue d'en faire le trafic, mais il a affirmé que la cocaïne a été obtenue par la police à la suite d'une perquisition abusive et qu'elle n'aurait donc pas dû être admise en preuve. L'accusé a été déclaré coupable et la Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a maintenu la déclaration de culpabilité. Le juge de première instance et la majorité des juges de la Cour d'appel ont estimé que les droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'avaient pas été enfreints parce que la perquisition avait été autorisée légalement et n'avait pas été effectuée de manière abusive.

*Arrêt* (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Charron, Rothstein et Cromwell : La seule question en litige est celle de savoir si la présente perquisition, qui était autorisée par la loi, a été effectuée ou non de manière abusive. Sauf en cas d'urgence, les policiers doivent s'annoncer avant d'entrer de force dans une maison d'habitation. Normalement, ils doivent : (1) donner avis de leur présence en frappant ou en sonnant à la porte; (2) donner avis de leur autorité, en s'identifiant comme policiers chargés d'appliquer la loi; (3) donner avis du but de leur visite, en énonçant un motif légitime d'entrer. Même si le principe voulant que les policiers frappent à la porte et annonce leur présence n'est pas absolu, s'ils décident d'y déroger, les policiers doivent expliquer pourquoi ils jugent nécessaire de le faire. En cas de contestation, le ministre public doit produire des éléments de preuve propres à étayer la conclusion que les policiers avaient des motifs raisonnables de craindre pour leur sécurité ou pour celle des occupants de la maison ou de craindre que des éléments de preuve ne soient détruits. Les policiers doivent pouvoir jouir d'une certaine latitude en ce qui concerne la manière dont ils décident de pénétrer dans un lieu et, pour être évalués, leur décision doit être jugée en fonction de ce qu'ils savaient ou de ce qu'ils auraient raisonnablement dû savoir à l'époque. La juridiction d'appel qui procède au contrôle judiciaire doit faire preuve d'une grande retenue envers l'appréciation que le juge du procès a faite de la preuve et des conclusions de fait.

En l'espèce, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur qui justifierait notre intervention en concluant que la perquisition n'avait pas été effectuée de manière abusive. Les policiers avaient des motifs légitimes de croire que le recours à une méthode moins

believed that the accused's residence was being used in a drug dealing enterprise carried on by members of a violent criminal gang and that the accused had some association with at least one gang member. The police were entitled to draw reasonable inferences from these facts and attempts to consider the accused in isolation from them are highly artificial. The suggestions that the police had no basis for their concerns about the risk of violence are contrary to the trial judge's findings and to the evidence in the record.

The police also had reasonable grounds to be concerned that the evidence to be found would be destroyed having regard to the fact that there were reasonable grounds to believe that cocaine would be found in the premises and that it is a substance that may be easily destroyed. Notwithstanding that, by the time of the search, N was in custody and the police had observed the accused's mother and sister leave the house, the trial judge found, as a fact, that the police had no means of knowing who, if anybody, was in the residence or whether there was any person in the residence who would destroy the cocaine, if there was any, upon learning of the presence of the police at the door. The fact that the occupants of the house had no prior criminal record did not affect the reasonableness of the police concern that evidence could be destroyed. Even the accused conceded in the Court of Appeal that the destruction of evidence was a realistic concern.

The trial judge also found that the police had done what could reasonably be expected in formulating their decision to use a forced entry. These conclusions, which mainly concern matters of fact, are well supported by the record. The police did not just show up at a previously uninvestigated residence and barge in. Considerable time and effort were expended by the investigators in order to determine who and what was in the residence before the search, including ten hours of surveillance of the accused's residence. The suggestion that the decision to make an unannounced hard entry into the accused's home was simply a rote application of a general police practice is not supported by the evidence. There is no evidence of such a practice let alone of its application here.

The fact that the tactical team did not have a copy of the warrant with it when it made the entry did not make

attentatoire créerait un risque pour leur sécurité et pour celle des occupants de la maison. Ils croyaient raisonnablement que la résidence de l'accusé servait au commerce criminel de drogues par des membres d'un gang de criminels violents et que l'accusé était associé à au moins un membre de ce gang. Les policiers pouvaient tirer des inférences raisonnables de ces faits et il serait parfaitement artificiel de tenter d'en isoler l'accusé. L'allégation suivant laquelle les craintes des policiers au sujet du risque de violence n'étaient pas fondées contredit les conclusions du juge de première instance ainsi que les éléments de preuve versés au dossier.

Les policiers avaient aussi des motifs raisonnables de craindre que les éléments de preuve qu'ils étaient susceptibles de trouver seraient détruits, compte tenu du fait qu'il existait des motifs raisonnables de croire que l'on trouverait de la cocaïne dans les locaux à perquisitionner et qu'il s'agit d'une substance facile à faire disparaître. Même si, au moment de la perquisition, N était détenu sous garde et la mère de l'accusé avait été vue en train de quitter la maison en compagnie de la sœur de ce dernier, le juge de première instance a conclu que les policiers n'avaient aucun moyen de savoir qui se trouvait à l'intérieur, s'il y avait effectivement quelqu'un à l'intérieur de la maison ou si l'un de ses occupants pouvait faire disparaître la cocaïne — s'il s'en trouvait sur les lieux — en découvrant la présence de policiers à la porte. Le fait que les occupants de la maison n'avaient aucuns antécédents criminels ne change rien à la légitimité de la crainte des policiers en ce qui concerne la destruction d'éléments de preuve. Même l'accusé a admis en Cour d'appel qu'il était réaliste de craindre que des éléments de preuve soient détruits.

Le juge a également conclu que les policiers ont agi conformément à ce qu'on pouvait raisonnablement attendre d'eux en décidant d'entrer par la force à l'intérieur de la résidence. Ces conclusions, qui concernent surtout des questions de fait, sont bien étayées par le dossier. Les policiers n'ont pas simplement fait irruption dans un domicile qui n'avait pas encore fait l'objet d'une enquête. Les enquêteurs ont consacré beaucoup de temps et d'énergie, avant la perquisition, à essayer de savoir qui se trouvait à l'intérieur de la maison et ce qui s'y trouvait dont dix heures de surveillance de la résidence de l'accusé. L'allégation selon laquelle la décision d'entrer dans la résidence de l'accusé sans s'annoncer n'était que l'application de routine d'une pratique générale de la police n'est pas étayée par la preuve. Aucun élément de preuve ne fait état d'une telle pratique et encore moins de son application en l'espèce.

Le fait que les membres de l'escouade tactique n'avaient pas de copie du mandat sur eux lorsqu'ils sont

the search unreasonable. The purpose of s. 29(1) of the *Criminal Code* is to allow the occupant of the premises to be searched to know why the search is being carried out, to allow assessment of his or her legal position and to know as well that there is a colour of authority for the search, making forcible resistance improper. These purposes are fully achieved by insisting that the warrant be in the possession of at least one member of the team of officers executing the warrant. While it is a better practice for someone among the first group of officers in the door to have a copy on his or her person, the officers had the warrant with them because a copy was in the possession of the primary investigator who was in charge of the search and immediately at hand. In this case, there is no evidence that anyone ever asked to see the warrant.

*Per* Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The search of the accused's residence was not carried out in a reasonable manner. The police had no reason to believe that a "dynamic" entry was necessary to protect the safety of the officers. Neither the accused nor any other occupant of the house had a history of violence or a criminal record, there was no suspicion that the accused was a member of any gang, and the police had no reason to believe that there were firearms or any other weapons on the premises. The violent nature of the intervention caused extensive damage to the house, leaving it in a shambles. In the absence of exigent circumstances or other particularized grounds, the police were obliged by law to make reasonable inquiries, before conducting that search, to ascertain the nature of the premises they intended to enter, the identities and background of its occupants, and the real risk, in executing the warrant, of resistance by force. In this case, the police made no attempt to obtain any information regarding the accused's home or its occupants. Nor did the Crown provide any evidence or any reasonable explanation for the failure of the police to make the requisite inquiry. While the police had reasonable grounds to believe that N and T were gang-affiliated drug traffickers, the record indicates that they had no reasonable belief that either N or T would be at the accused's residence at the time of the search. T had never been seen to enter that residence and N was already in police custody. Finally, there was no possible link between the evidence gathered by police and the violent method of entry into the accused's home. The risk analysis, which was designed to identify potential risks for execution of the search warrants and to inform the tactical team about the investigation and its targets, did not mention the accused or any other occupant of the residence, and was never shown to the tactical team. The unannounced and violent entry appears to have been driven more by

entrés n'a pas rendu la perquisition abusive. Le paragraphe 29(1) du *Code criminel* a pour objet de permettre à l'occupant des lieux visés par la perquisition d'être mis au courant des motifs de la perquisition, d'évaluer sa position sur le plan juridique et de savoir que la perquisition semble être autorisée, de sorte qu'il devienne inutile d'y résister par la force. On répond pleinement à ces objectifs lorsqu'on insiste pour dire que le mandat se trouve en la possession d'au moins une des personnes faisant partie de l'équipe chargée d'exécuter le mandat. Bien que je croie qu'il soit préférable qu'un des agents faisant partie du premier groupe à se présenter à la porte ait une copie du mandat sur lui, les policiers étaient munis du mandat parce que l'enquêteur principal chargé de la perquisition en avait une copie en sa possession et pouvait la produire sur-le-champ. En l'espèce, rien ne permet de penser que quelqu'un a demandé à voir le mandat.

*Les juges* Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : La perquisition de la résidence de l'accusé a été effectuée de manière abusive. Les policiers n'avaient aucune raison de croire qu'une intervention « dynamique » était nécessaire pour assurer la sécurité des policiers. Ni l'accusé ni aucun autre des occupants de la maison n'avait d'antécédents de violence ou de casier judiciaire, l'accusé n'a jamais été soupçonné d'appartenir à quelque gang que ce soit et les policiers n'avaient aucune raison de croire qu'il y avait des armes à feu ou d'autres armes sur les lieux. La nature violente de l'intervention a causé des dommages considérables à la maison, la laissant sens dessus dessous. À défaut d'urgence ou d'autres motifs précis, les policiers étaient tenus, de par la loi, de faire des vérifications raisonnables, avant de procéder à la perquisition en question, pour s'assurer de la nature des lieux qu'ils entendaient perquisitionner, de l'identité et des antécédents de ses occupants et du risque réel de se buter à une résistance par la force lors de l'exécution du mandat. En l'espèce, les policiers n'ont pas tenté d'obtenir des renseignements au sujet du domicile de l'accusé ou de ses occupants. Le ministère public n'a en outre présenté aucun élément de preuve ni d'explication raisonnable pour justifier le défaut de la police de procéder aux investigations nécessaires. Même si les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que N et T étaient des trafiquants de drogue affiliés à un gang, le dossier indique qu'ils n'avaient aucun motif raisonnable de croire que N ou T se trouveraient au domicile de l'accusé au moment de la perquisition. Personne n'avait jamais vu T entrer dans cette maison et N était à ce moment-là détenu par la police. Finalement, il n'y avait pas de lien possible entre les éléments de preuve recueillis par la police et la violence utilisée pour entrer dans le domicile de l'accusé. L'analyse du risque, qui visait à identifier les risques potentiels lors de l'exécution des mandats de perquisition et à fournir à l'escouade tactique des renseignements au sujet de l'enquête

general practice than by information regarding the accused's home and its occupants.

Nor did the police have any basis for a particularized and reasonable belief that, in the absence of a swift and violent entry, evidence would be concealed or destroyed by anyone present or likely to be present at the time. It is true that illicit drugs are easily concealed or discarded, but that alone is insufficient to justify a violent entry by masked officers brandishing loaded firearms. The police must make some attempt to ascertain whether there is a real likelihood that, without a sudden and violent entry, the occupants would have time and would proceed to conceal or destroy the evidence that is the object of the search. It is well established that generic information about the potential presence of drugs in a home is insufficient to warrant so drastic a violation of its occupants' constitutional rights.

Other aspects of the search contribute to its overall unreasonableness. There are reasonable justifications for a police tactical team to wear balaclavas, but the Crown's own evidence is that the police wore the balaclavas because that is what they always did, not because of the particular circumstances of the case. In this case, they were worn to intimidate and psychologically overpower those inside. Gratuitous intimidation of this sort — psychological violence entirely unrelated to the particular circumstances of the search — may in itself render a search unreasonable. Moreover, anonymity in the exercise of power, particularly state power, invites in some a sense of detachment and a feeling of impunity. The wearing of masks by intruding police officers creates an unjustified risk in this regard where, as here, it is based on nothing more than an ill-considered police "policy" that has been judicially condemned on more than one occasion.

Finally, the police did not comply with the requirements of s. 29 of the *Criminal Code*. The warrant was in the hands of the lead investigator who entered the residence between four and nine minutes after the tactical team. The members of that team were bound by s. 29 to have with them, where feasible, the search

et des individus qu'elle visait, ne mentionnait ni l'accusé ni aucun autre occupant de la résidence et n'a jamais été montrée à l'escouade tactique. L'entrée violente et non annoncée semble avoir été davantage motivée par des pratiques générales que par des renseignements relatifs à la résidence de l'accusé et à ses occupants.

Les policiers n'avaient non plus aucun motif leur permettant raisonnablement de croire de façon plus particulière que, s'ils n'entraient pas dans la maison de façon soudaine et violente, des éléments de preuve seraient dissimulés ou détruits par une des personnes présentes ou susceptibles d'être présentes à ce moment-là. Il est vrai qu'il est facile de dissimuler des drogues illicites ou de s'en défaire, mais ce fait ne suffit pas à lui seul pour justifier une entrée violente par des agents masqués brandissant des armes à feu chargées. Les policiers doivent tenter de vérifier s'il existe une réelle probabilité que, sans une intervention soudaine et violente, les occupants auront le temps de dissimuler ou de faire disparaître les éléments de preuve visés par la perquisition et que c'est effectivement ce qu'ils feraient. Il est de jurisprudence constante que des renseignements d'ordre général sur la présence possible de drogues dans une maison ne sont pas suffisants pour justifier une violation aussi considérable des droits constitutionnels de ses occupants.

Il y a d'autres aspects de la perquisition qui contribuent à son caractère généralement abusif. Il existe des motifs raisonnables pour lesquels les membres d'une escouade tactique portent des cagoules. Or, selon la preuve présentée par le ministère public lui-même, les policiers étaient cagoulés parce que c'est ce qu'ils faisaient toujours et non pas en raison des circonstances particulières de la cause. En l'espèce, ils portaient des cagoules pour intimider les occupants de la maison et les dominer psychologiquement. Ce genre d'intimidation gratuite — une violence psychologique n'ayant aucun rapport avec les circonstances particulières de la perquisition — peut, en soi, rendre une perquisition abusive. Qui plus est, l'anonymat dans l'exercice d'un pouvoir, en particulier de la part de l'État, suscite chez certains un sentiment d'indifférence et d'impunité. Le port de cagoules par des policiers intrus créait, dans ces conditions, un risque injustifié dès lors que, comme en l'espèce, il n'était fondé sur rien de plus qu'une « politique » irréfléchie de la police, politique qui avait déjà été condamnée à plusieurs reprises par les tribunaux.

Finalement, les policiers ne se sont pas conformés aux exigences de l'art. 29 du *Code criminel*. Le mandat se trouvait entre les mains de l'enquêteur chef qui est entré dans la résidence entre quatre et neuf minutes après l'escouade tactique. L'article 29 obligeait les membres de cette escouade à être munis, si la chose était possible,

warrant under which they were acting and to produce it on demand. The Crown led no evidence that it was not feasible in this case. This is not a technical or insignificant breach of the law. It is a violation of a venerable principle of historic and constitutional importance.

The police violated the accused's rights under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure and, in this case, the evidence should have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The infringing state conduct involves an armed, sudden and violent assault by masked intruders on a private residence without reasonable justification. This constituted not only a violation of s. 8, but also an unnecessary and egregious departure from the common law "knock and announce" rule. The *Charter*-infringing conduct is serious because it also constitutes a violation of s. 12 of the *Controlled Drugs and Substances Act* which provides that the police, when executing a search warrant, must use only "as much force as is necessary in the circumstances". In addition, the officers did not comply with the requirements of s. 29 of the *Code*. The privacy interest protected by s. 8 is most actively engaged in the context of a private residence, and society's interest in the adjudication of this case on its merits does not outweigh the interests of society, in the longer term, in discouraging routine disregard by the police of constitutional, statutory and common law safeguards designed to protect the sanctity of a person's home.

### Cases Cited

By Cromwell J.

**Referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Gimson*, [1991] 3 S.C.R. 692; *R. v. DeWolfe*, 2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221; *Crampton v. Walton*, 2005 ABCA 81, 40 Alta. L.R. (4th) 28; *R. v. Asante-Mensah*, 2003 SCC 38, [2003] 2 S.C.R. 3; *R. v. Lau*, 2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Schedel*, 2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Patrick*, 2007 ABCA 308, 81 Alta. L.R. (4th) 212, aff'd on other grounds, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579.

By Fish J. (dissenting)

*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Schedel*, 2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Lau*, 2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273; *R. v.*

du mandat de perquisition en vertu duquel ils agissaient et de le produire sur demande. Le ministère public n'a soumis aucun élément de preuve tendant à démontrer que la chose n'était pas possible en l'espèce. Il ne s'agit pas d'une violation banale ou technique de la loi. Il s'agit d'un manquement à un principe vénérable qui revêt une grande importance tant sur le plan historique que sur le plan constitutionnel.

Les policiers ont violé le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* et, en l'espèce, les éléments de preuve auraient dû être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. La conduite attentatoire de l'État implique une agression armée, soudaine et violente commise sans motifs raisonnables par des intrus masqués dans une résidence privée. Cette façon de procéder constituait non seulement une violation de l'art. 8, mais également un manquement tout aussi flagrant qu'inutile au principe de la common law obligeant les policiers à frapper à la porte et à s'annoncer. La conduite attentatoire est grave parce qu'elle constitue également une violation de l'art. 12 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, qui ne permet aux policiers qui exécutent un mandat de perquisition de recourir qu'« à la force justifiée par les circonstances ». De plus, les policiers ne se sont pas conformés aux exigences de l'art. 29 du *Code*. Le droit à la protection de la vie privée garanti par l'art. 8 est fortement en jeu dans le cas d'une résidence privée et l'intérêt qu'a la société à ce que l'affaire soit jugée au fond ne l'emporte pas sur l'intérêt qu'a la société, à plus long terme, à dissuader la police de bafouer systématiquement des mesures de protection qui sont consacrées par la Constitution, la loi et la common law et qui visent à protéger l'inviolabilité du domicile.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Gimson*, [1991] 3 R.C.S. 692; *R. c. DeWolfe*, 2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221; *Crampton c. Walton*, 2005 ABCA 81, 40 Alta. L.R. (4th) 28; *R. c. Asante-Mensah*, 2003 CSC 38, [2003] 2 R.C.S. 3; *R. c. Lau*, 2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273; *R. c. Schedel*, 2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Patrick*, 2007 ABCA 308, 81 Alta. L.R. (4th) 212, conf. pour d'autres motifs par 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579.

Citée par le juge Fish (dissident)

*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Schedel*, 2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Lau*, 2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273; *R. c. DeWolfe*,

*DeWolfe*, 2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 24(2).  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 11, 12.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 29.

### Authors Cited

British Columbia. Policing in British Columbia Commission of Inquiry. *Closing The Gap: Policing and the Community — The Report*, vol. 2. Victoria: The Commission, 1994.

Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2010, release 4).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Ritter, O'Brien and Slatter JJ.A.), 2009 ABCA 147, 454 A.R. 362, 6 Alta. L.R. (5th) 203, 65 C.R. (6th) 130, 243 C.C.C. (3d) 510, [2009] 7 W.W.R. 579, [2009] A.J. No. 448 (QL), 2009 CarswellAlta 580, upholding the accused's conviction. Appeal dismissed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

*David G. Chow and Michael Bates*, for the appellant.

*Ronald C. Reimer and Robert A. Sigurdson*, for the respondent.

*Susan Magotiaux*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Jolaine Antonio*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Ryan D. W. Dalziel and Daniel A. Webster, Q.C.*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Christopher A. Wayland and Sarah R. Shody*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 29.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 11, 12.

### Doctrine citée

Colombie-Britannique. Policing in British Columbia Commission of Inquiry. *Closing The Gap : Policing and the Community — The Report*, vol. 2. Victoria : The Commission, 1994.

Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. *Search and Seizure Law in Canada*, vol. 1. Toronto : Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2010, release 4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Ritter, O'Brien et Slatter), 2009 ABCA 147, 454 A.R. 362, 6 Alta. L.R. (5th) 203, 65 C.R. (6th) 130, 243 C.C.C. (3d) 510, [2009] 7 W.W.R. 579, [2009] A.J. No. 448 (QL), 2009 CarswellAlta 580, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

*David G. Chow et Michael Bates*, pour l'appellant.

*Ronald C. Reimer et Robert A. Sigurdson*, pour l'intimée.

*Susan Magotiaux*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jolaine Antonio*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Ryan D. W. Dalziel et Daniel A. Webster, c.r.*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Christopher A. Wayland et Sarah R. Shody*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

The judgment of McLachlin C.J. and Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

### I. Introduction

[1] The appellant was convicted of possession of cocaine for the purpose of trafficking. He admits he committed this offence. He says, however, that the cocaine, which was found in a search of his room when he was not at home, was obtained as a result of an unreasonable search and therefore should not have been admitted into evidence. The police, who had a valid search warrant, used a “hard entry” — they rammed open the front door without knocking or announcing their presence — and nine masked officers of the tactical team secured the house. The trial judge and majority of the Court of Appeal held that the appellant’s under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* rights had not been infringed because the search had been lawfully authorized and reasonably conducted. However, O’Brien J.A., dissenting in the Court of Appeal, would have held that the search, while lawfully authorized, had been conducted unreasonably and that the evidence concerning the cocaine should have been excluded because its admission would bring the administration of justice into disrepute: 2009 ABCA 147, 454 A.R. 362, at paras. 138-47. The appellant’s further appeal to this Court, which comes to us as of right, raises two issues:

1. Did the trial judge err in finding that the search was conducted reasonably?
2. If the search was conducted unreasonably, should the cocaine found in the appellant’s room be excluded by virtue of s. 24(2) of the *Charter* because its admission would bring the administration of justice into disrepute?

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

[1] L’appelant a été reconnu coupable de possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic. Il reconnaît avoir commis cette infraction. Il affirme toutefois que la cocaïne qui a été trouvée dans sa chambre, lors de la perquisition, alors qu’il n’était pas chez lui, a été obtenue à la suite d’une perquisition abusive et qu’elle n’aurait donc pas dû être admise en preuve. Les policiers, qui avaient un mandat de perquisition valide, ont procédé à une « entrée musclée » — ils ont enfoncé la porte d’entrée avec un bélier sans avoir d’abord frappé et sans avoir annoncé leur présence — après que neuf agents masqués de l’escouade tactique eurent encerclé la maison. Le juge de première instance et la majorité des juges de la Cour d’appel ont estimé que les droits garantis à l’appelant par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n’avaient pas été enfreints parce que la perquisition avait été autorisée légalement et n’avait pas été effectuée de manière abusive. Le juge O’Brien, qui était dissident à la Cour d’appel, aurait toutefois conclu que, même si elle avait été légalement autorisée, la perquisition avait été exécutée de manière abusive et que les éléments de preuve relatifs à la cocaïne auraient dû être écartés parce que leur admission était susceptible de déconsidérer l’administration de la justice : 2009 ABCA 147, 454 A.R. 362, par. 138-147. Le présent pourvoi formé de plein droit par l’appelant devant notre Cour soulève deux questions :

1. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que la perquisition n’avait pas été effectuée de manière abusive?
2. Si la perquisition a été effectuée de manière abusive, la cocaïne trouvée dans la chambre de l’appelant devrait-elle être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte* parce que son admission serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice?

[2] In my respectful view, the trial judge made no reviewable error in concluding that the search was conducted reasonably. The police had well-grounded concerns that the use of less intrusive methods would pose safety risks to the officers and occupants of the house and risk the destruction of evidence. The suggestions that the police had no basis for their concerns about the risk of violence or destruction of evidence are, with respect, contrary to the findings of the trial judge and to the evidence in the record. Both the police and the reviewing judge are entitled to draw reasonable inferences from the established facts. Only a failure to do so could lead one to the conclusion that there was no basis for reasonable concern about the risk of violence and the destruction of evidence in this case. Even the appellant conceded in the Court of Appeal that the destruction of evidence was a realistic concern. Similarly, the suggestion that, before the search, the police could easily have discovered (by unspecified means) what they learned during it, is contrary to an express finding of fact by the trial judge. Finally, the suggestion that the decision to make an unannounced hard entry into the Cornell residence was simply a rote application of a general police practice is not supported by the evidence. There is no evidence of such a practice let alone of its application here.

[3] There being no breach of the appellant's rights, it is not necessary to address the second question relating to the exclusion of evidence. I would dismiss the appeal.

## II. Overview of the Facts

[4] It is important to look at the facts about the search in issue here in the broader context of the investigation of which it formed a part. It is also important to remember that the decisions made by the police as to how to conduct the entry to the residence must be assessed in light of the information

[2] À mon humble avis, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur qui justifierait notre intervention en concluant que la perquisition n'avait pas été effectuée de manière abusive. Les policiers avaient des motifs légitimes de croire que le recours à une méthode moins attentatoire créerait un risque pour leur sécurité et pour celle des occupants de la maison et entraînerait la destruction d'éléments de preuve. J'estime, en toute déférence, que l'allégation suivant laquelle les craintes des policiers au sujet du risque de violence ou de destruction d'éléments de preuve n'étaient pas fondées contredit les conclusions du juge de première instance ainsi que les éléments de preuve versés au dossier. Tant les policiers que le juge qui procède au contrôle peuvent tirer des inférences raisonnables. Seule l'omission de le faire pourrait mener à conclure qu'une crainte raisonnable quant au risque de violence et à celui de la destruction d'éléments de preuve n'était pas fondée en l'espèce. Même l'appellant a admis en Cour d'appel qu'il était réaliste de craindre que des éléments de preuve soient détruits. Dans le même ordre d'idées, l'allégation suivant laquelle, avant la perquisition, les policiers auraient pu aisément découvrir — par des moyens qui ne sont pas précisés — ce qu'ils ont découvert au cours de celle-ci contredit une conclusion de fait explicite du juge de première instance. Finalement, l'allégation selon laquelle la décision d'entrer dans la résidence des Cornell sans s'annoncer n'était que l'application de routine d'une pratique générale de la police n'est pas étayée par la preuve. Aucun élément de preuve ne fait état d'une telle pratique et encore moins de son application en l'espèce.

[3] Comme il n'y a pas eu violation des droits de l'appellant, il n'est pas nécessaire d'aborder la seconde question relative à l'exclusion des éléments de preuve. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Aperçu des faits

[4] Il est important de situer les faits entourant la perquisition en litige en l'espèce dans le contexte général de l'enquête dans laquelle elle s'inscrivait. Il importe aussi de se rappeler que les décisions prises par les policiers sur la façon d'entrer dans la résidence en question doivent être évaluées à la

reasonably available to them at the time the decision was made. There is no question here that, had police known what they would in fact encounter in the residence, the approach would have been different. However, as the trial judge wisely observed, “the [appellant] cannot attack the police decision on the basis of circumstances that were not reasonably known to the police”: A.R., vol. I, at p. 16.

[5] The police obtained three search warrants on the morning of November 30, 2005. Two of the warrants related to dwelling houses and the third to a motor vehicle. The appellant was not and never had been a target of the investigation. Rather, the police were investigating what they believed to be “dial-a-dope” operation run by two members of a violent criminal gang. Based on surveillance and other evidence, the police thought that the appellant’s residence was being used in that operation. This investigation was not about someone like the appellant who was previously unknown to police and who was keeping a little cocaine in his bedroom. The police nonetheless were entitled to draw reasonable inferences about the risks the search of the Cornell residence posed to them and in relation to the destruction of evidence from the activities and people involved. As I shall outline in a moment, the police had good reasons to believe based, among other things, on their surveillance of the premises, that the Cornell residence, which the appellant had given as his address, was being used in a drug dealing enterprise carried on by members of a violent criminal gang. They also had good reason to believe that the appellant himself was associated with at least one of these gang members who, through police surveillance of the Cornell residence, appeared to be welcome there. Attempts to consider the appellant in isolation from these facts are, in my respectful view, highly artificial.

lumière des renseignements dont ils disposaient raisonnablement au moment où ils ont pris ces décisions. En l’espèce, il ne fait aucun doute que, s’ils avaient su ce qu’ils allaient effectivement trouver dans la résidence, les policiers auraient utilisé une méthode différente. Toutefois, ainsi que le juge de première instance l’a fait judicieusement observer : [TRADUCTION] « . . . [l’appellant] ne peut attaquer la décision des policiers en invoquant des circonstances que ceux-ci ne pouvaient raisonnablement connaître » : d.a., vol. I, p. 16.

[5] Les policiers ont obtenu trois mandats de perquisition le matin du 30 novembre 2005 : deux de ces mandats visaient des maisons d’habitation et le troisième, un véhicule automobile. L’appellant n’était pas et n’a jamais été visé par l’enquête. En effet, les policiers enquêtaient sur ce qu’ils croyaient être un réseau de vente de drogue sur appel dirigé par deux membres d’un gang de criminels violents. Se fondant sur la surveillance qui avait été effectuée et sur d’autres éléments de preuve, les policiers croyaient que la résidence de l’appellant servait à ce genre d’activités. L’enquête en question ne portait pas sur une personne comme l’appellant qui était jusqu’alors inconnue des policiers et qui gardait un peu de cocaïne dans sa chambre. Les policiers pouvaient tout de même tirer des inférences raisonnables quant aux risques qu’ils courraient en perquisitionnant la résidence des Cornell et quant à la destruction d’éléments de preuve à partir des activités qui s’y déroulaient et des personnes impliquées. Comme je vais l’expliquer brièvement sous peu, les policiers avaient des motifs légitimes de croire, compte tenu, entre autres, de la surveillance qu’ils avaient faite des lieux, que des membres d’un gang de criminels violents se servaient de la résidence des Cornell — dont l’adresse est celle que l’appellant a donnée comme étant la sienne — pour faire le trafic de drogues. Ils avaient aussi des motifs légitimes de croire que l’appellant lui-même était associé avec au moins un des membres du gang en question qui, selon ce qu’avait permis de découvrir la surveillance de la résidence des Cornell, semblait y être le bienvenu. J’estime qu’il serait parfaitement artificiel de tenter d’isoler l’appellant de ces faits.

[6] In 2005, the Calgary police received information from a confidential informant that Henry Nguyen and Tuan Tran were running a “dial-a-dope” cocaine trafficking operation. They were believed by police to be members of an organized criminal group known as the “Fresh Off the Boat” gang. Police also believed that this gang, in the time leading up to the events in issue in this appeal, had been engaged in a violent war with another criminal gang that had resulted in a number of shootings and deaths. As one of the investigators said in his evidence at trial:

... it was a real concern for police officers having to attend any residence that may be frequented by persons from these groups, in that they could pose a real threat to the police. We would not want them to react to our presence, take hostages, to fight the police to try to gain their escape, to try to fend off the police while the evidence was destroyed. So it became a very, very real security risk for the police officers that would be attending these residences. [A.R., vol. II, at p. 103]

The trial judge accepted this evidence.

[7] As mentioned, the police applied for, and obtained, search warrants for two residences which they believed were being used in the operation — the Tran residence and the Cornell residence — and, in addition, for a motor vehicle frequently used by Nguyen. Detective Barrow of the Calgary Police Service swore an Information to Obtain A Search Warrant (“ITO”) relating to the Cornell residence that, among other things, included the following details:

- An informant had told police that Nguyen and Tran ran a cocaine dial-a-dope operation (para. 11).
- This information was substantiated by investigation which included surveillance of Tran and Nguyen, checks in various police and other databases and by the opinion of a police

[6] En 2005, la police de Calgary a reçu d’un informateur des renseignements suivant lesquels Henry Nguyen et Tuan Tran dirigeaient un réseau de vente sur appel de cocaïne. Les policiers les soupçonnaient d’appartenir à un groupe criminel organisé connu sous le nom de gang « Fresh Off the Boat ». La police croyait aussi que, jusqu’au moment des faits en litige dans le présent appel, ce gang livrait une guerre violente à un autre gang criminel et que ce conflit s’était soldé par de nombreux échanges de coups de feu et par plusieurs décès. Ainsi que l’un des enquêteurs l’a déclaré dans le témoignage qu’il a donné au procès :

[TRADUCTION] ... les agents de police craignaient vraiment de se rendre dans une résidence qui pouvait être fréquentée par des membres de ces groupes, puis que ceux-ci pouvaient constituer une véritable menace pour la police. Nous ne voulions pas qu’ils réagissent à notre présence, prennent des otages, en viennent aux mains avec les policiers pour tenter de s’échapper ou repoussent les policiers pendant qu’ils faisaient disparaître des éléments de preuve. La sécurité des agents qui devaient se présenter à ces adresses était donc très sérieusement compromise. [d.a., vol. II, p. 103]

Le juge de première instance a accepté ce témoignage.

[7] Comme il a déjà été mentionné, les policiers ont demandé et obtenu des mandats de perquisition pour deux résidences qui, selon eux, servaient au réseau de trafic de drogue — celle de M. Tran et celle des Cornell — ainsi que pour un véhicule automobile fréquemment utilisé par M. Nguyen. Le détective Barrow, du service de police de Calgary, a fait sous serment une dénonciation en vue d’obtenir un mandat de perquisition visant la résidence des Cornell. Cette dénonciation contenait notamment les détails suivants :

- Un informateur avait dit à la police que M. Nguyen et M. Tran dirigeaient un réseau de vente sur appel de cocaïne (par. 11).
- Ces renseignements avaient été confirmés par une enquête au cours de laquelle M. Tran et M. Nguyen avaient fait l’objet d’une surveillance, par des vérifications faites dans diverses bases

officer with long experience and expertise in the investigation of drug trafficking.

- The activity at the two residences was consistent with them being used as stash locations where Nguyen would reload his cocaine supply for the dial-a-dope business. In particular, the ITO stated that Nguyen had made brief visits to the appellant's residence on four occasions over a period of approximately two weeks. On the last visit, an unknown male accompanied Nguyen back to the vehicle for a short time and then returned to the residence.
  - The Cornell residence was owned by Phuong Kim Thi Le and was occupied by Lorraine Cornell.
  - Nguyen had been taken into custody two months before the search and released. A mobile phone registered to the appellant as subscriber was found in the car Nguyen was driving at that time. The subscriber information for the telephone showed the appellant's address as the Cornell residence. The appellant had also given the address of the Cornell residence when he had been involved in a car accident about five months earlier.
  - The tactical team would be required to enter the residence in order to avoid the destruction of evidence by potential occupants and for the safety of both the public and the police because of Nguyen and Tran's history of violence and association with the organized crime group "Fresh Off the Boat".
- de données — notamment celles de la police — et par l'avis d'un policier possédant une vaste expérience et des connaissances approfondies en matière d'enquêtes sur le trafic de drogues.
  - Les activités qui se déroulaient dans ces deux résidences permettaient logiquement de penser qu'elles servaient de cachettes et que M. Nguyen pouvait s'y réapprovisionner en cocaïne pour son réseau de vente de drogues sur appel. Plus particulièrement, la dénonciation précisait que M. Nguyen avait fait à quatre reprises sur une période d'environ deux semaines de courtes visites au domicile de l'appellant. Lors de la dernière visite, un homme inconnu avait accompagné M. Nguyen jusqu'à la voiture et y était resté quelques instants. Il était ensuite retourné dans la résidence en question.
  - La résidence des Cornell appartenait à Phuong Kim Thi Le et était occupée par Lorraine Cornell.
  - M. Nguyen avait été arrêté deux mois avant la perquisition pour être ensuite remis en liberté. Un téléphone mobile enregistré au nom de l'appellant avait été trouvé dans la voiture conduite par M. Nguyen à l'époque. Suivant les renseignements relatifs à l'abonné quant à ce numéro de téléphone, l'adresse de l'appellant était celle de la résidence des Cornell. L'appellant avait également donné l'adresse de la résidence des Cornell lors de l'accident de voiture dans lequel il avait été impliqué environ cinq mois plus tôt.
  - L'escouade tactique devait pénétrer à l'intérieur de la résidence pour éviter que ses éventuels occupants ne fassent disparaître des éléments de preuve et pour assurer la sécurité tant du public que des policiers, compte tenu des antécédents de violence de M. Nguyen et de M. Tran et de leur association avec le crime organisé et plus particulièrement avec le gang « Fresh Off the Boat ».

[8] A judge of the Alberta Provincial Court authorized warrants to search the Cornell residence

[8] Un juge de la Cour provinciale de l'Alberta a délivré des mandats permettant de perquisitionner

as well as the other residence believed to be Tran's and a motor vehicle operated by Nguyen. The Cornell residence was placed under surveillance from the morning of November 30, 2005, until the search warrant was executed shortly before 6:00 that evening.

[9] - The situation was complicated by the fact that the police felt that it was important to execute the three warrants as closely in time as possible. As Constable Smolinski explained in his trial testimony, the police were concerned that if a person inside one residence was able to make a phone call, it might lead to loss of valuable evidence at the other. A tactical team was to be used at both residences and in the stop of the vehicle. Its job was to secure the site and then turn it over to the investigators who would conduct the search.

[10] At the Cornell residence, the tactical team conducted an unannounced hard entry, sometimes referred to as a "dynamic entry", by nine police officers with weapons drawn and wearing balaclavas and body armour. Entry involved battering the front door and entering the house while yelling "Police, search warrant". The only person in the house at the time was the appellant's brother, who was 29 years old and mentally challenged. He was taken down and handcuffed with his hands behind his back. His emotional distress became quickly apparent and the officer dealing with him removed the handcuffs, took off his balaclava, called the accompanying paramedic to assist and facilitated a call by the man to his mother Lorraine. According to the evidence, from the time of entry to the time that this individual was out of the handcuffs and seated on a couch being comforted by one of the officers was about four minutes: C.A., at para. 40, *per* Slatter J.A. As noted by Slatter J.A. in the Court of Appeal, there was some damage to the premises during the entry, but Ms. Cornell testified that she was able to repair it with material she had around the

à la résidence des Cornell ainsi qu'à l'autre résidence, où l'on croyait que M. Tran habitait, ainsi que dans un véhicule automobile conduit par M. Nguyen. La résidence des Cornell a été mise sous surveillance le matin du 30 novembre 2005 jusqu'à l'exécution du mandat de perquisition, peu de temps avant 18 h le même jour.

[9] La situation était compliquée du fait que la police estimait qu'il était important que l'exécution de chacun des trois mandats soit aussi rapprochée que possible dans le temps. Ainsi que l'agent Smolinski l'a expliqué dans son témoignage au procès, les policiers craignaient que, si une personne se trouvant à l'intérieur d'une des deux maisons était en mesure de faire un appel téléphonique, de précieux éléments de preuve se trouvant dans l'autre maison ne risquent d'être perdus. On devait faire appel à l'escouade tactique pour intervenir aux deux résidences et pour appréhender le véhicule. Le travail de l'escouade consistait à encercler les lieux et à laisser ensuite les enquêteurs procéder à la perquisition.

[10] À la résidence des Cornell, l'escouade tactique a, sans s'annoncer, procédé à une entrée musclée parfois appelée « entrée dynamique » : neuf policiers portant cagoules et gilets pare-balles ont fait irruption armes chargées au poing. Ils ont enfoncé la porte d'entrée et ont fait irruption en criant : [TRADUCTION] « Police! Perquisition! » La seule personne qui se trouvait dans la maison à ce moment-là était le frère de l'appelant, qui était âgé de 29 ans et qui était atteint d'une déficience intellectuelle. On l'a plaqué au sol et on lui a passé les menottes après lui avoir fait mettre les mains dans le dos. Devant son trouble émotionnel rapidement devenu manifeste, le policier qui s'en occupait lui a enlevé les menottes, a retiré sa cagoule, a appelé l'ambulancier paramédical qui accompagnait l'équipe tactique en renfort et a aidé l'homme à appeler sa mère, Lorraine. Suivant la preuve, quatre minutes environ se sont écoulées entre le moment où les policiers sont entrés dans la maison et celui où le frère de l'appelant s'est fait retirer les menottes et s'est retrouvé assis sur un sofa où l'un des policiers a tenté de le calmer : C.A., par. 40, motifs du juge Slatter. Par ailleurs, comme l'a souligné le juge

house without incurring any expense: C.A., at para. 31.

[11] The tactical team did not have the warrant with them when they entered the house. Detective Bent, who was in charge of the investigation and of the search that started as soon as the house was secured by the tactical team, had a copy of the warrant. He entered the residence approximately four minutes after the tactical team went in. The lone occupant present in the house at the time of entry did not ask to see the warrant and neither did Lorraine Cornell, although she was shown a copy when she came back to the house not long after Detective Bent's arrival.

[12] The investigating officers discovered 99.4 grams of cocaine in the corner of the basement bedroom of Jason Cornell, in a box marked "Jason's stuff". Mr. Cornell was later arrested at his place of employment. He formally admitted that he possessed this cocaine for the purposes of trafficking.

### III. Analysis

#### A. *Introduction*

[13] The appellant submits that the critical issue on appeal is whether the manner of entry by the members of the police tactical team was reasonable in the circumstances. The focus is on the decision to use a forced, unannounced entry with masked officers who did not have a copy of the search warrant with them. In the appellant's submission, the most aggravating component of the search flows from choices made by the police with respect to the manner of entry.

[14] While the conduct of the search as a whole must be assessed in light of all of the circumstances,

Slatter de la Cour d'appel, s'il est vrai que les lieux ont été endommagés à l'occasion de l'entrée des policiers, M<sup>me</sup> Cornell a affirmé durant son témoignage qu'elle a pu effectuer les réparations, sans frais, avec des matériaux qui se trouvaient sur sa propriété : C.A., par. 31.

[11] Les agents de l'escouade tactique n'avaient pas le mandat sur eux lorsqu'ils sont entrés dans la maison. Le détective Bent, responsable de l'enquête et de la perquisition qui avait été entreprise dès que l'escouade tactique avait encerclé la maison, avait une copie du mandat en sa possession. Il a pénétré à l'intérieur de la résidence environ quatre minutes après l'escouade tactique. Le seul occupant qui était présent dans la maison à ce moment-là n'a pas demandé à voir le mandat. En outre, même si on lui en a produit une copie lorsqu'elle est revenue chez elle peu de temps après l'arrivée du détective Bent, Lorraine Cornell n'avait pas non plus demandé à le voir.

[12] Les enquêteurs ont découvert 99,4 grammes de cocaïne dans un coin de la chambre de Jason Cornell au sous-sol, dans une boîte marquée [TRADUCTION] « effets de Jason ». M. Cornell a été arrêté plus tard à son lieu de travail. Il a officiellement admis avoir eu cette cocaïne en sa possession en vue d'en faire le trafic.

### III. Analyse

#### A. *Introduction*

[13] L'appelant affirme que la question cruciale dans le présent pourvoi est celle de savoir si la façon dont les membres de l'escouade tactique ont pénétré à l'intérieur de la maison était abusive dans les circonstances. Il insiste surtout sur la décision des policiers de faire irruption dans la maison sans s'annoncer, le visage recouvert d'une cagoule, sans être munis d'une copie du mandat de perquisition. Suivant l'appelant, les décisions prises par les policiers au sujet de la manière d'entrer constituent les circonstances les plus aggravantes de la présente perquisition.

[14] Bien qu'on doive examiner le déroulement de la perquisition globalement en tenant compte de

it will nonetheless be helpful to look separately at the individual matters on which the appellant relies: the police decision making leading to the choice of a forced entry while masked, and the failure of any member of the tactical team to have the warrant at the time of entry.

[15] To address the appellant's submissions, it will be helpful first to briefly summarize the relevant legal principles about reasonable searches, resort to unannounced, forced entries and judicial review of the reasonableness of a search. I will then turn to the police decision to use a hard entry and the failure of the tactical team to have a copy of the warrant.

#### B. *Legal Principles*

##### (1) Reasonable Search and Seizure

[16] To be reasonable under s. 8 of the *Charter*, a search must be authorized by law, the authorizing law must itself be reasonable, and the search must be conducted in a reasonable manner: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278. There is now no dispute that the first two of these conditions are met; the only issue is whether the lawfully authorized search was conducted reasonably.

[17] The onus is on the appellant, as the party alleging a breach of his *Charter* rights, to prove that the search contravened s. 8 of the *Charter*.

##### (2) Knock and Announce

[18] Except in exigent circumstances, police officers must make an announcement before forcing entry into a dwelling house. In the ordinary case, they should give: "(i) notice of presence by knocking or ringing the door bell, (ii) notice of authority, by identifying themselves as law enforcement

l'ensemble des circonstances, il sera quand même utile d'examiner un à un les aspects soulevés par l'appelant, à savoir comment les policiers en sont venus à décider d'entrer par la force, cagoulés, et le fait qu'aucun des membres de l'escouade tactique n'avait de mandat sur lui au moment d'entrer dans la maison.

[15] Pour répondre aux arguments de l'appelant, il est utile de résumer d'abord brièvement les principes juridiques applicables en matière de perquisitions non abusives, de recours à des entrées effectuées par la force et sans s'annoncer et de contrôle judiciaire du caractère abusif de la perquisition. Je vais ensuite examiner la décision des policiers de procéder à une entrée musclée et le fait que l'escouade tactique n'avait pas de copie du mandat.

#### B. *Principes juridiques*

##### (1) Fouilles, perquisitions et saisies non abusives

[16] Pour ne pas être considérée comme abusive au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*, une fouille ou une perquisition doit être autorisée par la loi, la loi elle-même doit n'avoir rien d'abusif, et la fouille ou la perquisition ne doit pas être effectuée d'une manière abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278. Il est désormais acquis aux débats que les deux premières de ces conditions sont remplies en l'espèce; la seule question en litige est celle de savoir si la présente perquisition, qui était autorisée par la loi, a été effectuée ou non de manière abusive.

[17] C'est à l'appelant, qui affirme que ses droits garantis par la *Charte* ont été violés, qu'il incombe de démontrer que la perquisition a contrevenu à l'art. 8 de la *Charte*.

##### (2) Obligation de frapper à la porte et d'annoncer sa présence

[18] Sauf en cas d'urgence, les policiers doivent s'annoncer avant d'entrer de force dans une maison d'habitation. Normalement, ils doivent donner : « (i) avis de leur présence en frappant ou en sonnant, (ii) avis de leur autorité, en s'identifiant comme agents chargés d'exécuter la loi et (iii) avis du but de leur

officers and (iii) notice of purpose, by stating a lawful reason for entry”: *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at p. 747.

[19] Neither the wisdom nor the vitality of the knock and announce principle is in issue on this appeal. Experience has shown that it not only protects the dignity and privacy interests of the occupants of dwellings, but it may also enhance the safety of the police and the public: Commission of Inquiry into Policing in British Columbia, *Closing The Gap: Policing and the Community — The Report* (1994), vol. 2, at pp. H-50 to H-53. However, the principle, while salutary and well established, is not absolute: *Eccles v. Bourque*, at pp. 743-47.

[20] Where the police depart from this approach, there is an onus on them to explain why they thought it necessary to do so. If challenged, the Crown must lay an evidentiary framework to support the conclusion that the police had reasonable grounds to be concerned about the possibility of harm to themselves or occupants, or about the destruction of evidence. The greater the departure from the principles of announced entry, the heavier the onus on the police to justify their approach. The evidence to justify such behaviour must be apparent in the record and available to the police at the time they acted. The Crown cannot rely on *ex post facto* justifications: see *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at pp. 89-91; *R. v. Gimson*, [1991] 3 S.C.R. 692, at p. 693. I would underline the words Chief Justice Dickson used in *Genest*: what must be present is evidence to support the conclusion that “there were grounds to be concerned about the possibility of violence”: p. 90. I respectfully agree with Slatter J.A. when he said in the present case that “[s]ection 8 of the *Charter* does not require the police to put their lives or safety on the line if there is even a low risk of weapons being present”: para. 24.

visite, en déclarant un motif légitime d’entrer » : *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, p. 747.

[19] Ni la sagesse ni la vitalité du principe qui oblige les policiers à frapper à la porte et à annoncer leur présence ne sont remises en question dans le présent pourvoi. L’expérience nous enseigne que ce principe protège non seulement la dignité et le droit au respect de la vie privée des occupants du domicile visé, mais qu’il est également susceptible d’améliorer la sécurité de la police et du public : Commission of Inquiry into Policing in British Columbia, *Closing The Gap: Policing and the Community — The Report* (1994), vol. 2, p. H-50 à H-53. Toutefois, bien qu’il soit salutaire et qu’il soit bien établi, ce principe n’est pas absolu : *Eccles c. Bourque*, p. 743-747.

[20] S’ils décident de déroger à ce principe, les policiers doivent expliquer pourquoi ils jugent nécessaire de le faire. En cas de contestation, le ministère public doit produire des éléments de preuve propres à étayer la conclusion que les policiers avaient des motifs raisonnables de craindre pour leur sécurité ou pour celle des occupants de la maison ou de craindre que des éléments de preuve ne soient détruits. Plus les policiers s’écartent du principe les obligeant à s’annoncer avant d’entrer, plus le fardeau qui leur incombe de démontrer pourquoi ils étaient justifiés de recourir à une telle méthode est lourd. Les éléments de preuve justifiant une telle conduite doivent figurer au dossier et avoir été à la disposition des policiers au moment où ils ont choisi d’agir comme ils l’ont fait. Le ministère public ne saurait alléguer des justifications *ex post facto* : voir *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 89-91; *R. c. Gimson*, [1991] 3 R.C.S. 692, p. 693. Je tiens à souligner les mots employés par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Genest* et à rappeler qu’il faut produire des éléments de preuve propres à étayer la conclusion qu’« il existait des motifs de craindre la possibilité de violence » : p. 90. J’abonde dans le sens du juge Slatter de la Cour d’appel lorsqu’il déclare dans la présente affaire [TRADUCTION] : « L’article 8 de la *Charte* n’exige pas que les policiers mettent leur vie ou leur sécurité en péril même s’il n’existe qu’un faible risque qu’il y ait des armes » (par. 24).

[21] Although *Genest* sets out the correct legal test, it is important to note that the facts in *Genest* are not similar to those in this case. Whereas in this case, the search was conducted pursuant to a valid search warrant, in *Genest*, the evidence did not support the issuance of a search warrant. Accordingly, the search in *Genest*, regardless of how it was conducted, was unreasonable because it was not authorized by law. Furthermore, there was no factual foundation presented to account for the means used by the police during the search. In the case before us, there was a valid warrant and an extensive evidentiary basis for the manner of search.

### (3) Judicial Review

[22] The main question is whether the police had reasonable grounds for concern to justify use of an unannounced, forced entry while masked in this case. The trial judge is required to assess the decision of the police to act as they did and the appellate court is required to review the trial judge's conclusions. Three things must be kept in mind throughout these reviews.

[23] First, the decision by the police must be judged by what was or should reasonably have been known to them at the time, not in light of how things turned out to be. Just as the Crown cannot rely on after-the-fact justifications for the search, the decision about how to conduct it cannot be attacked on the basis of circumstances that were not reasonably known to the police at the time: *R. v. DeWolfe*, 2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221, at para. 46. Whether there existed reasonable grounds for concern about safety or destruction of evidence must not be viewed "through the 'lens of hindsight'": *Crompton v. Walton*, 2005 ABCA 81, 40 Alta. L.R. (4th) 28, at para. 45.

[21] Bien que l'arrêt *Genest* énonce le bon test juridique, il importe de signaler que les faits de l'affaire *Genest* étaient différents de ceux de la présente espèce. Alors que, en l'espèce, la perquisition a été menée conformément à un mandat de perquisition valide, dans l'affaire *Genest*, la preuve ne justifiait pas la délivrance d'un mandat de perquisition. Par conséquent, dans *Genest*, quelle qu'ait été la façon dont elle a été menée, la perquisition était abusive puisqu'elle n'était pas autorisée par la loi. De plus, toujours dans l'affaire *Genest*, aucun fondement factuel n'avait été présenté pour justifier les moyens employés par les policiers au cours de la perquisition. Or, dans le cas qui nous occupe, il y avait un mandat valide et d'abondants éléments de preuve tendant à justifier les moyens utilisés pour procéder à la perquisition.

### (3) Contrôle judiciaire

[22] La principale question qui se pose est celle de savoir si les policiers avaient des craintes raisonnables qui les justifiaient en l'espèce d'entrer par la force, cagoulés et sans s'annoncer, au domicile de l'appelant. Le juge de première instance est appelé à évaluer la décision des policiers d'agir comme ils l'ont fait et la juridiction d'appel est, quant à elle, appelée à contrôler les conclusions du juge de première instance. Il faut tenir compte de trois éléments lorsqu'on procède à ce genre de contrôle.

[23] Premièrement, la décision des policiers doit être jugée en fonction de ce qu'ils savaient ou de ce qu'ils auraient raisonnablement dû savoir à l'époque, et non en fonction de ce qui s'est effectivement produit. Tout comme le ministère public ne peut invoquer des raisons *ex post facto* pour justifier la perquisition, on ne peut attaquer la décision prise sur la façon dont devait se dérouler la perquisition en invoquant des faits qui ne pouvaient raisonnablement être connus des policiers à l'époque : *R. c. DeWolfe*, 2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221, par. 46. La question de savoir s'il existait des motifs raisonnables de craindre pour la sécurité ou de craindre que des éléments de preuve ne soient détruits ne doit pas être examinée [TRADUCTION] « à la lumière de ce qu'on sait aujourd'hui » : *Crompton c. Walton*, 2005 ABCA 81, 40 Alta. L.R. (4th) 28, par. 45.

[24] Second, the police must be allowed a certain amount of latitude in the manner in which they decide to enter premises. They cannot be expected to measure in advance with nuanced precision the amount of force the situation will require: *R. v. Asante-Mensah*, 2003 SCC 38, [2003] 2 S.C.R. 3, at para. 73; *Crampton*, at para. 45. It is often said of security measures that, if something happens, the measures were inadequate but that if nothing happens, they were excessive. These sorts of after-the-fact assessments are unfair and inappropriate when applied to situations like this where the officers must exercise discretion and judgment in difficult and fluid circumstances. The role of the reviewing court in assessing the manner in which a search has been conducted is to appropriately balance the rights of suspects with the requirements of safe and effective law enforcement, not to become a Monday morning quarterback.

[25] Third, the trial judge's assessment of the evidence and findings of fact must be accorded substantial deference on appellate review.

C. *The Police Decision to Depart From Knock and Announce in This Case*

[26] The appellant's position is that the police had inadequate information to support the decision to use a hard entry, that they ought to have taken further investigative steps and that their internal decision-making processes were either inadequate or not followed. I will examine these points in turn.

(1) Sufficiency of Information

[27] The appellant submits that the police had no reason to suspect violence in the residence and had no evidence to support the conclusion that any occupant had made provisions for destruction of evidence. Therefore, says the appellant, there was

[24] Deuxièmement, les policiers doivent pouvoir jouir d'une certaine latitude en ce qui concerne la manière dont ils décident de pénétrer dans un lieu. On ne peut s'attendre à ce qu'ils mesurent à l'avance avec une haute précision le degré de force que la situation commandera : *R. c. Asante-Mensah*, 2003 CSC 38, [2003] 2 R.C.S. 3, par. 73; *Crampton*, par. 45. On dit souvent dans le cas de mesures de sécurité que, s'il arrive quelque chose, les mesures n'étaient pas suffisantes, mais que, si rien ne se produit, elles étaient excessives. Ce genre d'appréciation effectuée après-coup est injuste et inacceptable dans un cas comme celui-ci où les agents doivent exercer leur jugement et leur pouvoir d'appréciation dans des circonstances difficiles et changeantes. Le rôle du tribunal qui procède au contrôle judiciaire pour examiner la façon dont la perquisition a été menée consiste, non pas à se poser en gérant d'es-trade, mais à trouver un juste équilibre entre, d'une part, les droits des suspects et, d'autre part, les exigences que comporte la prise de mesures efficaces et sans danger visant à assurer le respect de la loi.

[25] Troisièmement, la juridiction d'appel qui procède au contrôle judiciaire doit faire preuve d'une grande retenue envers l'appréciation que le juge du procès a faite de la preuve et des conclusions de fait.

C. *Décision des policiers de déroger en l'espèce au principe les obligeant à frapper à la porte et à annoncer leur présence*

[26] Selon l'appelant, les policiers ne disposaient pas d'éléments d'information suffisants pour justifier leur décision de procéder à une entrée mus-clée, ils auraient dû procéder à des investigations plus fouillées et leur processus interne de prise de décision était inadéquat ou n'a pas été suivi. Je vais examiner ces points à tour de rôle.

(1) Suffisance des renseignements

[27] L'appelant soutient que les policiers n'avaient aucune raison de soupçonner qu'ils seraient confrontés à une réaction violente dans la résidence, ajoutant qu'ils ne disposaient d'aucun élément de preuve justifiant la conclusion qu'un des occupants de la

no information to support any grounds or necessity to deviate from the standard knock and announce principle. Respectfully, the trial judge's reasons for decision provide a complete answer to this submission. He correctly set out the applicable legal principles. In finding the police conduct of the search met the required standard, the judge made the following findings of fact which support his conclusion:

- It was reasonable for the police to be concerned about their safety and the safety of other occupants given their experience that those who traffic in cocaine frequently are violent and the fact that a cocaine trafficker who associated with violent people was welcome in the residence. The ITO also disclosed that in a dial-a-dope operation, the dealer usually has a place from which to operate which could contain drugs, money, weapons and score sheets. As detailed in the ITO, the whole point of having a location such as the Cornell residence at which to "reload" is to reduce the risk of losing large amounts of drugs or money in the event of a police stop while making deliveries. The Cornell residence was suspected of being such a place.
- The police had reasonable grounds to be concerned that the evidence to be found would be destroyed having regard to the fact that there were reasonable grounds to believe that cocaine would be found in the premises and that it is a substance that may be easily destroyed.
- No circumstances arose before the search warrant was executed which might remove the exigency of the situation.
- maison avait pris des dispositions en vue de faire disparaître des éléments de preuve. L'appelant affirme en conséquence que les policiers ne disposaient d'aucun renseignement justifiant ou exigeant de déroger au principe habituel qui les obligeait à frapper à la porte et à annoncer leur présence avant d'entrer. À mon humble avis, on trouve une réponse complète à cet argument dans les motifs exposés par le juge de première instance qui a correctement exposé les principes juridiques applicables. Pour conclure que le déroulement de la perquisition effectuée par la police satisfaisait à la norme requise, le juge a tiré les conclusions de fait suivantes :
- Il était raisonnable de la part des policiers de craindre pour leur sécurité et pour celle des autres occupants parce que, d'après leur expérience, ceux qui font le trafic de cocaïne sont souvent violents, et parce qu'on savait, en l'espèce, qu'un trafiquant de cocaïne qui fréquentait des individus violents avait ses entrées libres chez l'appelant. La dénonciation révélait également que, dans le cas d'un réseau de vente de drogues sur appel, le revendeur exerce habituellement ses activités à partir d'un lieu où peuvent se trouver des drogues, de l'argent, des armes et des feuilles de pointage. Ainsi qu'il est précisé dans la dénonciation, on choisit un endroit comme la résidence des Cornell comme lieu de « ravitaillement » parce que l'on cherche à réduire le risque de perdre de grandes quantités de drogues ou d'argent en cas d'intervention de la police lors d'une livraison. On soupçonnait la résidence des Cornell d'être un tel lieu.
- Les policiers avaient des motifs raisonnables de craindre que les éléments de preuve qu'ils étaient susceptibles de trouver seraient détruits, compte tenu du fait qu'il existait des motifs raisonnables de croire que l'on trouverait de la cocaïne dans les locaux à perquisitionner et qu'il s'agit d'une substance facile à faire disparaître.
- Aucun fait ne s'est produit, avant l'exécution du mandat de perquisition, qui aurait enlevé à la situation son caractère d'urgence.

- Notwithstanding that, by the time of the search, Nguyen was in custody and the police had observed Lorraine Cornell and her daughter leave the house, the police had no means of knowing who, if anybody, was in the residence or whether there was any person in the residence who would destroy the cocaine evidence upon learning of the presence of the police at the door. As the trial judge noted, the evidence showed that the police had reasonable grounds to believe that “a cocaine trafficker who associated with violent people . . . was welcome in the residence” : A.R., vol. I, at p. 18.
- The fact that Lorraine Cornell and Jason Cornell, who were thought by police to be occupants of the house, had no prior criminal record did not affect the reasonableness of the police concern that evidence could be destroyed; as the trial judge observed, “[a] person without a criminal record could destroy the evidence as easily as a person with a criminal record”: A.R., vol. I, at p. 18.
- Même si au moment de la perquisition, M. Nguyen était détenu sous garde et que Lorraine Cornell avait été vue en train de quitter la maison en compagnie de sa fille, les policiers n’avaient aucun moyen de savoir qui se trouvait à l’intérieur, si même il y avait quelqu’un à l’intérieur de la maison ou si l’un de ses occupants ferait disparaître la cocaïne en découvrant que des policiers étaient à la porte. Comme le juge de première instance l’a fait observer, la preuve démontrait que les policiers avaient des motifs raisonnables de croire qu’[TRADUCTION] « un trafiquant de cocaïne qui fréquentait des individus violents avait ses entrées libres dans cette maison » : d.a., vol. I, p. 18.
- Le fait que Lorraine Cornell et Jason Cornell, qui, selon ce que les policiers croyaient, étaient les occupants de la maison, n’avaient aucun antécédent criminel ne change rien à la légitimité de la crainte des policiers en ce qui concerne la destruction d’éléments de preuve. Ainsi que le juge de première instance l’a fait observer : [TRADUCTION] « [u]ne personne sans casier judiciaire pouvait détruire des éléments de preuve aussi aisément qu’une personne ayant des antécédents judiciaires » : d.a., vol. I, p. 18.

[28] Having correctly stated the legal principles and made findings of fact untainted by clear and determinative error, the judge concluded that

the evidence demonstrated a reasonable explanation by the police for conducting a forceful entry to ensure the cocaine was not destroyed and ensure the safety of the police and the public in all of the circumstances. [A.R., vol. I, at p. 18]

[29] In addition to this finding, the judge also concluded, on the basis of the testimony of many of the police participants, that both the investigative team and the tactical team “possessed a genuine belief that only a forced tactical entry into the residence would lessen the possibility of the illicit substance being destroyed and would enhance the possible safety of the police and the possible occupants of the house”: A.R., vol. I, at p. 19.

[28] Après avoir énoncé correctement les principes juridiques applicables et après avoir formulé des conclusions de fait qui n’étaient entachées d’aucune erreur manifeste et déterminante, le juge a conclu :

[TRADUCTION] . . . suivant la preuve, les policiers ont donné une explication raisonnable pour justifier leur entrée par la force à l’intérieur de la résidence : ils visaient à s’assurer que la cocaïne ne soit pas détruite et à assurer leur sécurité et celle du public, eu égard à l’ensemble des circonstances. [d.a., vol. I, p. 18]

[29] Le juge a également conclu, sur la foi du témoignage de plusieurs des policiers qui avaient participé à l’intervention, que tant les enquêteurs que les membres de l’escouade tactique [TRADUCTION] « croyaient sincèrement que seule une entrée par la force de l’escouade tactique dans la résidence réduirait les possibilités que la substance illicite soit détruite et accroîtrait la sécurité des policiers et des éventuels occupants de la maison » : d.a., vol. I, p. 19.

[30] I see no reviewable error in these conclusions that the police view of the need for a hard entry was both reasonably based and genuinely held. These conclusions are also supported, in my view, by other evidence in the record to which the trial judge does not specifically refer but relates to matters known to the police at the time of entry. The day before entry, the vehicle often driven by Nguyen was observed with Hans Eastgaard as a passenger. Eastgaard had an extensive criminal record which included weapons and drug charges. About two hours before entry, the vehicle often driven by Nguyen was observed to pull up to the rear of the Cornell residence. The driver, described by an officer conducting surveillance as an Asian male, left the vehicle and appeared to retrieve something from the yard of the residence near the fence. The car was stopped about an hour later. At the time, it was driven by Nguyen, who was wearing body armour. His passenger was Eastgaard. Nguyen was in possession of cocaine and cash. There was good reason to be concerned about violence on the part of Nguyen, Tran and Eastgaard. As Slatter J.A. observed, if Nguyen thought his business was dangerous enough to justify wearing body armour, it can hardly have been unreasonable for the police to think the same thing: C.A., at para. 23. At the time of the entry into the Cornell residence, Nguyen and Eastgaard were in custody, but Tran's whereabouts were unknown. These additional facts strengthen the grounds to believe that cocaine would be in the residence (and therefore liable to be easily destroyed) and that a violent reaction to entry might be encountered.

[31] The appellant objects to the use of masks by the police. My view, however, is that the question for the reviewing judge is not whether every detail of the search, viewed in isolation, was appropriate.

[30] Je ne constate aucune erreur justifiant notre intervention dans les conclusions du juge suivant lesquelles les policiers étaient fondés de croire et croyaient sincèrement à la nécessité d'une entrée musclée dans le cas qui nous occupe. Ces conclusions sont également appuyées, à mon avis, par d'autres éléments de preuve versés au dossier que le juge de première instance ne mentionne pas expressément, mais qui concernent des faits qui étaient connus des policiers au moment de leur intervention. La veille de leur intervention, M. Nguyen avait été vu, en compagnie de Hans Eastgaard comme passager, au volant d'un véhicule qu'il conduisait régulièrement. M. Eastgaard avait un casier judiciaire chargé; il avait notamment fait l'objet de nombreuses accusations relatives à des armes et à des drogues. Environ deux heures avant l'arrivée des policiers, le véhicule que M. Nguyen avait l'habitude de conduire a été vu, en train d'être garé à l'arrière de la résidence des Cornell. Le conducteur, que l'agent qui faisait de la surveillance a décrit comme un homme asiatique, est sorti du véhicule et a semblé récupérer quelque chose dans la cour arrière, près de la clôture. La voiture a été appréhendée environ une heure plus tard. Elle était alors conduite par M. Nguyen, qui portait un gilet pare-balles. Le passager était M. Eastgaard. M. Nguyen avait en sa possession de la cocaïne et de l'argent comptant. Il y avait de bonnes raisons de craindre que M. Nguyen, M. Tran et M. Eastgaard ne soient violents. Comme le juge Slatter l'a fait remarqué, si M. Nguyen pensait que le commerce auquel il s'adonnait était suffisamment dangereux pour justifier qu'il porte un gilet pare-balles, il n'était certainement pas déraisonnable que les policiers en pensent autant : C.A., par. 23. Au moment où les policiers sont entrés dans la résidence des Cornell, M. Nguyen et M. Eastgaard étaient en détention, mais on ignorait où se trouvait M. Tran. Ces faits additionnels viennent renforcer les motifs de croire qu'il y aurait de la cocaïne dans la maison (et que cette cocaïne risquait donc d'être facilement détruite) et qu'on pouvait faire face à une réaction violente lors de l'intervention.

[31] L'appelant reproche aux policiers le port de cagoules. J'estime toutefois que la question à laquelle le juge qui procède au contrôle judiciaire doit répondre n'est pas celle de savoir si chacun des

The question for the judge, and the question the judge in this case answered, is whether the search overall, in light of the facts reasonably known to the police, was reasonable. Having determined that a hard entry was justified, I do not think that the court should attempt to micromanage the police's choice of equipment. I should add that *R. v. Lau*, 2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273, and *R. v. Schedel*, 2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193, are of no assistance to the appellant. In neither case was there any mention of the police wearing balaclavas. Both cases concerned police reliance on a blanket policy (one that did not involve balaclavas), of which there was evidence in those cases, always to use a hard entry for the search of suspected marijuana grow operations even in the complete absence of evidence of risk of violence or destruction of evidence. There is no such "blanket policy" in evidence here and the record shows that there were ample grounds for the police to be concerned about violence and destruction of evidence in this case.

## (2) The Need for Additional Investigation

[32] The appellant submits that the police should have known more about the residence and its occupants and that, if they had, they would have made a different decision concerning the type of entry to be made. I cannot accept this contention.

[33] The trial judge found as a fact that the police had no means of knowing before executing the warrant who, if anybody, was in the residence or whether there was anyone in the residence who might destroy the cocaine, if there was any, upon learning of the police presence at the door. The judge also found that the police had done what could reasonably be expected in formulating their decision to use a forced entry. These conclusions,

détails de la perquisition, considérés isolément, était justifié. La question à laquelle le juge doit répondre — et celle à laquelle le juge de première instance a répondu en l'espèce — est celle de savoir si, dans l'ensemble et compte tenu des faits raisonnablement connus des policiers, la perquisition était ou non abusive. Ayant conclu qu'une entrée musclée était justifiée, je ne crois pas que la Cour devrait s'immiscer dans le travail des policiers et dicter jusqu'au choix de l'équipement qu'ils utilisent. Je devrais ajouter que les décisions *R. c. Lau*, 2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273, et *R. c. Schedel*, 2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193, ne sont d'aucun secours pour l'appellant. Nulle part dans ces deux arrêts n'est-il dit que les policiers portaient des cagoules. Dans les deux cas, il était question du fait que les policiers se fondaient sur une politique applicable d'emblée — qui ne visait pas le port de cagoules — et dont la preuve avait fait état de toujours faire une entrée musclée pour procéder à la perquisition lorsqu'il y avait des soupçons quant à l'existence d'une culture de marijuana, et ce, même en l'absence totale de preuve de risque de violence ou de destruction d'éléments de preuve. En l'espèce, l'existence d'une telle politique applicable d'emblée n'a aucunement été mise en preuve et le dossier démontre que les policiers avaient de nombreuses raisons de craindre en l'espèce des actes de violence et la destruction d'éléments de preuve.

## (2) Nécessité d'un complément d'enquête

[32] Selon l'appellant, les policiers auraient dû en savoir plus au sujet de la résidence et de ses occupants. Il ajoute que, si cela avait été le cas, ils auraient pris une décision différente au sujet du type d'intervention que la situation commandait. Je ne peux retenir cet argument.

[33] Le juge de première instance a conclu que les policiers n'avaient aucun moyen de savoir, avant d'exécuter leur mandat, qui se trouvait à l'intérieur, s'il y avait effectivement quelqu'un à l'intérieur de la maison ou si l'un de ses occupants pourrait faire disparaître la cocaïne — s'il s'en trouvait sur les lieux — en découvrant la présence de policiers à la porte. Le juge a également conclu que les policiers ont agi conformément à ce qu'on pouvait

which are mainly concerning matters of fact, are well supported by the record.

[34] At trial, defence counsel suggested to Detective Barrow that the police did not make efforts to try to determine the activities of individuals inside the residence. Detective Barrow denied this and the evidence before the trial judge supports the fact that considerable time and effort were expended by the investigators in order to determine who and what was in the residence before the search. The police did not just show up at a previously uninvestigated residence and barge in. The Cornell residence had been under police surveillance on three occasions before the day of entry for nearly 10 hours. On the day of entry, the house was under constant police surveillance from the morning until entry was made shortly before 6:00 in the evening. Thus the police conducted approximately two full working days of surveillance on this residence before going in. At the time of applying for the warrant, the police had consulted various sources, including: the Police Information Management System; a City of Calgary computer system that contains records with respect to the City of Calgary waterworks customers including the address to which service is supplied and the name of the subscriber; the City of Calgary's online database which provides ownership data for addresses in the city; and subscriber information for Telus Mobility. These sources indicated that the property was owned by Phuong Kim Thi Le, occupied by Lorraine Cornell, that Jason Cornell had given the address of the Cornell residence as his address and that Jason Cornell was the subscriber for a cellular telephone found in a car driven by Nguyen the previous September.

[35] Respectfully, the assertion by O'Brien J.A., dissenting in the Court of Appeal, that "the police

raisonnablement attendre d'eux en décidant d'entrer par la force à l'intérieur de la résidence. Ces conclusions, qui concernent surtout des questions de fait, sont bien étayées par le dossier.

[34] Au procès, l'avocat de la défense a laissé entendre au détective Barrow que les policiers n'avaient pas tenté de découvrir à quelles activités se livraient les personnes se trouvant à l'intérieur de la résidence. Le détective Barrow a nié cette allé-gation. Il ressort ailleurs de la preuve dont disposait le juge de première instance que les enquêteurs ont consacré beaucoup de temps et d'énergie, avant la perquisition, à essayer de savoir qui se trouvait à l'intérieur de la maison et ce qui s'y trouvait. Les policiers n'ont pas simplement fait irruption dans un domicile qui n'avait pas encore fait l'objet d'une enquête. La résidence des Cornell avait fait l'objet d'une surveillance policière à trois reprises avant l'intervention des policiers, pour près de 10 heures de surveillance. Le jour de l'intervention, la maison a été surveillée de façon ininterrompue par la police, du matin jusqu'au moment de l'intervention, peu de temps avant 18 h. Les policiers avaient donc surveillé le domicile pendant environ deux jours ouvrables avant d'y entrer. Au moment de demander le mandat, les policiers avaient consulté diverses sources, dont le Système d'information du service de la police, un système d'information de la ville de Calgary qui comprend des fiches sur les clients du réseau de distribution d'eau et qui indique les adresses desservies par le réseau et le nom de l'abonné, ainsi que la base de données des propriétaires fonciers de la ville de Calgary où l'on trouve, par le biais d'Internet, des renseignements sur les propriétaires fonciers de la ville, et des renseignements sur les abonnés de Telus Mobilité. Ces sources indiquaient que les policiers ont été mis au courant des renseignements susmentionnés, en l'occurrence que la maison appartenait à Phuong Kim Thi Le et était occupée par Lorraine Cornell, que Jason Cornell avait indiqué l'adresse de la résidence des Cornell comme domicile et que c'était lui qui était l'abonné du téléphone cellulaire retrouvé dans la voiture conduite par M. Nguyen plus tôt, en septembre.

[35] À mon humble avis, le dossier n'appuie pas l'affirmation du juge O'Brien, dissident à la Cour

made no separate assessment of the Cornell dwelling in terms of determining whether the execution of the warrant for its search would give rise to a real threat of violence” is not supported by the record (para. 102). His conclusion that a “sense of proportionality” would have led police to conclude that there was little risk of the destruction of evidence is similarly not supported (para. 103). In my view, O’Brien J.A.’s reasoning is based on an erroneous, artificial approach of isolating the appellant from what the police reasonably believed was going on in his house. The police reasonably believed that the appellant’s residence was being used in a criminal drug dealing enterprise carried on by members of a violent criminal gang and that the appellant had some association with at least one gang member. The police were entitled to draw reasonable inferences from these facts. Justice O’Brien’s conclusions also in my respectful view represent undue appellate intrusion into the findings of fact by the trial judge, findings which, as I have mentioned, do not disclose any clear or determinative error.

[36] Faced with all of this evidence, the appellant makes only one concrete suggestion as to what the police ought to have done but did not. The appellant says they ought to have detained and questioned Ms. Cornell and the young woman with her, who proved to be her daughter, when they left the house not long before the entry. The appellant asserts that, for officer safety, the police would have been entitled to detain these women, incommunicado, so that they would not alert other persons to the police presence and further, that interrogation of the women would have led them to believe that the use of a forced entry was not appropriate. In my view, this line of reasoning is speculative and makes unreasonable demands on the police. As Slatter J.A. correctly points out, at para. 14 of his reasons, the appellant’s argument assumes that an investigative detention of these women and that preventing them from any contact would have been lawful in the circumstances. It also assumes that they would have been cooperative, that they would

d’appel, suivant laquelle [TRADUCTION] « les policiers n’ont pas procédé à une évaluation distincte de la maison des Cornell pour déterminer si l’exécution du mandat de perquisition la concernant comporterait un véritable risque de violence » (par. 102). Sa conclusion que « s’ils avaient gardé le sens des proportions », les policiers auraient conclu que le risque que des éléments de preuve disparaissent était faible est, elle aussi, injustifiée (par. 103). À mon avis, le raisonnement du juge O’Brien est fondé sur une approche erronée et artificielle qui consiste à isoler l’appellant de ce que croyaient raisonnablement les policiers quant aux activités qui se déroulaient dans la maison. Ils croyaient raisonnablement que la résidence de l’appellant servait au commerce criminel de drogues par des membres d’un gang de criminels violents et que l’appellant était associé à au moins un membre de ce gang. Les policiers pouvaient tirer des inférences raisonnables de ces faits. Celles tirées par le juge O’Brien constituent également, à mon humble avis, une immixtion abusive du juge d’appel dans les conclusions de fait tirées par le juge de première instance, lesquelles conclusions, ainsi que je l’ai déjà mentionné, ne révèlent l’existence d’aucunes erreur manifeste ou déterminante.

[36] Compte tenu de tous ces éléments de preuve, l’appellant ne fait qu’une seule suggestion concrète au sujet de ce que les policiers auraient dû faire, mais n’ont pas fait. Selon lui, les policiers auraient dû détenir et interroger M<sup>me</sup> Cornell et la jeune femme qui l’accompagnait, qui s’est avérée être sa fille, lorsqu’elles sont sorties de la maison peu de temps avant la perquisition. L’appellant soutient que, pour leur sécurité, les policiers auraient pu détenir ces femmes, sans leur permettre de contact avec l’extérieur, pour les empêcher d’alerter d’autres personnes au sujet de la présence des policiers. Il ajoute qu’en interrogeant ces femmes, les policiers se seraient aperçus qu’il n’était pas nécessaire d’entrer par la force dans cette maison. À mon avis, ce raisonnement est spéculatif et impose des exigences démesurées aux policiers. Ainsi que le juge Slatter le souligne à juste titre au par. 14 de ses motifs, l’argument de l’appellant tient pour acquis qu’il aurait été légitime, dans les circonstances, de détenir les femmes en question

have been truthful and that the police would have decided to take what they said at face value. Even putting aside all of this speculation, the appellant's suggestion, if accepted, would impose on the police the obligation to completely change their plans, at the last minute, while engaged in a closely coordinated execution of three different search warrants in very close order. In my respectful view, the appellant's suggestion has no basis in the evidence and makes unreasonable demands on the police in the circumstances of this case.

### (3) Police Decision-Making Process

[37] The appellant submits that the search should be held unreasonable because there was some missing paperwork and lack of communication within the Calgary Police Service. In my view, Slatter J.A. in the Court of Appeal correctly disposed of this contention when he wrote at para. 15 of his judgment:

On a related point, a lot of argument was directed to whether there was inadequate communication from the investigative team to the tactical team of the risk assessment of the premises. That issue is largely moot on these facts. The real question is whether the type of search that was conducted was reasonable given the facts collectively known to the police. If this type of search was justified any non-communication was inconsequential, and *vice versa*.

#### D. *Failure of Tactical Team to Have the Warrant With Them*

[38] The appellant makes very brief submissions, without reference to authority, in support of his contention that the search was unreasonable because the tactical team did not have a copy of the warrant with it when it made the entry. This position is based on s. 29(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which reads:

aux fins d'enquête et de ne leur permettre aucun contact avec l'extérieur. Cet argument suppose aussi que ces femmes auraient collaboré, qu'elles auraient dit la vérité et que les policiers auraient décidé de croire sans réserve tout ce qu'elles leur diraient. Même en faisant abstraction de toutes ces spéculations, la suggestion de l'appellant, si on l'acceptait, aurait obligé les policiers à modifier complètement leur stratégie, à la dernière minute, alors qu'ils étaient en train d'exécuter trois mandats de perquisition de façon quasi simultanée et dans le cadre d'une intervention étroitement coordonnée. À mon humble avis, la suggestion de l'appellant ne trouve aucun appui dans la preuve et impose des exigences démesurées aux policiers, eu égard aux circonstances de la présente affaire.

### (3) Le processus décisionnel de la police

[37] L'appellant soutient que la perquisition devrait être déclarée abusive parce que certains documents manquaient et qu'il y avait un problème de communication au sein du service de police de Calgary. À mon avis, le juge Slatter de la Cour d'appel a tranché correctement cet argument en écrivant, au par. 15 de son jugement :

[TRADUCTION] Relativement à un point connexe, une grande partie des débats a porté sur la question de savoir s'il y avait eu un manque de communication entre l'équipe des enquêteurs et l'escouade tactique en ce qui concerne l'évaluation du risque que présentait ce lieu. La question est en grande partie théorique compte tenu des faits qui ont été exposés. La véritable question est celle de savoir si le type de perquisition qui a été menée était abusif ou non, compte tenu des faits qui étaient connus de l'ensemble des policiers. Si ce type de perquisition était justifié, ce problème de communication ne tire pas à conséquence, et vice-versa.

#### D. *Défaut des membres de l'escouade tactique d'avoir le mandat sur eux*

[38] L'appellant n'a formulé que de brèves observations, sans citer de sources, à l'appui de son argument que la perquisition était abusive parce que les membres de l'escouade tactique n'avaient pas de copie du mandat sur eux lorsqu'ils sont entrés. Cet argument se fonde sur le par. 29(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui dispose :

It is the duty of every one who executes a process or warrant to have it with him, where it is feasible to do so, and to produce it when requested to do so.

[39] The trial judge found that this provision had been complied with. It will be helpful to recall the evidence on this subject that was before him. Detective Bent was the primary investigator. He effectively was the manager of the operation and supervisor of the search. The role of the tactical team was to make the entry and secure the premises and then turn the site over to the investigators who would actually perform the search. There were about nine members of the tactical team and five investigators involved in the operation in addition to Detective Bent.

[40] Detective Bent had a copy of the warrant. He had been involved since the morning of surveillance of the residence. His position was south of the house and, although the house was not in his line of sight, he was in a position to cover off somebody coming from the address and leaving via the south. He was of course in radio contact with the other officers. A close reading of the evidence supports the conclusion that he was physically present in the residence within four minutes of the entry: see C.A., at paras. 38-40. There is no evidence that anyone ever asked to see the warrant and of course the appellant was not in the premises at the time. The police did show the warrant to Lorraine Cornell when she returned to the residence shortly after the search began. There was also evidence that at the time of this search, it was not the practice for the tactical team to carry a copy of the warrant but that the practice had been changed in 2006.

[41] The trial judge, relying on *R. v. Patrick*, 2007 ABCA 308, 81 Alta. L.R. (4th) 212, at paras. 49-51, aff'd on other grounds, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, held that s. 29 of the *Code* had been complied with. The judge reasoned that the warrant was present at the scene and that it was reasonable in the case of a hard entry for the tactical team to secure the premises — something that took only a very few minutes in this case — and for the

Quiconque exécute un acte judiciaire ou un mandat est tenu de l'avoir sur soi, si la chose est possible, et de le produire lorsque demande lui en est faite.

[39] Le juge de première instance a estimé que cette disposition avait été respectée en l'espèce. Il est utile de rappeler de quels éléments de preuve il disposait sur le sujet. Le détective Bent était l'enquêteur principal. Il dirigeait effectivement l'opération et supervisait le déroulement de la perquisition. L'escouade tactique devait encercler les lieux et pénétrer à l'intérieur de la maison pour ensuite céder la place aux enquêteurs, qui devaient effectuer la perquisition. Outre le détective Bent, neuf membres de l'escouade tactique et cinq enquêteurs participaient à l'opération.

[40] Le détective Bent avait une copie du mandat. Il participait à l'opération de surveillance de la résidence depuis le matin. Il se trouvait au sud de la maison, probablement à l'abri des regards, mais il était placé de manière à pouvoir observer toute personne qui sortait de la maison du côté sud. Il était évidemment en contact radio avec les autres agents. Une lecture attentive de la preuve appuie la conclusion qu'il était physiquement présent à l'intérieur de la maison dans les quatre minutes qui ont suivi l'entrée des policiers : C.A., par. 38-40. Rien ne permet de penser que quelqu'un a demandé à voir le mandat; et, bien entendu, l'appelant n'était pas sur les lieux au moment de la perquisition. Les policiers ont toutefois effectivement montré le mandat à Lorraine Cornell lorsqu'elle est revenue chez elle peu de temps après le début de la perquisition. Suivant la preuve, à l'époque où cette perquisition a été effectuée, l'escouade tactique n'avait pas l'habitude d'avoir une copie du mandat, mais la pratique a changé en 2006.

[41] Se fondant sur l'arrêt *R. c. Patrick*, 2007 ABCA 308, 81 Alta. L.R. (4th) 212, par. 49-51, confirmé pour d'autres motifs à 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, le juge de première instance a statué que l'art. 29 du *Code* avait été respecté. Le juge a expliqué que le mandat se trouvait sur les lieux et que, dans le cas d'une entrée musclée, il était raisonnable que l'escouade tactique encercle les lieux — ce qui n'a pris que quelques minutes

primary investigator, who was in possession of the warrant, to wait outside with it until informed that it was safe to enter.

[42] As noted, s. 29(1) of the *Code* requires “every one who executes a . . . warrant to have it with him, where it is feasible to do so, and to produce it when requested to do so”. The trial judge found as a fact that no one requested that the warrant be produced and that finding of fact is not challenged. There is no issue therefore as to any failure on the part of the police to produce the warrant when requested to do so. The question, therefore, is the meaning of the requirement that “every one” have the warrant “with him, where it is feasible to do so”. The trial judge concluded that the section did not require that each member of the police team executing the warrant have a copy on his or her person. This, in my view, is a sensible interpretation of the provision. Otherwise, it would be read as requiring all 15 members of the team executing this warrant to have a copy. The trial judge found that it was sufficient that, as he found to be the case, “the police team had it with them when executing the warrant”. This seems to me to be a purposive and appropriate interpretation of the provision in the context of a search conducted by multiple officers.

[43] I agree with the authors of *Search and Seizure Law in Canada* (loose-leaf), at p. 17-5, that the purpose of s. 29(1) of the *Code* is to allow the occupant of the premises to be searched to know why the search is being carried out, to allow assessment of his or her legal position and to know as well that there is a colour of authority for the search, making forcible resistance improper. These purposes, in my view, are fully achieved by insisting that the warrant be in the possession of at least one member of the team of officers executing the warrant. While I think it is a better practice for someone among the first group of officers in the door to have a copy on his or her person, I would not conclude that the officers failed to have the warrant with them when a copy was in the possession

dans le cas qui nous occupe — et que l’enquêteur principal qui se trouvait en possession du mandat attende à l’extérieur jusqu’à ce qu’on lui fasse savoir qu’il pouvait entrer sans danger.

[42] Comme je l’ai déjà signalé, le par. 29(1) du *Code* prévoit que « [q]uiconque exécute un acte judiciaire ou un mandat est tenu de l’avoir sur soi, si la chose est possible, et de le produire lorsque demande lui en est faite. » Le juge de première instance a conclu que personne n’avait demandé aux policiers de produire le mandat et cette conclusion de fait n’est pas contestée. Le défaut des policiers de produire sur demande le mandat n’est donc pas en litige. La question porte donc sur le sens à donner aux mots « [q]uiconque [. . .] est tenu de l’avoir sur soi, si la chose est possible ». Le juge de première instance a conclu que l’article en question n’obligeait pas chacun des membres de l’équipe de policiers chargés d’exécuter le mandat à en avoir une copie sur lui. Il s’agit, à mon avis, d’une interprétation logique de cette disposition. Si on l’interprétait autrement, il aurait fallu que chacun des 15 membres de l’équipe qui exécutaient le mandat en ait une copie sur lui. Le juge de première instance a conclu qu’il suffisait, comme en l’espèce, que [TRADUCTION] « l’équipe de policiers ait le mandat avec elle lors de l’exécution du mandat ». Il me semble qu’il s’agit là d’une interprétation téléologique correcte de cette disposition, s’agissant d’une perquisition effectuée par plusieurs agents.

[43] Je suis d’accord avec les auteurs de l’ouvrage *Search and Seizure Law in Canada* (feuilles mobiles), lorsqu’ils affirment, à la p. 17-5, que le par. 29(1) du *Code* a pour objet de permettre à l’occupant des lieux visés par la perquisition d’être mis au courant des motifs de la perquisition, d’évaluer sa position sur le plan juridique et de savoir que la perquisition semble être autorisée, de sorte qu’il devienne inutile d’y résister par la force. À mon avis, on répond pleinement à ces objectifs lorsqu’on insiste pour dire que le mandat se trouve en la possession d’au moins une des personnes faisant partie de l’équipe chargée d’exécuter le mandat. Bien que je croie qu’il soit préférable qu’un des agents faisant partie du premier groupe à se présenter à la porte ait une copie du mandat sur lui, je n’irais pas jusqu’à conclure que

of the primary investigator who was in charge of the search and immediately at hand. Moreover, it cannot in my view be said that the police conduct in relation to the warrant contributed in any respect to making this search unreasonable.

#### IV. Disposition

[44] In view of my conclusion that the search was not unreasonable, it is not necessary for me to address whether, if it had been, the evidence should have been excluded by virtue of s. 24(2) of the *Charter*.

[45] I would dismiss the appeal.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[46] Loaded weapons in hand, nine masked members of a police tactical unit smashed their way into the appellant's home in a residential Calgary neighbourhood. They forced the appellant's brother, who has a mental disability, face-down to the floor and cuffed his hands behind his back. They dented the front door with their battering ram and broke the door frame, destroyed some of the interior doors, pried locks off a garage door and rendered the garage door itself inoperable.

[47] The police were acting under a search warrant issued pursuant to s. 11 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”). In virtue of s. 12 of the CDSA, the police were authorized to use only “as much force as is necessary in the circumstances”. Nothing in the record indicates that the force used in this case was *necessary in the circumstances*.

[48] I hasten to make clear from the outset that officers conducting a search for drugs must be

les policiers n'étaient pas munis d'un mandat en l'espèce, alors qu'une copie se trouvait en la possession de l'enquêteur principal chargé de la perquisition qui pouvait la produire sur-le-champ. En outre, j'estime qu'on ne peut pas dire que la conduite adoptée par les policiers en ce qui concerne le mandat a contribué de quelque façon que ce soit à rendre la présente perquisition abusive.

#### IV. Dispositif

[44] Vu ma conclusion que la perquisition n'était pas abusive, il n'est pas nécessaire que j'aborde la question de savoir s'il aurait fallu écarter les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[45] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[46] Armes chargées au poing, neuf membres masqués d'une escouade tactique de la police ont fait irruption dans le domicile de l'appelant, dans un quartier résidentiel de Calgary. Ils ont contraint le frère de l'appelant, qui est atteint d'une déficience intellectuelle, à se coucher sur le ventre et lui ont passé les menottes après lui avoir fait mettre les mains dans le dos. Ils ont enfoncé la porte d'entrée avec un bélier, endommagé le cadre de porte, détruit certaines des portes intérieures et fait sauter les serrures de la porte du garage, rendue ainsi inutilisable.

[47] Les policiers agissaient en vertu d'un mandat de perquisition délivré conformément à l'art. 11 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (« LRDS »). L'article 12 de la LRDS leur permettait de recourir seulement « à la force justifiée par les circonstances ». Or, rien au dossier n'indique que la force utilisée en l'espèce était *justifiée par les circonstances*.

[48] Je m'empresse de préciser d'entrée de jeu que les agents qui procèdent à une perquisition de

afforded considerable latitude in adopting appropriate procedures to ensure their own safety and to secure the evidence sought. Courts will not lightly interfere in operational decisions of this sort. But those decisions must be reasonable, and to be reasonable they must be informed by a fact-based assessment of the particular circumstances of the search and the force necessary to preserve evidence and to neutralize perceived threats to their safety. No such assessment was made in respect of the unannounced and violent entry into the Cornell residence.

[49] Neither the appellant nor any member of his family had a history of violence or a criminal record of any sort. No one else lived in their home. From their extensive surveillance of the premises, the police were well aware that the Cornell home was neither a gang house nor a drug house frequented by addicts or users.

[50] The police had no reason to believe that anyone at all who might be a threat to their safety was then in or near the dwelling. More specifically, they had no reason to believe that anyone in the house was armed or dangerous. They made no mention of weapons in their Information to obtain the search warrant. They alleged no grounds to believe that any would be found on the premises.

[51] Nor did the police have any basis for a particularized and reasonable belief that, in the absence of a swift and violent entry, evidence would be concealed or destroyed by anyone present or likely to be present at the time. Generic assertions in this regard are plainly insufficient to justify a violent entry of the kind that occurred here.

[52] Indeed, in the particular circumstances of the present search, the only anticipated violence related

drogues doivent pouvoir jouir d'une vaste latitude pour décider des moyens qui conviennent pour assurer leur propre sécurité et préserver les éléments de preuve recherchés. Les tribunaux n'interviendront pas à la légère dans ce genre de décisions opérationnelles. Mais ces décisions doivent être raisonnables et, pour être raisonnables, elles doivent reposer sur une appréciation factuelle des circonstances particulières de la perquisition et de la force nécessaire pour conserver la preuve et neutraliser les craintes selon lesquelles leur sécurité est menacée. Cette appréciation n'a pas été effectuée quant à l'irruption violente et non annoncée des policiers dans le domicile des Cornell.

[49] Ni l'appelant ni aucun des membres de sa famille n'avaient d'antécédents de violence ou de casier judiciaire. Personne d'autre n'habitait dans leur maison. Grâce à sa surveillance étroite des lieux, la police savait bien que la maison des Cornell ne servait pas de repaire de gang ou de lieu de rencontre pour toxicomanes.

[50] Les policiers n'avaient aucune raison de croire qu'il se trouvait dans la maison ou près de celle-ci un individu qui pouvait constituer une menace pour leur sécurité. Plus précisément, ils n'avaient aucune raison de penser que l'une des personnes se trouvant dans la maison était armée ou dangereuse. Ils n'ont pas fait mention d'armes dans leur dénonciation sous serment visant à obtenir un mandat de perquisition. Ils n'ont invoqué aucune raison leur permettant de penser qu'on trouverait des armes sur les lieux.

[51] Les policiers n'avaient non plus aucun motif leur permettant raisonnablement de croire de façon plus particulière que, s'ils n'entraient pas dans la maison de façon soudaine et violente, des éléments de preuve seraient dissimulés ou détruits par une des personnes présentes ou susceptibles d'être présentes à ce moment-là. Des assertions générales en ce sens sont tout simplement insuffisantes pour justifier une entrée aussi violente que celle à laquelle on a assisté en l'espèce.

[52] D'ailleurs, eu égard aux circonstances particulières dans lesquelles la présente perquisition s'est

to the manner in which it was to be conducted by the police — euphemistically described as a “hard” or “dynamic” entry. It is undisputed that the police, before battering their way into the home, made no inquiry as to the character or background of its inhabitants. Nor has the Crown adduced any evidence whatever to suggest that it would have been difficult to do so, or that the urgency of the matter justified the failure of the police to conduct even a rudimentary investigation in this regard.

[53] The members of the tactical squad were bound by s. 29 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to have with them, where feasible, the search warrant under which they were acting. The Crown led no evidence that it was *not feasible in this case*. This is not a technical or insignificant breach of the law. It is a violation of a venerable principle of historic and constitutional importance. And, as we shall see, it is of practical importance as well.

[54] At trial, the appellant contested both the grounds upon which the warrant was issued and the reasonableness of the police conduct in executing the search. In successive *voir dire*s, both grounds were dismissed. The trial judge found that the forcible entry and corresponding violation of the “knock and announce” rule were justified in the circumstances. In his opinion, the police had reasonable grounds to anticipate either the use of violence by the residents of the Cornell home or the destruction of evidence.

[55] The appellant was convicted. He appealed to the Alberta Court of Appeal, where Slatter J.A. (Ritter J.A., concurring in the result) affirmed the conviction: 2009 ABCA 147, 6 Alta. L.R. (5th) 203. They both concluded that the search warrant was

déroulée, la seule violence anticipée concernait la façon dont cette perquisition devait être effectuée par les policiers, ce qu’on a appelé par euphémisme une intervention « musclée » ou « dynamique ». Il est acquis aux débats qu’avant de faire irruption dans la maison, les policiers ne se sont pas renseignés sur la moralité ou les antécédents de ses occupants. Le ministère public n’a par ailleurs présenté aucun élément de preuve tendant à démontrer qu’il aurait été difficile de procéder à de telles vérifications ou qu’en raison de l’urgence de la situation, les policiers étaient justifiés de ne pas faire des investigations mêmes rudimentaires à cet égard.

[53] Les membres de l’escouade tactique étaient tenus, aux termes de l’art. 29 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, d’avoir sur eux, si la chose était possible, le mandat de perquisition en vertu duquel ils agissaient. Le ministère public n’a présenté aucun élément de preuve pour démontrer que la chose *n’était pas possible en l’espèce*. Il ne s’agit pas d’une violation technique ou banale de la loi. Il s’agit d’un manquement à un principe vénérable qui revêt une grande importance tant sur le plan historique que sur le plan constitutionnel. Et, comme nous le verrons, ce manquement est important sur le plan pratique également.

[54] Au procès, l’appelant a à la fois contesté les motifs invoqués pour justifier la délivrance du mandat et mis en doute le caractère raisonnable de la conduite de la police lors de la perquisition. À l’issue de *voir-dire* successifs, les deux motifs ont été écartés. Le juge du procès a conclu que l’entrée dans la maison par la force et le manquement à la règle exigeant que l’on frappe à la porte et que l’on s’annonce avant d’entrer qui en découlait étaient justifiés dans les circonstances. À son avis, les policiers avaient des motifs raisonnables de craindre que les résidents de la maison des Cornell ne recourent à la violence ou ne fassent disparaître des éléments de preuve.

[55] L’appelant a été déclaré coupable. Il a interjeté appel à la Cour d’appel de l’Alberta. Le juge Slatter (le juge Ritter souscrivant au résultat) a confirmé la déclaration de culpabilité : 2009 ABCA 147, 6 Alta. L.R. (5th) 203. Les deux juges ont conclu que

properly issued and that the search itself was conducted reasonably.

[56] In his separate reasons, however, Ritter J.A. found that two of the three reasons given by the police for wearing balaclavas in this case were entirely unsupported by the evidence, and that the third reason raised “several problems” (para. 50). He nonetheless agreed with Slatter J.A. that the search, bearing in mind all of the relevant factors, was conducted reasonably, and concluded with these thoughtful and important observations (at paras. 53-54):

Since this is the second opinion of this Court raising concerns about the indiscriminate habit of balaclava-clad police conducting searches in private homes, I would expect that police will discontinue this practice. Failure to do so may suggest an attitudinal problem that could, in future, tip the balance in favour of a finding that a search was unreasonable. Of course, if acceptable reasons are given, in any particular case, as to why balaclavas were called for, their use would not be a factor on the unreasonableness side of the scale.

I close with the observation that the safety of police officers executing search warrants is always a paramount concern. I accept, without reservation, that police must take all reasonable steps to ensure their safety when engaged in such dangerous work. I also accept that reasonable steps may be taken to ensure that the evidence or contraband is not destroyed before it can be seized. That said, police must still assess the circumstances relevant to any particular case and act accordingly. What is reasonable will vary from case to case and, while a cautious approach is always justified, extremely invasive tactics will not always be justified, even under the auspices of a cautious approach. [Emphasis added.]

[57] O’Brien J.A. dissented. In his view, the unannounced and violent entry into a private dwelling by masked police officers, with weapons drawn, and without the search warrant in their possession,

le mandat de perquisition avait été délivré régulièrement et que la perquisition elle-même n’avait pas été effectuée de manière abusive.

[56] Dans les motifs distincts qu’il a rédigés, le juge Ritter a toutefois estimé que la preuve n’appuyait aucunement deux des trois motifs invoqués par les policiers pour justifier le port de cagoules en l’espèce, et que le troisième motif soulevait [TRADUCTION] « plusieurs problèmes » (par. 50). Il a toutefois convenu avec le juge Slatter que, compte tenu de l’ensemble des facteurs applicables, la perquisition n’avait pas été effectuée de manière abusive. Il a conclu avec les observations importantes et réfléchies suivantes (par. 53-54) :

[TRADUCTION] Comme c’est la seconde fois que notre Cour exprime des réserves au sujet du recours sans discernement à des cagoules par les policiers qui procèdent à des perquisitions chez des particuliers, je m’attends à ce que la police mette fin à cette pratique. Un refus de le faire pourrait indiquer un problème de mentalité qui pourrait, à l’avenir, se retourner contre la police et se solder par la conclusion que la perquisition était abusive. Évidemment, si des raisons valables sont invoquées, dans un cas déterminé, pour justifier le recours aux cagoules, l’utilisation de ces dernières ne serait pas un facteur qui ferait pencher la balance en faveur d’une conclusion selon laquelle la perquisition était abusive.

Je termine par une observation : la sécurité des agents de la police qui exécutent des mandats de perquisition est toujours une préoccupation primordiale. J’accepte sans réserve que les policiers doivent prendre toutes les mesures raisonnables qui s’imposent pour assurer leur propre sécurité lorsqu’ils accomplissent un travail aussi dangereux. J’accepte aussi qu’ils peuvent prendre des mesures raisonnables pour s’assurer que les éléments de preuve ou les objets de contrebande ne soient pas détruits avant d’être saisis. Ceci étant dit, les policiers doivent quand même évaluer la situation et agir en conséquence. Ce qui est raisonnable dans un cas ne le sera pas nécessairement dans l’autre et, bien qu’on soit toujours justifié de faire preuve de prudence, on n’est pas toujours justifié de recourir à des méthodes extrêmement attentatoires, même en excipant du fait qu’on a agi avec prudence. [Je souligne.]

[57] Le juge O’Brien était dissident. À son avis, l’introduction violente de policiers masqués dans une maison privée, armes au poing, sans être munis d’un mandat de perquisition et sans s’annoncer, ne

could not be justified under the circumstances. He noted that the police provided no information, specific to the residence or its inhabitants, which could justify the manner of the search. And he explained with care why he would have excluded the evidence seized under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In concluding that exclusion was required, Justice O'Brien did not have the benefit of this Court's decision in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, which in my view would necessarily have led him to the same conclusion.

[58] Like Justice O'Brien, I therefore feel bound to conclude that the search in issue here respected neither the statutory constraints of s. 12 of the *CDSA*, nor the appellant's constitutional right, under s. 8 of the *Charter*, "to be secure against unreasonable search or seizure".

[59] And, again like Justice O'Brien, I am persuaded that admission of the evidence thereby obtained would bring the administration of justice into disrepute and should therefore be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. This result is in my view dictated by the governing principles recently reformulated by the Court in *Grant*.

[60] Accordingly, I would allow the appeal, set aside the appellant's conviction, and substitute an acquittal.

## II

[61] Here, then, are the relevant facts in greater detail.

[62] At around 6 p.m. on November 30, 2005, nine men with pistols drawn and loaded rifles in hand, with their faces entirely concealed by balaclavas, smashed their way without warning into a private home in Calgary's Marlborough residential district.

[63] The intruders were all members of the Calgary Police Service Tactical Unit. Their mission

pouvait se justifier dans les circonstances. Le juge a relevé que les policiers n'avaient soumis aucun élément d'information portant spécifiquement sur le domicile en question ou sur ses occupants qui aurait pu justifier la façon dont s'était déroulée la perquisition. Il a par ailleurs expliqué en détail les raisons pour lesquelles il aurait écarté, en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les éléments de preuve saisis. Pour conclure à l'exclusion de ces éléments de preuve, le juge O'Brien n'avait pas l'avantage d'avoir pris connaissance de l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, de notre Cour, qui, à mon avis, l'aurait nécessairement conduit à la même conclusion.

[58] À l'instar du juge O'Brien, je m'estime obligé de conclure que la perquisition en litige dans le cas qui nous occupe ne respectait ni les contraintes légales imposées par l'art. 12 de la *LRDS*, ni le droit constitutionnel de l'appelant « à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » garanti par l'art. 8 de la *Charte*.

[59] Et, encore une fois, comme le juge O'Brien, je suis persuadé que l'admission des éléments de preuve obtenus dans ces conditions serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et qu'ils devraient donc être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. J'estime que cette conclusion s'impose en raison des principes directeurs récemment reformulés par la Cour dans l'arrêt *Grant*.

[60] J'accueillerais donc le pourvoi, j'annulerais la déclaration de culpabilité de l'appelant et j'y substituerais un acquittement.

## II

[61] Examinons donc maintenant de plus près les faits pertinents.

[62] Le 30 novembre 2005, vers 18 h, neuf hommes, dont le visage était entièrement recouvert d'une cagoule, ont, carabines chargées et pistolets au poing, fait irruption sans s'annoncer dans une maison privée du quartier résidentiel de Marlborough, à Calgary.

[63] Les intrus faisaient tous partie de l'escouade tactique du service de police de Calgary (l'escouade

was to secure the residence pursuant to a warrant authorizing a search for drugs.

[64] The residents of the home were Lorraine Cornell and her three children: Ashley, 17; the appellant Jason, 21; and Robert, 29, who has a mental disability. None of the Cornells had a criminal record or any history of violent behaviour. No one else lived with them in their home.

[65] Shortly before executing their warrant to search the Cornell home, the police observed Lorraine and Ashley Cornell leave and drive away. The other search warrants relating to this operation had already been executed, and Mr. Nguyen, the only suspected drug dealer or gang member ever observed entering the dwelling, was already in police custody. The police made no effort to intercept the departing women in order to secure — or at least attempt to secure — a nonviolent, peaceful means of entering the residence to search within. Instead, some 15 minutes later, the tactical team made its unannounced and violent “dynamic entry”.

[66] Upon entering the home, the officers set upon the appellant’s brother, Robert Cornell, who has a mental disability. Robert was forcibly “taken down”, pushed to the floor, “proned out”, and handcuffed with his arms behind his back. With understandable concern for Robert’s acute distress, an officer tried, in vain, to soothe him. The police thus found it necessary to summon a paramedic to attend to Robert, and eventually contacted his mother as well to ask that she return home to care for her “distracted” and “very scared” son.

[67] Mrs. Cornell testified that, upon her arrival, she was initially prevented from seeing Robert:

tactique). Leur mission consistait à encercler la résidence conformément à un mandat les autorisant à y effectuer une perquisition pour trouver des drogues.

[64] Les habitants de la maison étaient Lorraine Cornell et ses trois enfants : Ashley, 17 ans, l’appellant Jason, 21 ans et Robert, 29 ans et atteint d’une déficience intellectuelle. Aucun des membres de la famille Cornell n’avait d’antécédents de violence ou de casier judiciaire. Personne d’autre n’habitait avec eux.

[65] Peu de temps avant d’exécuter le mandat de perquisition chez les Cornell, les policiers ont vu Lorraine et Ashley Cornell sortir de la maison et s’éloigner en voiture. Les autres mandats de perquisition se rapportant à cette opération avaient déjà été exécutés et M. Nguyen, le seul individu soupçonné de faire le trafic de drogues ou d’être membre d’un gang qui avait jamais été vu en train d’entrer dans le domicile, était déjà détenu par la police. Les policiers n’ont rien fait pour intercepter les femmes au moment où elles quittaient le domicile et pour trouver — ou du moins pour essayer de trouver — une façon pacifique et non violente de pénétrer à l’intérieur de la résidence pour y procéder à la perquisition. Une quinzaine de minutes plus tard, l’escouade tactique est plutôt entrée dans la maison de façon violente et « dynamique », sans s’annoncer.

[66] Après être entrés dans la maison, les agents s’en sont pris au frère de l’appellant, Robert Cornell, qui est atteint d’une déficience intellectuelle. Ils l’ont plaqué au sol, l’ont couché sur le ventre et lui ont passé les menottes après lui avoir fait mettre les mains dans le dos. Inquiet à juste titre face à la réaction de profond désarroi de Robert, un policier a tenté en vain de le calmer. Les policiers ont alors jugé nécessaire de faire intervenir un ambulancier paramédical pour s’occuper de Robert, et ils ont fini par communiquer avec sa mère pour lui demander de revenir à la maison pour prendre soin de son fils « désesparé » et « affolé ».

[67] M<sup>me</sup> Cornell a affirmé durant son témoignage que lorsqu’elle est arrivée, on l’a d’abord empêchée de voir Robert :

. . . I wanted to see my son [Robert] because they told me that the paramedics were there. . . and they didn't let me in right away. They told me to sit on the hood of a police car. They also told me I was under arrest.

[68] When she was allowed in, Mrs. Cornell found that her "house was a shambles": "Chaos, doors broken, my stuff was -- my bedrooms were destroyed. . . They had everything pulled out from my rec room to Jason's room, Ashley's room, my bedroom, Robert's room."

[69] The home sustained considerable damage during the search. The impact of the battering ram on the front door destroyed the lock, broke the door frame, and left a large dent in the centre of the door. Other areas of the residence were damaged as well:

Robert's door was broken, the frame. The downstairs door, like if you're to go downstairs and go straight ahead, that door was broken in the frame. My daughter's bedroom is to the -- to the right. That frame and door was also broken. If you were to go through the door as you went down the stairs at the bottom into Jason's room, that door was also broken with the frame. . . Three doors broken downstairs, one upstairs, and the front door.

The garage door was also broken, and the garage had been "torn apart".

[70] It took Mrs. Cornell and her daughter "five hours to straighten out [the] house". She testified that she tried to fix the doors herself: "I tried to fix them. I'm not very handy with that, but I -- I did my best."

[71] The police found 99.4 grams of cocaine in the appellant's bedroom, in a box labelled "Jason's stuff". No weapons were recovered during the search.

[72] The tactical team members did not have with them a copy of the search warrant when they broke

[TRADUCTION] . . . Je voulais voir mon fils [Robert], parce qu'ils m'avaient dit que les ambulanciers paramédicaux étaient là, [ . . ] et ils ne m'ont pas laissée entrer tout de suite. Ils m'ont dit de m'asseoir sur le capot de la voiture de police. Ils m'ont aussi dit que j'étais en état d'arrestation.

[68] Lorsqu'elle a été autorisée à entrer, M<sup>me</sup> Cornell a trouvé sa [TRADUCTION] « maison sens dessus dessous » : « Le chaos, des portes brisées, mes affaires étaient -- ma chambre était détruite. [ . . ] Ils avaient tout sorti de ma salle de loisirs jusqu'à la chambre de Jason, celle d'Ashley, ma chambre, celle de Robert. »

[69] La maison a subi de lourds dommages au cours de la perquisition. L'impact du bélier sur la porte d'entrée a détruit la serrure, endommagé le cadre de porte et laissé une large entaille au centre de la porte. D'autres parties de la maison ont également été endommagées :

[TRADUCTION] La porte de la chambre de Robert était brisée, le cadre. La porte d'en bas, celle qu'on prend si on descend et qu'on va droit devant, cette porte-là était brisée au niveau du cadre. La chambre de ma fille est à -- à droite. Ce cadre et cette porte étaient aussi brisés. Si on traverse cette porte pour descendre les escaliers en bas et pour entrer dans la chambre de Jason, cette porte et le cadre étaient aussi brisés. [ . . ] Trois portes brisées en bas, une en haut, et la porte d'entrée.

La porte de garage était aussi brisée, et le garage avait été « ravagé ».

[70] M<sup>me</sup> Cornell et sa fille ont mis [TRADUCTION] « cinq heures pour remettre la maison en état ». Elle a affirmé qu'elle a essayé de réparer les portes elle-même. « J'ai essayé de les réparer. Je ne suis pas très habile pour ces choses; mais j'ai -- j'ai fait du mieux que j'ai pu. »

[71] Les policiers ont trouvé 99,4 grammes de cocaïne dans la chambre de l'appelant, dans une boîte marquée [TRADUCTION] « effets de Jason ». Aucune arme n'a été découverte durant la perquisition.

[72] Les membres de l'escouade tactique n'étaient pas munis d'une copie du mandat de perquisition

into the Cornell residence. The warrant was then in the hands of a lead investigator who testified that he had been posted down the block and arrived four minutes later. Another officer, who entered with the tactical unit, recorded in his notes that the lead investigator in fact arrived with the warrant nine minutes later.

[73] It is undisputed that the warrant was not available to be produced to the home's occupants upon request at the time of entry. It is undisputed as well that by the time the warrant arrived, the police had extensively damaged the home. They had also knocked or pushed Robert, who was alone in the home, unthreatening and mentally disabled, to the floor, laid him prone and handcuffed him with his arms behind his back.

[74] The police were executing a search warrant that had been obtained the morning of the search. As already noted, the warrant made no mention of firearms or other weapons of any sort. It specified that the items being sought were "cocaine, packaging equipment, score sheets and cash".

[75] The warrant and subsequent searches and arrests were the culmination of a six-week investigation into two known gang members and suspected drug traffickers, Henry Nguyen and Tuan Tran. The Target Enforcement Unit of the Calgary Police Service conducted surveillance of Nguyen and Tran for several weeks.

[76] During this time, Nguyen was observed entering the Cornell dwelling four times: once "for approximately two minutes"; once "for approximately eight minutes"; next, for "a short visit"; and, finally, for "a short stop" (reasons of O'Brien J.A., at para. 61). Nguyen was never seen carrying anything into or out of the Cornell dwelling. Tran was

lorsqu'ils ont fait irruption dans la résidence des Cornell. Le mandat se trouvait alors entre les mains de l'enquêteur principal qui a expliqué qu'il était en faction au coin de la rue, et qui est arrivé quatre minutes plus tard. Un autre policier, qui est entré en même temps que l'escouade tactique, avait consigné dans ses notes que l'enquêteur principal était en fait arrivé muni du mandat neuf minutes plus tard.

[73] Il est acquis aux débats que les policiers n'avaient pas le mandat en main et que ce dernier ne pouvait pas être produit sur demande des occupants de la maison au moment de l'entrée. Il est également acquis aux débats que, lorsque l'agent muni du mandat est arrivé, les policiers avaient déjà causé des dommages considérables à la maison. Ils avaient aussi plaqué Robert au sol, le seul occupant de la maison, une personne inoffensive aux prises avec une déficience intellectuelle, l'avait fait allonger face contre terre et lui avait passé les menottes, les mains derrière le dos.

[74] Les policiers exécutaient un mandat de perquisition qui avait été obtenu le matin même. Comme nous l'avons déjà signalé, le mandat ne faisait aucune mention d'armes à feu ou de quelque autre arme que ce soit. Il précisait que les objets recherchés étaient [TRADUCTION] « de la cocaïne, du matériel servant à emballer, des feuilles de pointage et de l'argent ».

[75] Le mandat ainsi que les perquisitions et arrestations subséquentes étaient l'aboutissement d'une enquête de six semaines menée à l'égard de deux membres de gang connus et soupçonnés de s'adonner au trafic de la drogue, Henry Nguyen et Tuan Tran. Le Groupe des enquêtes spéciales (Target Enforcement Unit) du Service de police de Calgary avait surveillé M. Nguyen et M. Tran durant plusieurs semaines.

[76] Au cours de cette période, Nguyen avait été vu à quatre reprises en train d'entrer dans la résidence des Cornell : une fois [TRADUCTION] « pour environ deux minutes », une autre fois « pour environ huit minutes », la fois suivante, « pour une courte visite » et, finalement, « pour quelques instants » (motifs du juge O'Brien, par. 61). M. Nguyen

never observed entering the dwelling at all, but had been seen in the vicinity.

[77] Neither Nguyen nor Tran were ever observed in the presence of the appellant or any member of his family. Two months before the search warrant was executed, however, a cell phone registered to the appellant, Jason Cornell, was found in a motor vehicle driven by Nguyen.

[78] The police suspected that Nguyen was recovering small amounts of narcotics, stashed previously in the Cornell home, in a drug trafficking practice known as “reloading”.

[79] Finally, and of particular significance, the police had no reason to believe that anyone at all who might be a threat to their safety was on or near the premises at the time. They had conducted no particularized inquiry to determine whether a violent assault on the appellant’s home appeared justified in the circumstances — apart from their surveillance of the premises, which in fact indicated the contrary.

[80] Indeed, there is no evidence that the officers considered that their safety was at risk or that evidence was likely to be destroyed when they executed their search at the Cornell home. The only risk analysis that was prepared covered, indiscriminately, the three related warrants executed that day.

[81] According to the trial judge, the risk analysis “is an internal record of the police designed to inform the duty inspector of any potential risk involved to the public and police when executing search warrants [and is] also created to supply the Tactical Team with information about the investigation and its targets” (emphasis added).

[82] Yet this risk analysis, again according to the trial judge, was in fact “never supplied to any

n’avait jamais été vu en train d’entrer quelque chose dans la maison des Cornell ou d’en sortir quoi que ce soit. On n’avait jamais vu M. Tran entrer dans la maison, mais on l’avait vu dans les alentours.

[77] Ni M. Nguyen ni M. Tran n’ont jamais été vus en présence de l’appellant ou de l’un des membres de sa famille. Deux mois avant l’exécution du mandat de perquisition, on a toutefois trouvé un téléphone cellulaire enregistré au nom de l’appellant, Jason Cornell, dans une automobile conduite par M. Nguyen.

[78] Les policiers soupçonnaient que M. Nguyen, selon une pratique courante en la matière appelée « ravitaillement », récupérait de petites quantités de drogues — qui avaient été planquées auparavant chez les Cornell.

[79] Enfin — et cet aspect revêt une importance particulière — les policiers n’avaient aucune raison de penser que quelque individu qui pouvait être une menace pour leur sécurité se trouvait sur les lieux ou près de ceux-ci à ce moment-là. Ils n’avaient procédé à aucune investigation particulière pour déterminer si une attaque violente contre le domicile de l’appellant semblait justifiée dans les circonstances — hormis la surveillance des lieux qu’ils avaient effectuée et qui indiquait en fait le contraire.

[80] Par ailleurs, rien ne permet de penser que les policiers estimaient, au moment de procéder à leur perquisition au domicile des Cornell, que leur sécurité était en danger ou que des éléments de preuve risquaient d’être détruits. La seule analyse du risque qui a été faite visait, sans distinction, les trois mandats connexes exécutés ce jour-là.

[81] Selon le juge du procès, l’analyse du risque [TRADUCTION] « est un document interne de la police visant à informer l’inspecteur en service de tout risque potentiel pour le public et pour la police lors de l’exécution de mandats de perquisition et créé, en outre, pour fournir à l’escouade tactique des renseignements au sujet de l’enquête et des individus qu’elle visait » (je souligne).

[82] Pourtant, toujours selon le juge du procès, cette analyse du risque n’a en fait [TRADUCTION]

member of the Tactical Team and was thus not relied upon in assessing whether Tactical involvement was necessary”.

[83] The risk analysis mentioned neither the appellant nor any other occupant of the Cornell residence. Moreover, according to his own evidence, the officer who not only prepared the risk analysis but was also the affiant for the search warrant, “provided no information to any member of the Tactical Unit other than to advise of the existence of a search warrant” and “did not know what information the tactical team relied upon to justify unannounced, forced entry into [the appellant’s home]”.

[84] In the same vein, the officer who was charged with briefing the tactical team testified that he “provided them with specifics, as far as the target address, the occupants or possible occupants and a little bit of the history as to who the targets of the investigation were” but that he did not “recall, sir, to be honest what information was provided outside of the location, address-wise”. He did not mention Lorraine or Jason Cornell’s names at the briefing, and “can’t recall if any of the information that brought us to that residence was discussed with the TAC Team or not”.

[85] In proceeding with their unannounced and violent entry, the police wore balaclavas. This practice, as noted by Justice O’Brien in the court below, had by then been judicially condemned — in fact been declared unconstitutional — by two separate panels of the Court of Appeal of British Columbia: see *R. v. Schedel*, 2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193, and *R. v. Lau*, 2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273.

[86] That wearing balaclavas was a matter of police practice at the time, unrelated to the

« jamais été fournie à l’un ou l’autre des membres de l’escouade tactique et on n’en a donc pas tenu compte pour évaluer la nécessité d’une intervention de l’escouade tactique ».

[83] L’analyse du risque ne mentionnait ni l’appelant ni aucun autre occupant de la résidence des Cornell. Qui plus est, suivant son propre témoignage, l’agent qui a non seulement procédé à l’analyse du risque mais qui était aussi l’auteur de l’affidavit signé en vue d’obtenir le mandat de perquisition [TRADUCTION] « n’a fourni aucun renseignement à l’un ou l’autre des membres du groupe tactique, se contentant de signaler l’existence d’un mandat de perquisition » et il « ne savait pas sur quels renseignements l’escouade tactique se fondait pour justifier d’entrer par la force et sans s’annoncer [chez l’appelant] ».

[84] Dans le même ordre d’idée, un deuxième agent, qui lui était responsable de renseigner l’escouade tactique, a affirmé durant son témoignage qu’il [TRADUCTION] « leur a fourni des détails quant à l’adresse cible, aux occupants ou aux possibles occupants, ainsi qu’un peu d’historique quant à ceux qui étaient visés par l’enquête » mais qu’il ne « se souvenai[t] pas, pour être franc monsieur, des renseignements qui avaient été donnés mis à part le lieu, en terme d’adresse ». Lorsqu’il a renseigné les agents, il n’a pas mentionné les noms de Lorraine et de Jason Cornell et il « ne pouvait se souvenir s’il avait été question ou non avec l’escouade tactique des renseignements qui nous avaient menés vers cette résidence ».

[85] En entrant de façon violente et sans s’annoncer dans le domicile des Cornell, les policiers portaient des cagoules. Cette pratique, ainsi que le juge O’Brien de la Cour d’appel l’a fait observer, avait déjà été condamnée — et en fait déclarée inconstitutionnelle — par deux formations distinctes de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique : voir les arrêts *R. c. Schedel*, 2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193, et *R. c. Lau*, 2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273.

[86] Le fait que les policiers avaient alors pour pratique de porter des cagoules, sans que cela n’ait

particular circumstances of this case, is clear from the Crown's own evidence:

Q. . . . Do you always wear this balaclava when you're doing these types of entries, or was it put on for this one for a particular reason?

A. No, typically we always wear the balaclava.

(Evidence of Sergeant Marston)

[87] Likewise, it was a matter of police practice at the time for members of the Tactical Unit not to have the search warrant with them upon entry. This practice was corrected, it seems, shortly afterward.

[88] Finally, with respect to the unannounced and violent entry into the Cornell home, O'Brien J.A. referred by way of distinction to *R. v. DeWolfe*, 2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221, where the police were dealing with a "residential crack shop" and, unlike the present case, had reasonable grounds to fear counter-surveillance and violent resistance. Absent a particularized basis of this sort, the conduct of the police in this case appears to have been driven more by general practices than by information regarding the Cornell home and its occupants.

### III

[89] This appeal raises two issues:

- (a) Was more force than necessary used in the execution of the search warrant at the Cornell residence?
- (b) If the amount of force used was indeed unreasonable, would the administration of justice be best served by the exclusion of the evidence obtained as a result of the search pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

de liens avec les circonstances particulières de la présente affaire, ressort clairement de la preuve présentée par le ministère public lui-même :

[TRADUCTION]

Q. . . . Portez-vous toujours cette cagoule lorsque vous entrez ainsi dans des lieux ou l'avez-vous portée cette fois-ci pour une raison en particulier?

R. Non, généralement, nous portons toujours nos cagoules.

(Témoignage du Sergent Marston)

[87] C'était également une pratique policière à l'époque que les membres de l'escouade tactique n'aient pas le mandat de perquisition sur eux au moment d'entrer dans les lieux visés par leurs interventions. Il semble que cette pratique ait été corrigée peu de temps après.

[88] Finalement, quant à l'entrée violente et non annoncée dans la résidence des Cornell, le juge O'Brien a également cité, pour distinguer cette affaire de la présente cause, l'arrêt *R. c. DeWolfe*, 2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221, qui concernait une situation où les policiers avaient affaire à une [TRADUCTION] « maison où l'on consommait du crack » et où, contrairement à la présente cause, ils avaient des motifs raisonnables de craindre de la contre-surveillance et une résistance violente. Sans motif précis de ce type, la conduite des policiers en l'espèce semble avoir été davantage motivée par des pratiques générales que par des renseignements relatifs à la résidence des Cornell et à ses occupants.

### III

[89] Le présent appel soulève deux questions :

- a) Les policiers n'ont-ils fait usage que de la force nécessaire pour exécuter le mandat de perquisition au domicile des Cornell?
- b) Si le degré de force utilisé était effectivement excessif, l'administration de la justice serait-elle le mieux servie si les éléments de preuve obtenus par suite de la perquisition étaient écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

[90] As I have already noted, the search warrant in this case was issued pursuant to s. 11 of the *CDSA*, which provides that a warrant may be issued by a justice who believes, on reasonable grounds, that a controlled substance or other related item is located in the specified premises. Section 12 of the *CDSA* authorizes peace officers, in executing the warrant, to use “as much force as is necessary in the circumstances” (the emphasis, of course, is mine).

[91] The power to search pursuant to the *CDSA* is subject to two additional constraints: the common law and s. 8 of the *Charter*.

[92] Section 8 of the *Charter* guarantees everyone “the right to be secure against unreasonable search or seizure”. A search will pass constitutional muster under s. 8 only if it satisfies three requirements: First, the search must be authorized by law; second, the law itself must be reasonable; finally, the manner in which the search is carried out must be reasonable: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

[93] The first and second requirements are no longer in dispute: The courts below found, correctly, that the warrant was authorized pursuant to a reasonable provision of law.

[94] . Accordingly, only the third requirement concerns us here: Was the search *carried out* in a reasonable manner? And the answer to that question depends on whether the search itself was conducted by the police in accordance with the established requirements of the *Charter*, the governing statutory provisions, and the common law.

[95] For the reasons I have already given, for the reasons that follow, and for the reasons of Justice O’Brien in the Court of Appeal, I would answer that question in the negative.

[96] First, I turn to the common law “knock and announce” rule that governs searches of private

[90] Ainsi que je l’ai déjà signalé, en l’espèce, le mandat de perquisition a été délivré en vertu de l’art. 11 de la *LRDS*, qui permet à un juge de paix de délivrer un mandat s’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire à la présence, en un lieu, d’une substance désignée ou d’un bien infractionnel. L’article 12 de la *LRDS* autorise l’agent de la paix qui exécute le mandat à recourir « à la force justifiée par les circonstances » (c’est moi qui souligne, bien entendu).

[91] Le pouvoir de perquisitionner prévu par la *LRDS* est assujéti à deux autres contraintes : la common law et l’art. 8 de la *Charte*.

[92] L’article 8 de la *Charte* garantit le droit de chacun « à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Une perquisition ne résistera au contrôle de sa constitutionnalité fondé sur l’art. 8 que si elle satisfait aux trois exigences suivantes : premièrement, la perquisition doit être autorisée par la loi, deuxièmement, la loi elle-même ne doit avoir rien d’abusif et, troisièmement, la perquisition ne doit pas avoir été effectuée d’une manière abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278.

[93] Les deux premières exigences ne font plus l’objet d’un débat : les juridictions inférieures ont jugé, à bon droit, que le mandat était autorisé par une disposition législative qui n’avait rien d’abusif.

[94] En conséquence, seule la troisième exigence nous intéresse en l’espèce : la perquisition a-t-elle été *effectuée* d’une manière abusive? La réponse à cette question dépend de celle que l’on donne à la question de savoir si la perquisition elle-même a été menée par la police conformément aux prescriptions de la *Charte*, des dispositions de la loi applicable et de la common law.

[95] Pour les motifs que j’ai déjà formulés, pour les motifs qui suivent et pour ceux qu’a exposés le juge O’Brien de la Cour d’appel, je suis d’avis de répondre que la perquisition a été effectuée de manière abusive.

[96] Examinons tout d’abord le principe de common law qui oblige les agents de police qui

residences. This rule recognizes the highly sensitive privacy interest at stake when the state wishes to search a person's home. Absent exigent circumstances, peace officers in executing a warrant must, before entering a home to conduct their search, announce their presence, identify themselves as agents of the state and request admittance.

[97] In *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at p. 746, Dickson J. (later C.J.) explained that this rule protects both the privacy of the individual and the safety and security of the officers carrying out the search:

An unexpected intrusion of a man's property can give rise to violent incidents. It is in the interests of the personal safety of the householder and the police as well as respect for the privacy of the individual that the law requires, prior to entrance for search or arrest, that a police officer identify himself and request admittance.

[98] "Knock and announce" is a fundamental but not an absolute rule. Notably, as already indicated, a departure will be warranted in exigent circumstances, where force and surprise are justified because they appear on reasonable grounds to be necessary.

[99] On this appeal, the Crown advances two grounds to justify the officers' violent, unannounced entry. First, the Crown contends that it was necessary to protect the safety of the officers. Drugs and firearms, says the Crown, go hand in glove. The police therefore had a reasonable belief that they might encounter armed resistance in the Cornell residence. Second, drugs such as cocaine are notoriously easy to dispose of quickly. An unannounced and forcible entry, the Crown submits, was therefore required to prevent the destruction of evidence.

procèdent à une perquisition chez un particulier à frapper à la porte et à s'annoncer avant d'entrer. Ce principe reconnaît le droit crucial à la protection de la vie privée qui est en jeu lorsque l'État souhaite perquisitionner chez un particulier. Sauf dans des circonstances où il y a urgence, les agents de police qui exécutent un mandat doivent, avant d'entrer dans un domicile pour y procéder à une perquisition, annoncer leur présence, s'identifier comme agents de l'État et demander à être admis à l'intérieur.

[97] Dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, p. 746, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a expliqué que ce principe protège à la fois le droit à la protection de la vie privée de la personne concernée ainsi que la sécurité des agents qui procèdent à la perquisition :

Une intrusion inattendue dans la propriété de quelqu'un peut donner lieu à des incidents violents. C'est dans l'intérêt de la sécurité personnelle du chef de la maison et de la police aussi bien que dans l'intérêt du respect dû à l'intimité de l'individu que la loi requiert d'un agent de police, avant qu'il n'entre pour rechercher ou arrêter, qu'il s'identifie et demande à être admis.

[98] Bien que fondamental, le principe obligeant à frapper à la porte et à s'annoncer n'est pas absolu. Comme nous l'avons déjà indiqué, une dérogation à ce principe s'imposera notamment dans une situation où il y a urgence et où l'usage de la force et de la surprise est justifié parce qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'elles sont nécessaires.

[99] Dans le présent pourvoi, le ministère public invoque deux moyens pour justifier l'entrée violente et non annoncée des policiers. En premier lieu, il soutient que cette mesure était nécessaire pour assurer la sécurité des policiers. À son avis, drogues et armes à feu vont de pair. Les policiers avaient donc des motifs raisonnables de croire qu'ils étaient susceptibles de se heurter à une résistance armée au domicile des Cornell. En second lieu, il est bien connu qu'il est facile de faire rapidement disparaître une drogue comme la cocaïne. Suivant le ministère public, il était donc nécessaire d'entrer de force et sans s'annoncer pour empêcher la destruction d'éléments de preuve.

[100] Both submissions fail.

[101] The argument that a “dynamic” entry was necessary to protect the safety of the officers is entirely unsupported by the record. They smashed their way into the appellant’s home without any inquiry at all regarding the appellant or any of its other occupants. Mr. Cornell, I repeat, had neither a history of violence nor a criminal record of any sort. There was no suspicion that he was a member of any gang: reasons of O’Brien J.A., at para. 88. No other member of the household was thought ever to have committed any crime at all. The police had no reason to believe that there were firearms or any other weapons on the premises.

[102] In the absence of any particularized information regarding the home and its occupants — information that might have caused them concern for their safety — the Crown relies on the fact that the police had reasonable grounds to believe, and did believe, that the two primary subjects of the investigation, Nguyen and Tran, were gang-affiliated drug traffickers.

[103] This submission collides with the record as well.

[104] The police had no reasonable belief that either Nguyen or Tran would be at the Cornell dwelling at the time of the search. Tran had never been seen to enter that dwelling, and Nguyen had by then been in police custody for more than an hour.

[105] Second, the Crown contends that the tactical team’s sudden and violent entry was justified in order to prevent the destruction of evidence. It is true that illicit drugs are easily concealed or discarded. But as O’Brien J.A. noted in the court below, that alone is insufficient to justify a violent entry by masked officers brandishing loaded firearms.

[100] Ces deux arguments ne sauraient être retenus.

[101] Le dossier n’appuie nullement l’argument qu’une intervention « dynamique » était nécessaire pour assurer la sécurité des policiers. Ils ont fait irruption dans le domicile de l’appelant sans se renseigner d’aucune façon sur l’appelant ou sur les autres occupants de la maison. M. Cornell n’avait, je le répète, aucun antécédent de violence et il n’avait pas de casier judiciaire. Il n’était pas soupçonné de faire partie d’un gang : motifs du juge O’Brien, par. 88. Aucune des autres personnes qui habitaient sous le même toit n’a jamais été soupçonnée d’avoir commis quelque crime que ce soit. Les policiers n’avaient aucune raison de croire qu’il y avait des armes à feu ou d’autres armes sur les lieux.

[102] À défaut de renseignements précis au sujet de la maison et de ses occupants — renseignements qui auraient pu amener les policiers à craindre pour leur sécurité — le ministère public se fonde sur le fait que les policiers avaient des motifs raisonnables de croire, et qu’ils croyaient effectivement, que les deux principaux individus visés par l’enquête, M. Nguyen et M. Tran, étaient des trafiquants de drogue affiliés à un gang.

[103] Le dossier vient également contredire cet argument.

[104] Les policiers n’avaient aucun motif raisonnable de croire que M. Nguyen ou M. Tran se trouveraient au domicile des Cornell au moment de la perquisition. Personne n’avait jamais vu M. Tran entrer dans cette maison et M. Nguyen était à ce moment-là détenu par la police depuis plus d’une heure.

[105] En second lieu, le ministère public affirme que l’escouade tactique était justifiée d’entrer dans la maison de façon aussi soudaine et violente pour éviter la destruction d’éléments de preuve. Il est vrai qu’il est facile de dissimuler des drogues illicites ou de s’en débarrasser. Mais comme le juge O’Brien de la Cour d’appel l’a fait remarquer, ce fait ne suffit pas à lui seul pour justifier une entrée violente par des agents masqués brandissant des armes à feu chargées.

[106] The police must make some attempt to ascertain whether there is a real likelihood that, without a sudden and violent entry of the kind that occurred here, the occupants will have time — and will proceed — to conceal or destroy the evidence that is the object of the search. It is well established that generic information about the potential presence of drugs in a home is insufficient to warrant so drastic a violation of its occupants' constitutional rights.

[107] This very issue was considered with care in *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, where the Court weighed the sufficiency of evidence required to disregard the “knock and announce” rule. If it is demonstrated that the police have departed from the common law standard, the onus is on the state to justify that departure. Moreover, “[t]he greater the departure from the standards of behaviour required by the common law and the *Charter*, the heavier the onus on the police to show why they thought it necessary to use force in the process of an arrest or a search” (*Genest*, at p. 89).

[108] *Genest*, like this case, involved an unjustified departure from the “knock and announce” rule by a police tactical team. There, as here, the Crown sought to justify the “dynamic” entry on the ground that police officers need to protect themselves from violence. This explanation, absent some specific evidence, was rejected by a unanimous Court in these terms:

I would not wish to be taken to say that the Crown must prove a tendency to violence beyond a reasonable doubt, nor that the Crown cannot refer to past conduct as influencing their decision as to the amount of force thought necessary to carry out a search. The assessment of the amount of force, like the motives for the search in the first place, need not be proven on the same standard of guilt as when proving the elements of an offence. The Crown must, however, lay the evidentiary framework to support the conclusion that there were grounds to be

[106] Les policiers doivent tenter de vérifier s'il existe une réelle probabilité que, sans une intervention aussi soudaine et violente que celle qui s'est produite en l'espèce, les occupants auront le temps de dissimuler ou de faire disparaître les éléments de preuve visés par la perquisition et que c'est effectivement ce qu'ils feront. Il est de jurisprudence constante que des renseignements d'ordre général sur la présence possible de drogues dans une maison ne sont pas suffisants pour justifier une violation aussi considérable des droits constitutionnels de ses occupants.

[107] Cette question précise a été soigneusement examinée dans l'affaire *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, dans laquelle la Cour s'est penchée sur la suffisance des éléments de preuve requis pour écarter le principe obligeant les agents à « frapper à la porte et à s'annoncer » avant d'entrer. S'il est démontré que les policiers se sont écartés de la norme prévue par la common law, c'est à l'État qu'il incombe alors de justifier cet écart. En outre, « [p]lus on s'écarte des normes de conduite imposées par la *common law* et par la *Charte*, plus il incombe aux policiers de montrer pourquoi ils ont jugé nécessaire d'avoir recours à la force pour une arrestation ou une perquisition » (*Genest*, p. 89).

[108] Comme la présente espèce, l'affaire *Genest* portait sur une dérogation injustifiée, par une escouade tactique de la police, au principe qui l'obligeait à « frapper à la porte et à s'annoncer ». Dans cette affaire, comme dans la présente, le ministère public cherchait à justifier l'intervention « dynamique » en invoquant la nécessité pour les policiers de se protéger contre des actes de violence. À défaut d'éléments de preuve précis pour étayer cette thèse, la Cour l'a rejetée à l'unanimité :

Je ne dis pas que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable une tendance à la violence ni que le ministère public ne peut invoquer une conduite antérieure comme facteur qui a influencé la décision quant au degré de force jugé nécessaire pour effectuer une perquisition. Pas plus que les motifs de la perquisition, les éléments qui ont joué dans la détermination du degré de force n'ont pas à être prouvés selon la même norme de culpabilité que celle qui s'applique pour établir les éléments constitutifs d'une infraction.

concerned about the possibility of violence. [Emphasis added; p. 90.]

[109] Police forces have limited investigative resources and cannot be expected always to know with certainty what they will face upon executing a search warrant. They are, however, bound under *Genest* to at least make reasonable inquiries to ascertain the nature of the premises they intend to search, the identities and background of its occupants, and the real risk of resistance by force.

[110] Moreover, *ex post facto* justifications are of no assistance in determining whether the police had a reasonable basis for departing from the “knock and announce” rule, or whether the violence of their unannounced entry rendered the execution of their search unreasonable. The conduct of the police in this respect must be judged only on the evidence available to them prior to the search.

[111] I agree with O’Brien J.A. that this will be an inherently flexible standard, since “the urgency of the situation will affect the amount of information that may reasonably be expected to have been obtained” (para. 113). So, too, will the accessibility of information about the home to be searched and its occupants: Reasonable attempts to investigate, even when largely unsuccessful, may well support a departure from the “knock and announce” rule.

[112] The flexibility of the standard is of no assistance to the Crown here, since the police made *no attempt to obtain any information regarding the Cornell home or its occupants*. Their entire focus, as Justice Cromwell points out, at para. 5, was on Nguyen and Tran. And, as I have already noted, their surveillance of the Cornell home from this perspective provided no

Le ministère public doit néanmoins produire des éléments de preuve pour étayer la conclusion qu’il existait des motifs de craindre la possibilité de violence. [Je souligne; p. 90.]

[109] Les corps policiers disposent de ressources limitées en matière d’enquête et on ne peut s’attendre à ce qu’ils sachent toujours avec certitude ce à quoi ils seront confrontés au moment d’exécuter un mandat de perquisition. L’arrêt *Genest* les oblige cependant à faire à tout le moins des vérifications raisonnables pour s’assurer de la nature des lieux qu’ils entendent perquisitionner, de l’identité et des antécédents de ses occupants et du risque réel de se buter à une résistance par la force.

[110] Les justifications *ex post facto* ne sont par ailleurs d’aucune utilité pour déterminer si les policiers avaient des motifs raisonnables de s’écarter de la règle les obligeant à frapper à la porte et à s’annoncer ou pour savoir si la violence avec laquelle ils sont entrés sans s’annoncer rendait l’exécution de leur perquisition abusive. La conduite des policiers à cet égard ne doit être jugée qu’à la lumière des éléments de preuve dont ils disposaient avant la perquisition.

[111] Je suis d’accord avec le juge O’Brien pour dire qu’il s’agit d’une norme intrinsèquement flexible : [TRADUCTION] « l’urgence de la situation influencera la quantité de renseignements qu’on peut raisonnablement s’attendre à obtenir » (par. 113). Il en va de même pour ce qui est de l’accessibilité aux renseignements portant sur le domicile à perquisitionner et sur ses occupants : les tentatives raisonnables effectuées pour se renseigner peuvent fort bien justifier une dérogation au principe exigeant que l’on frappe et que l’on s’annonce et ce, même si ces tentatives s’avèrent en grande partie infructueuses.

[112] La souplesse de la norme n’est d’aucune utilité pour le ministère public en l’espèce, étant donné que les policiers *n’ont pas tenté d’obtenir des renseignements au sujet du domicile des Cornell ou de ses occupants*. Ainsi que le juge Cromwell le souligne au par. 5, on s’intéressait exclusivement à M. Nguyen et à M. Tran. Et, comme je l’ai déjà fait observer, la surveillance qui avait été effectuée du

basis for an unannounced and violent entry of the premises.

[113] Nor did the Crown provide any evidence — or, indeed, any reasonable explanation — for the failure of the police to make the requisite inquiry. Quite properly, Crown counsel conceded in this Court that the police would have proceeded differently if they had known before the search what they learned during its execution. I reiterate that what matters is what the police knew before the search and not what they learned afterward. But where the police would not have resorted to an unannounced and violent entry if they had known what they made no effort to learn — and could easily have discovered — this alone tends to indicate that the execution of the search was unreasonable in the circumstances.

[114] Other aspects of the search contribute to its overall unreasonableness.

[115] The tactical team members wore balaclavas. At trial, the wearing of masks was not justified with reference to any situation-specific threat. Balaclavas are sometimes worn to protect the officers' faces in case of a chemical fire — for example, when they raid a suspected drug lab — or when they contemplate the use of flashbangs or pepper spray to overcome anticipated resistance. Alternatively, balaclavas may be worn to protect the identity of officers still involved in an ongoing undercover investigation. This was not the case here either. On the Crown's own evidence, the tactical team wore balaclavas *because that is what they always did*. And their avowed reason for proceeding that way was to intimidate and psychologically overpower those inside, in part by creating an "overwhelming sensory uniformed kind of appearance" (reasons of O'Brien J.A., at para. 112).

domicile des Cornell sous cet angle n'avait fourni aux policiers aucune raison de pénétrer dans les lieux de façon violente et sans s'annoncer.

[113] Le ministère public n'a en outre présenté aucun élément de preuve — ni même, d'ailleurs, d'explication raisonnable — pour justifier le défaut de la police de procéder aux investigations nécessaires. À juste titre, le procureur de la Couronne a admis devant notre Cour que les policiers auraient procédé différemment s'ils avaient su, avant la perquisition, ce qu'ils ont appris lors de son exécution. Je répète que la seule chose qui importe c'est ce que les policiers savaient avant la perquisition et non ce qu'ils ont appris par la suite. Mais dès lors qu'il appert que les policiers ne seraient pas entrés de façon violente et sans s'annoncer s'ils avaient été au courant de faits qu'ils n'ont fait aucun effort pour découvrir — et qu'ils auraient pu facilement découvrir — cet aspect donne à lui seul à penser que l'exécution de la perquisition était abusive dans les circonstances.

[114] Il y a d'autres aspects de la perquisition qui contribuent à son caractère généralement abusif.

[115] Les membres de l'escouade tactique étaient cagoulés. Au procès, on n'a pas justifié le port de masques en invoquant une menace précise. Les policiers portent parfois des cagoules pour se protéger le visage dans le cas d'un incendie d'origine chimique — par exemple lorsqu'ils effectuent une descente dans un laboratoire soupçonné de fabriquer des drogues — ou lorsqu'ils envisagent la possibilité d'utiliser des grenades incapacitantes ou du gaz poivré pour neutraliser une résistance anticipée. Ils peuvent aussi porter une cagoule pour protéger leur identité lorsqu'ils participent à une opération d'infiltration qui est toujours en cours. Ce n'était pas le cas non plus en l'espèce. Suivant la preuve présentée par le ministère public lui-même, les membres de l'escouade tactique étaient cagoulés *parce que c'est ce qu'ils faisaient toujours*. Et, de leur propre aveu, ils ont procédé ainsi pour intimider les occupants de la maison et les dominer psychologiquement, en partie en cherchant à [TRADUCTION] « les désorienter au moyen de l'impression provoquée par les uniformes en question » (motifs du juge O'Brien, par. 112).

[116] Gratuitous intimidation of this sort — psychological violence entirely unrelated to the particular circumstances of the search — may in itself render a search unreasonable.

[117] Moreover, anonymity in the exercise of power, particularly state power, invites in some a sense of detachment and a feeling of impunity. The wearing of masks by intruding police officers creates an unjustified risk in this regard where, as here, it is based on nothing more than an ill-considered police “policy” that has been judicially condemned on more than one occasion.

[118] At best, hidden faces tend to disinhibit those charged with the forcible penetration and search of a home. Hidden faces also render any culprits among the officers unidentifiable by witnesses, and therefore unaccountable to the victims and to society for any excesses or inappropriate behaviour. Just as anonymity breeds impunity, so too does impunity breed misconduct — which, unsanctioned by legal consequences, tends to bring into disrepute our enviable system of justice.

[119] Where there exists a reasonable justification for the wearing of balaclavas, the inherent risks and negative effects I have mentioned are outweighed by the need for effective law enforcement. I hasten to add that in close cases, of which this is not one, the police, not the accused, should be given the benefit of the doubt.

[120] Finally, the members of the tactical squad were bound by s. 29 of the *Criminal Code* to have with them, where feasible, the search warrant under which they were acting and to produce it on demand. As I mentioned earlier, the Crown led no evidence that it was *not feasible in this case*. This is not a technical or insignificant breach of the law. It is a violation of a venerable principle of historic and constitutional importance. And it is of practical importance as well in avoiding violent

[116] Ce genre d’intimidation gratuite — une violence psychologique n’ayant aucun rapport avec les circonstances particulières de la perquisition — peut, en soi, rendre une perquisition abusive.

[117] Qui plus est, l’anonymat dans l’exercice d’un pouvoir, en particulier de la part de l’État, suscite chez certains un sentiment d’indifférence et d’impunité. Le port de cagoules par les policiers intrus en question créait, dans ces conditions, un risque injustifié dès lors que, comme en l’espèce, il n’était fondé sur rien de plus qu’une « politique » irréfléchie de la police, politique qui avait déjà été condamnée à plusieurs reprises par les tribunaux.

[118] Le fait de cacher son visage tend, au mieux, à enhardir ceux qui sont chargés d’entrer de force dans un domicile pour y effectuer une perquisition. Cela fait par ailleurs en sorte que les témoins ne peuvent identifier les agents qui se seraient rendus coupables d’abus et de comportements inacceptables et qui, de ce fait, sont dispensés de rendre compte de leurs actes aux victimes et à la société. Tout comme l’anonymat engendre l’impunité, l’impunité génère l’inconduite, laquelle, lorsqu’aucune conséquence juridique ne vient la sanctionner, tend à déconsidérer notre système de justice fort enviable.

[119] Lorsqu’il existe des motifs raisonnables justifiant le port de cagoules, la nécessité de recourir à des mesures efficaces pour assurer le respect de la loi l’emporte sur les risques inhérents et les conséquences négatives que j’ai évoqués. Je m’empresse d’ajouter que, dans les cas limites, dont celui qui nous occupe ne fait pas partie, c’est à la police et non à l’accusé qu’il convient d’accorder le bénéfice du doute.

[120] Enfin, l’article 29 du *Code criminel* obligeait les membres de l’escouade tactique à être munis, si la chose était possible, du mandat de perquisition en vertu duquel ils agissaient et de le produire sur demande. Ainsi que je l’ai déjà mentionné, le ministre public n’a soumis aucun élément de preuve tendant à démontrer que la chose *n’était pas possible en l’espèce*. Il ne s’agit pas d’une violation banale ou technique de la loi. Il s’agit d’un manquement à un principe vénérable qui revêt une grande importance

resistance by those present in the home. They may well fear the consequences of the search, but will at least be assured by the warrant that this sudden and unexpected entry into their home is authorized by law — and that they are not the victims of a violent home invasion by bandits in uniform.

[121] The absence of any prior investigation regarding the Cornell home and its occupants; the violence and destructiveness of the entry; the force used to subdue the sole, mentally disabled occupant of the house; the total failure to justify departure from the “knock and announce” rule in respect of the Cornell residence; the use of masks without justification; the use of drawn weapons without any reason to suspect that their physical security was at risk; the failure of the entering officers to have with them, as required by law, the search warrant under which they were acting; and all the other facts and circumstances I have mentioned leave me with no doubt that the police in this case violated the right of the appellant, enshrined in s. 8 of the *Charter*, “to be secure against unreasonable search or seizure”.

[122] I turn in this light to the reasons of my colleague, Justice Cromwell. In his view, the police did not use excessive force in conducting their unannounced and violent entry into the Cornell home. Justice Cromwell finds that they acted reasonably and, therefore, did not violate the appellant’s constitutional right, under s. 8 of the *Charter*, to be secure against unreasonable search or seizure.

[123] My colleague’s conclusion is best appreciated in the context of the legal framework he sets out with admirable concision and clarity at paras. 18-20. Because of their central importance to my

tant sur le plan historique que sur le plan constitutionnel. Ce manquement est également important sur le plan pratique si l’on veut éviter toute résistance violente de la part des personnes présentes dans la maison qui peuvent fort bien craindre les conséquences de la perquisition, mais qui sont au moins assurées par le mandat que cette intrusion soudaine et inattendue dans leur domicile est autorisée par la loi et qu’elles ne sont pas victimes d’un braquage de domicile violent perpétré par des bandits en uniforme.

[121] Le fait que l’on ne se soit pas renseigné au préalable sur le domicile des Cornell et sur ses occupants, la violence et le caractère destructif de l’entrée, la force utilisée pour maîtriser le seul occupant de la maison à ce moment-là, une personne atteinte d’une déficience intellectuelle, le défaut total de justifier la dérogation au principe obligeant les policiers à frapper à la porte et à s’annoncer, le port sans justification de masques, le braquage d’armes sans qu’il existe des raisons de soupçonner que la sécurité physique des policiers était en danger, le défaut des agents qui sont entrés dans la maison d’être munis, comme la loi l’exigeait, du mandat de perquisition en vertu duquel ils agissaient, ainsi que tous les autres faits et toutes les autres circonstances que j’ai mentionnés font en sorte que j’ai l’absolue certitude que, dans le cas qui nous occupe, les policiers ont violé le droit constitutionnel de l’appellant « à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » garanti à l’art. 8 de la *Charte*.

[122] Dans cette optique, je passe aux motifs de mon collègue, le juge Cromwell. À son avis, les policiers n’ont pas utilisé une force excessive lorsqu’ils sont entrés au domicile des Cornell de façon violente et sans s’annoncer. Il estime qu’ils n’ont pas agi de façon abusive et que, par conséquent, ils n’ont pas violé le droit constitutionnel de l’appellant à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l’art. 8 de la *Charte*.

[123] On peut mieux comprendre la conclusion à laquelle arrive mon collègue en la situant dans le contexte du cadre juridique qu’il expose avec une concision et une clarté remarquables, aux par. 18-20

comments that follow, I reproduce those paragraphs here:

Except in exigent circumstances, police officers must make an announcement before forcing entry into a dwelling house. In the ordinary case, they should give: “(i) notice of presence by knocking or ringing the door bell, (ii) notice of authority, by identifying themselves as law enforcement officers and (iii) notice of purpose, by stating a lawful reason for entry”: *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at p. 747.

Neither the wisdom nor the vitality of the knock and announce principle is in issue on this appeal. Experience has shown that it not only protects the dignity and privacy interests of the occupants of dwellings, but it may also enhance the safety of the police and the public: Commission of Inquiry into Policing in British Columbia, *Closing The Gap: Policing and the Community — The Report* (1994), vol. 2, at pp. H-50 to H-53. However, the principle, while salutary and well established, is not absolute: *Eccles v. Bourque*, at pp. 743-47.

Where the police depart from this approach, there is an onus on them to explain why they thought it necessary to do so. If challenged, the Crown must lay an evidentiary framework to support the conclusion that the police had reasonable grounds to be concerned about the possibility of harm to themselves or occupants, or about the destruction of evidence. The greater the departure from the principles of announced entry, the heavier the onus on the police to justify their approach. The evidence to justify such behaviour must be apparent in the record and available to the police at the time they acted. The Crown cannot rely on *ex post facto* justifications: see *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at pp. 89-91; *R. v. Gimson*, [1991] 3 S.C.R. 692, at p. 693. I would underline the words Chief Justice Dickson used in *Genest*: what must be present is evidence to support the conclusion that “there were grounds to be concerned about the possibility of violence”: p. 90. I respectfully agree with Slatter J.A. when he said in the present case that “[s]ection 8 of the *Charter* does not require the police to put their lives or safety on the line if there is even a low risk of weapons being present”: para. 24.

de ses motifs. En raison de l’importance cruciale qu’ils revêtent en ce qui concerne les observations que je formulerai ensuite, je reproduis ici ces paragraphes :

Sauf en cas d’urgence, les policiers doivent s’annoncer avant d’entrer de force dans une maison d’habitation. Normalement, ils doivent donner : « (i) avis de leur présence en frappant ou en sonnant, (ii) avis de leur autorité, en s’identifiant comme agents chargés d’appliquer la loi et (iii) avis du but de leur visite, en déclarant un motif légitime d’entrer » : *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, p. 747.

Ni la sagesse ni la vitalité du principe qui oblige les policiers à frapper à la porte et à annoncer leur présence ne sont remises en question dans le présent pourvoi. L’expérience nous enseigne que ce principe protège non seulement la dignité et le droit au respect de la vie privée des occupants du domicile visé, mais qu’il est également susceptible d’améliorer la sécurité de la police et du public : Commission of Inquiry into Policing in British Columbia, *Closing The Gap : Policing and the Community — The Report* (1994), vol. 2, p. H-50 à H-53. Toutefois, bien qu’il soit salutaire et qu’il soit bien établi, ce principe n’est pas absolu : *Eccles c. Bourque*, p. 743-747.

S’ils décident de déroger à ce principe, les policiers doivent expliquer pourquoi ils jugent nécessaire de le faire. En cas de contestation, le ministère public doit produire des éléments de preuve propres à étayer la conclusion que les policiers avaient des motifs raisonnables de craindre pour leur sécurité ou pour celle des occupants de la maison ou de craindre que des éléments de preuve ne soient détruits. Plus les policiers s’écartent du principe les obligeant à s’annoncer avant d’entrer, plus le fardeau qui leur incombe de démontrer pourquoi ils étaient justifiés de recourir à une telle méthode est lourd. Les éléments de preuve justifiant une telle conduite doivent figurer au dossier et avoir été à la disposition des policiers au moment où ils ont choisi d’agir comme ils l’ont fait. Le ministère public ne saurait alléguer des justifications *ex post facto* : voir *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 89-91; *R. c. Gimson*, [1991] 3 R.C.S. 692, p. 693. Je tiens à souligner les mots employés par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Genest* et à rappeler qu’il faut produire des éléments de preuve propres à étayer la conclusion qu’« il existait des motifs de craindre la possibilité de violence » : p. 90. J’abonde dans le sens du juge Slatter de la Cour d’appel lorsqu’il déclare dans la présente affaire [TRADUCTION] : « L’article 8 de la *Charte* n’exige pas que les policiers mettent leur vie ou leur sécurité en péril même s’il n’existe qu’un faible risque qu’il y ait des armes » (par. 24).

As Slatter J.A. noted in the paragraph of his reasons to which my colleague refers:

How much risk to their personal safety are the police required to take in executing a warrant? In *Genest* at p. 89 the Court spoke of a “real threat” of violent behaviour, and “grounds to be concerned about the possibility of violence”, with the proviso that a threat of violence does not “amount to a *carte blanche* for the police to ignore completely all restrictions on police behaviour”. [para. 24]

[124] My reasons make plain that I accept this exposition of the legal and constitutional principles that govern the outcome of this appeal. And, with this legal framework firmly in place, offer four observations concerning my colleague’s reasons for concluding as he has.

[125] First, Justice Cromwell notes that “[t]he appellant was not and never had been a target of the investigation” and that “[t]his investigation was not about someone like the appellant” (para. 5). In his view, since the police were investigating a “violent criminal gang” and not the appellant, the use of force was justified.

[126] With respect, I believe the opposite is true. Though the *investigation* concerned Nguyen, Tran, and the “Fresh Off the Boat” (“FOB”) gang, our concern on this appeal is the violent execution of a search warrant relating to *the appellant and his residence*. In the absence of exigent circumstances or other particularized grounds, the police were obliged by law to make reasonable inquiries, before conducting *that search*, to ascertain the nature of the premises they intended to enter, the identities and background of its occupants, and the real risk, in executing the warrant, of resistance by force.

[127] Nothing in the record supports a finding that they did, or attempted to, conduct even a rudimentary inquiry. Nothing supports a finding that

Ainsi que le juge Slatter l’explique dans l’extrait auquel réfère mon collègue :

[TRADUCTION] Jusqu’à quel point les policiers doivent-ils s’exposer à un risque à leur sécurité personnelle lorsqu’ils exécutent un mandat? Dans l’arrêt *Genest*, à la p. 89, la Cour parle de « menace réelle de comportement violent » et de « motifs de craindre la possibilité de violence », en précisant toutefois que la prise en considération de la possibilité de violence ne doit pas « équivaloir à donner carte blanche à la police pour passer outre à toutes les restrictions auxquelles est soumise la conduite policière ». [par. 24]

[124] Il ressort à l’évidence de mes motifs que j’accepte cet exposé des principes juridiques et constitutionnels régissant l’issue du présent pourvoi. Et, une fois ce cadre juridique fermement établi, je propose les quatre observations suivantes au sujet des motifs pour lesquels mon collègue en est arrivé à sa conclusion.

[125] Premièrement, le juge Cromwell fait observer que « [l]’appelant n’était pas et n’a jamais été visé par l’enquête » et que « [l]’enquête en question ne portait pas sur une personne comme l’appellant » (par. 5). À son avis, comme les policiers faisaient enquête, non pas sur l’appellant, mais sur « un gang de criminels violents », le recours à la force était justifié.

[126] Avec tout le respect que je dois à mon collègue, j’estime que c’est le contraire qui est vrai. Certes, l’*enquête* visait M. Nguyen, M. Tran et le gang « Fresh Off the Boat » (« FOB »). Or, ce qui nous intéresse dans le présent pourvoi, c’est la violence avec laquelle a été exécuté le mandat de perquisition visant *l’appellant et son domicile*. À défaut d’urgence ou d’autres motifs précis, les policiers étaient tenus, de par la loi, de faire des vérifications raisonnables, avant de procéder à *la perquisition en question*, pour s’assurer de la nature des lieux qu’ils entendaient perquisitionner, de l’identité et des antécédents de ses occupants et du risque réel de se buter à une résistance par la force lors de l’exécution du mandat.

[127] Il n’y a rien dans le dossier qui permette de conclure que les policiers ont procédé à de telles vérifications ou qu’ils ont essayé de faire des

they were unable or prevented from making that required assessment. And there is no suggestion that they were required by exigent circumstances or for any other particular reason to batter their way into the Cornell home unannounced and with violence.

[128] The single-minded focus of the police on Nguyen and Tran may have led them astray in deciding to enter the appellant's residence as they did. This might well explain — but cannot justify — their failure to make the specific assessment required by law. It does not make “reasonable” their apparent reliance on generalizations about the cocaine trade, information about the FOB gang, or “police practice”.

[129] Second, Justice Cromwell refers to the “extensive evidentiary basis” for the violent entry (para. 21). On the record before us, however, none of the evidence assessed by the police — or allegations included in their information to obtain the search warrant — related directly to the Cornell residence or to any of its inhabitants. In addition, when the search was executed, the only violent criminal ever seen entering the Cornell home *was already in police custody*. And, finally, the risk analysis that was prepared for internal purposes was never even shown to the tactical team, thus severing any possible link between the evidence gathered by police and the violent method of entry into the appellant's home.

[130] Justice Cromwell dismisses the failure of the investigating officers to provide the tactical team with a copy of the risk analysis as “some missing paperwork and lack of communication” (para. 37). In my respectful view, however, this issue goes to the heart of the reasonableness inquiry. If the tactical team lacked even this information (which in any event did not relate specifically to the Cornell

investigations mêmes rudimentaires. Il n'y a rien qui permette de conclure qu'ils n'étaient pas en mesure de procéder aux vérifications requises ou qu'ils ont été empêchés de le faire. Et rien ne donne à penser qu'ils devaient, en raison de l'urgence de la situation ou pour toute autre raison déterminée, faire irruption dans le domicile des Cornell de façon violente et sans s'annoncer.

[128] On peut penser qu'en braquant leur attention sur M. Nguyen et M. Tran, les policiers ont fait fausse route au point de décider d'entrer dans le domicile de l'appelant comme ils l'ont fait, ce qui peut fort bien expliquer — mais ne saurait justifier — leur défaut de procéder aux vérifications exigées par la loi. On ne saurait qualifier pour autant de « raisonnable » le fait qu'ils semblent s'être fondés sur des généralisations concernant le trafic de la cocaïne, sur les renseignements connus au sujet du gang FOB ou sur des « pratiques policières ».

[129] Deuxièmement, le juge Cromwell parle des « abondants éléments de preuve » tendant à justifier la violence utilisée pour procéder à la perquisition (par. 21). Or, suivant le dossier dont nous disposons, aucun des éléments de preuve examinés par les policiers — ou des allégations formulées dans la dénonciation visant à obtenir un mandat de perquisition — ne se rapportait directement au domicile des Cornell ou à l'un des ses occupants. De plus, lors de l'exécution de la perquisition, le seul criminel violent qu'on avait jamais vu entrer dans la résidence des Cornell *était déjà détenu par la police*. Et, finalement, l'analyse des risques qui avait été effectuée pour les besoins internes n'a jamais été montrée à l'escouade tactique, ce qui rompait tout lien possible entre les éléments de preuve recueillis par la police et la violence utilisée pour entrer dans le domicile de l'appelant.

[130] Aux yeux du juge Cromwell, le défaut des enquêteurs de fournir aux membres de l'escouade tactique une copie de l'analyse de risque se résume à « un problème de communication [et à l'absence de certains documents] » (par. 37). Or, avec respect, cette question touche au cœur même de la question de savoir si la perquisition était ou non abusive. Si l'escouade tactique ne disposait même pas

residence and its occupants), it is unclear to me how their decision to use such extreme force can be characterized as “reasonable” and “well-grounded” (my colleague’s reasons, at paras. 2 and 27).

[131] Third, I agree with my colleague, at para. 42, that s. 29(1) of the *Criminal Code* cannot reasonably be read so as to require all 15 officers to carry copies of the warrant. Where, as in this case, a group of officers together execute a search warrant, s. 29(1) only requires that *they* have with them, and are able to produce, a copy of the warrant.

[132] The wording of s. 29(1) is clear. Police officers executing a search warrant are required by that provision to have a copy of it with them upon entry, “where it is feasible to do so”. No evidence that it was not feasible to do so was adduced at trial.

[133] Finally, as my reasons make clear, at para. 3, I agree with Justice Cromwell that the police must be granted appropriate latitude in adopting necessary procedures to ensure their own safety and to secure the evidence sought. But in affording police officers the flexibility to which they are entitled, courts are not relieved of their duty to ensure that the police respect the legal and constitutional restraints by which they are bound in virtue of the *CDSA*, the *Charter* and the common law. This is not a matter of judicial micromanagement of police operations (Justice Cromwell’s reasons, at para. 31). It is about judicial enforcement of the rule of law.

[134] The question that remains is whether the admission of the evidence thereby obtained would bring the administration of justice into disrepute, within the meaning of s. 24(2) of the *Charter*. For

de ces renseignements (qui, en tout état de cause, ne concernaient pas expressément le domicile des Cornell et ses occupants), je ne vois pas très bien comment on pourrait qualifier sa décision d’utiliser un degré de force aussi extrême de « légitim[e] » et de « justifi[ée] » (motifs de mon collègue, par. 2 et 27).

[131] Troisièmement, j’abonde dans le sens de mon collègue lorsqu’il affirme, au par. 42, qu’on ne peut logiquement interpréter le par. 29(1) du *Code criminel* comme exigeant que chacun des 15 agents ait une copie du mandat sur lui. Lorsque, comme en l’espèce, un groupe d’agents exécute collectivement un mandat de perquisition, le par. 29(1) exige seulement qu’ils aient une copie du mandat avec eux et qu’ils soient en mesure de la produire.

[132] Le libellé du par. 29(1) est clair. Les policiers qui exécutent un mandat de perquisition sont tenus, aux termes de cette disposition, d’en avoir une copie sur eux au moment d’entrer à l’intérieur du domicile « si la chose est possible ». Or, aucun élément de preuve tendant à démontrer que la chose n’était pas possible n’a été présenté au procès.

[133] Enfin, ainsi qu’il ressort à l’évidence du par. 3 de mes motifs, je conviens avec le juge Cromwell que les policiers doivent pouvoir jouir d’une latitude adéquate pour décider des moyens qui conviennent pour assurer leur propre sécurité et obtenir les éléments de preuve recherchés. Mais le fait d’accorder aux policiers la souplesse à laquelle ils ont droit ne relève pas les tribunaux de leur obligation de s’assurer que les policiers respectent les contraintes juridiques et constitutionnelles auxquelles ils sont astreints en vertu de la *LRDS*, de la *Charte* et de la common law. Il ne s’agit pas d’une immixtion des tribunaux dans le travail des policiers (pour reprendre le sens des motifs du juge Cromwell, au par. 31). Il s’agit pour les tribunaux d’assurer le respect de la primauté du droit.

[134] La question qu’il nous reste à résoudre est celle de savoir si l’admission des éléments de preuve ainsi obtenus serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice au sens du par. 24(2) de la

the reasons already mentioned, and the reasons that follow, I believe that it would.

## IV

[135] Section 24(2) of the *Charter* provides:

Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

[136] The appropriate test for the exclusion of evidence under s. 24(2) was recently considered in *Grant* and its companion cases, where the Court reconsidered and refined the analytical framework initially set out in *Collins* and later developed in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607.

[137] In determining whether the admission of evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute, the court must now weigh three distinct factors:

- (1) The seriousness of the *Charter* infringing state conduct;
- (2) The impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and
- (3) Society's interest in the adjudication of the case on its merits.

[138] I turn first to the seriousness of the *Charter* breach.

[139] We are not concerned in this case with a minor or technical infringement of the appellant's constitutional rights under s. 8 of the *Charter*. On the contrary, the infringing state conduct involves an armed, sudden and violent assault by masked intruders on a private residence without reasonable justification — indeed, without any prior inquiry or assessment as to the use of such extreme measures.

*Charte*. Pour les motifs déjà exposés et pour ceux qui suivent, j'estime qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question.

## IV

[135] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* dispose :

Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[136] Le critère à appliquer lorsqu'il s'agit d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) a été examiné récemment par la Cour dans l'affaire *Grant* et dans des affaires connexes, où elle a revu et précisé le cadre d'analyse qui avait été défini au départ dans l'arrêt *Collins*, puis développé dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607.

[137] Pour déterminer si l'admission d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, le tribunal doit maintenant soupeser trois facteurs distincts :

- (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État;
- (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*;
- (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

[138] J'examine tout d'abord la question de la gravité de la conduite attentatoire.

[139] Nous n'avons pas affaire, en l'espèce, à un manquement mineur ou technique aux droits constitutionnels garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*. Au contraire, la conduite attentatoire de l'État implique une agression armée, soudaine et violente commise sans motifs raisonnables par des intrus masqués dans une résidence privée qui ne s'étaient pas renseignés au préalable et qui n'ont pas vérifié l'opportunité de recourir à des mesures aussi extrêmes.

[140] This constituted not only a violation of s. 8, but also an unnecessary and egregious departure from the common law “knock and announce” rule. I emphasize that the Court is not invited by the appellant to make new law, but simply to apply a consistent and unbroken line of authority that predates not only the *Charter*, but Confederation itself, reaching back more than four centuries to *Semayne’s Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194. Nor are the important underlying principles lost in the dimness of time. The Court in *Genest*, barely 20 years ago, forcefully reasserted their contemporary relevance in the clearest of terms.

[141] The *Charter* infringing conduct is serious because it constitutes as well a violation of s. 12 of the *CDSA*, which authorized the police to use only “as much force as is necessary in the circumstances”. I need hardly repeat once more that there is nothing in the record to suggest that the force used was reasonably necessary in the circumstances, or to suggest that even a perfunctory inquiry would not have made this clear.

[142] In addition, upon entry into the appellant’s home, the officers were required by s. 29 of the *Criminal Code* to have the search warrant with them, if this was feasible, and nothing in the record suggests that it was not.

[143] Against all this, we are urged to find that the police acted in “good faith” because they were merely conducting the search in accordance with departmental policy. In my view, the fact that the police were acting in accordance with their then routine practices makes their already serious infringement *more and not less serious*: First, because it establishes that the infringement was systemic, and not merely an isolated occurrence; second, because important aspects of the policy, as noted earlier, had by then been judicially condemned at the appellate level.

[140] Cette façon de procéder constituait non seulement une violation de l’art. 8, mais également un manquement tout aussi flagrant qu’inutile au principe de la common law obligeant les policiers à frapper à la porte et à s’annoncer. Je tiens à souligner que l’appellant n’invite pas la Cour à créer de nouvelles règles de droit, mais simplement à appliquer une jurisprudence constante qui existait non seulement avant l’entrée en vigueur de la *Charte*, mais avant même la Confédération, et qui remonte à plus de quatre siècles, à l’arrêt *Semayne’s Case* (1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194. L’écoulement du temps n’a par ailleurs pas atténué l’importance des principes sous-jacents. Dans l’arrêt *Genest*, il y a à peine une vingtaine d’années, la Cour a réaffirmé catégoriquement et dans les termes les plus nets l’importance que ces principes revêtent encore de nos jours.

[141] La conduite attentatoire est grave parce qu’elle constitue également une violation de l’art. 12 de la *LRDS*, qui ne permet aux policiers de recourir qu’« à la force justifiée par les circonstances ». Ai-je besoin de rappeler une fois de plus qu’il n’y a rien dans le dossier qui laisse penser que la force utilisée était raisonnablement justifiée par les circonstances ou encore que des investigations même sommaires ne l’auraient pas démontré de façon évidente?

[142] De plus, une fois à l’intérieur du domicile de l’appellant, les policiers étaient tenus, aux termes de l’art. 29 du *Code criminel*, d’avoir sur eux le mandat de perquisition, si la chose était possible. Or, rien dans le dossier ne permet de penser que la chose n’était pas possible.

[143] Malgré toutes ces considérations, on nous exhorte à conclure que les policiers ont agi de « bonne foi » parce qu’ils ne faisaient qu’exécuter la perquisition en conformité avec la politique du service de police. À mon avis, le fait que les policiers agissaient conformément à leurs pratiques d’alors rend une violation déjà grave *encore plus grave et non pas moins grave* : Premièrement, parce qu’il en ressort qu’il s’agissait d’une violation systémique et non d’un cas isolé et, deuxièmement, parce que, comme nous l’avons déjà signalé, des aspects importants de la politique avaient déjà été condamnés par des juridictions d’appel.

[144] I turn next to the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the appellant.

[145] This Court has consistently reiterated that the privacy interest protected by s. 8 is most actively engaged in the context of a private residence. As Cory J. observed in *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 141:

[A person's home] must be the final refuge and safe haven for all Canadians. It is there that the expectation of privacy is at its highest and where there should be freedom from external forces, particularly the actions of agents of the state, unless those actions are duly authorized. This principle is fundamental to a democratic society as Canadians understand that term.

[146] And as the Court held in *Grant*, at para. 78, “[a]n unreasonable search that intrudes on an area in which the individual reasonably enjoys a high expectation of privacy . . . is more serious than one that does not.”

[147] The right to be secure from unreasonable search and seizure is a cherished and constitutionally entrenched right in Canadian law. This guarantee, long established at common law and explicitly recognized in the *Charter*, is not trumped by the issuance of a search warrant. A search warrant authorizes the police to enter and search a private home, but only in accordance with the *Charter* itself, with the statute pursuant to which the warrant is issued, and with the common law. A search of a private home that is conducted in violation of all three and, in the process, causes significant and unnecessary damage to the home, strongly favours exclusion of the evidence thereby obtained.

[148] As required by *Grant*, I turn, finally, to society's interest in the adjudication of the case on its merits.

[149] As the Chief Justice and Charron J. explained in *Grant*, the integrity of the administration of

[144] Je passe maintenant à la question de l'incidence de la violation sur les droits garantis à l'appellant par la *Charte*.

[145] Notre Cour a constamment réaffirmé que le droit à la protection de la vie privée garanti par l'art. 8 est fortement en jeu dans le cas d'une résidence privée. Ainsi que le juge Cory le fait observer dans l'arrêt *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, au par. 141 :

La maison doit être pour tout Canadien son refuge ultime. C'est à cet endroit que l'attente en matière de vie privée est la plus grande et que l'on devrait être à l'abri de forces extérieures, notamment des actions de mandataires de l'État à moins qu'elles ne soient dûment autorisées. Il s'agit d'un principe fondamental dans une société démocratique, au sens que les Canadiens donnent à cette expression.

[146] Et, ainsi que la Cour l'a jugé dans l'arrêt *Grant*, au par. 78, « [l]a fouille ou perquisition abusive qui est effectuée dans un contexte d'attente raisonnablement élevée en matière de vie privée [. . .] est plus grave. »

[147] Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives est un droit sacré inscrit dans la Constitution canadienne. Cette garantie, qui existe depuis longtemps en common law et qui est explicitement reconnue par la *Charte*, n'est pas éclipsée en cas de délivrance d'un mandat de perquisition. En effet, un tel mandat autorise la police à entrer dans une maison privée pour y faire une perquisition, mais seulement en conformité avec la *Charte* elle-même, avec la loi en vertu de laquelle le mandat est délivré, et avec la common law : la perquisition d'une maison privée qui est effectuée en violation de celles-ci et qui cause, dans la foulée, des dommages importants et inutiles à la maison, milite fortement en faveur de l'exclusion des éléments de preuve ainsi obtenus.

[148] Comme la Cour l'a exigé dans l'arrêt *Grant*, je passe finalement à la question de l'intérêt qu'a la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

[149] Ainsi que la Juge en chef et la juge Charron l'expliquent dans l'arrêt *Grant*, l'intégrité de

justice is not measured solely with reference to the present *Charter* breach:

Section 24(2)'s focus is not only long-term, but prospective. The fact of the *Charter* breach means damage has already been done to the administration of justice. Section 24(2) starts from that proposition and seeks to ensure that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system. [para. 69]

[150] The issue here is whether society's interest in the adjudication of this case on its merits outweighs the interests of society, in the longer term, in discouraging routine disregard by the police of constitutional, statutory and common law safeguards designed to protect the sanctity of a person's home.

[151] This is not a matter of "punishing" the police, but rather of helping to regulate their conduct in the interests of society as a whole. Nor is it a matter of malice on the part of the officers who conducted the search. It involves a more serious affront to the administration of justice: grossly excessive and entirely unjustified violence, accompanied by psychological intimidation unwarranted in the circumstances, involving a private home, and without consideration of the need or the consequences.

[152] In these circumstances, I believe that admission of the evidence obtained pursuant to the search would not only bring the administration of justice into disrepute, but would also do a disservice not only to police officers, but to trial judges as well, by failing to give them the constitutional guidance this Court is expected to provide. That purpose will best be served by excluding the impugned evidence, giving meaningful effect to s. 24(2) of the *Charter*.

V

[153] For all of these reasons, as stated at the outset, I would allow the appeal and, like

l'administration de la justice ne se mesure pas exclusivement en fonction de la violation de la *Charte* dont il s'agit :

L'objet du par. 24(2) n'est pas seulement à long terme, il est également prospectif. L'existence d'une violation de la *Charte* signifie que l'administration de la justice a déjà été mise à mal. Le paragraphe 24(2) part de là et vise à faire en sorte que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice. [par. 69]

[150] La question qui se pose ici est celle de savoir si l'intérêt qu'a la société à ce que l'affaire soit jugée au fond l'emporte sur l'intérêt qu'a la société, à plus long terme, à dissuader la police de bafouer systématiquement des mesures de protection qui sont consacrées par la Constitution, la loi et la common law et qui visent à protéger l'inviolabilité du domicile.

[151] Il ne s'agit pas de « punir » la police, mais bien de l'aider à encadrer sa conduite dans l'intérêt de la société en général. Il ne s'agit pas non plus de conclure à de la malveillance de la part des agents qui ont effectué la perquisition. On a affaire à un affront plus grave à l'administration de la justice, en l'occurrence une violence carrément excessive et entièrement injustifiée, qui s'accompagnait d'une intimidation psychologique gratuite dans les circonstances. Il s'agissait d'une perquisition effectuée dans une maison privée sans tenir compte des besoins en présence ou des conséquences.

[152] Dans ces conditions, j'estime que l'admission des éléments de preuve obtenus à la suite de la perquisition serait non seulement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, mais que notre Cour rendrait un mauvais service non seulement aux policiers mais aussi aux juges de première instance, en ne leur proposant pas les balises constitutionnelles qu'on attend d'elle. La meilleure façon d'atteindre cet objectif consiste à exclure les éléments de preuve contestés, et à donner ainsi utilement effet au par. 24(2) de la *Charte*.

V

[153] Pour tous ces motifs, ainsi que je l'ai indiqué au début des présents motifs, j'accueillerais le

O'Brien J.A., dissenting in the Court of Appeal, I would set aside the appellant's conviction and substitute an acquittal.

*Appeal dismissed, BINNIE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fagan & Chow, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Crown Law Office — Criminal, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

pourvoi et, à l'instar du juge O'Brien, qui était dissident en Cour d'appel, j'annulerais la déclaration de culpabilité de l'appelant et je la remplacerais par un acquittement.

*Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, LEBEL et FISH sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Fagan & Chow, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Bureau des avocats de la couronne — Droit criminel, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*

**Robert William Pickton** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PICKTON

2010 SCC 32

File No.: 33288.

2010: March 25; 2010: July 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Trial — Fair trial — Charge to jury — Accused charged with several counts of first degree murder — Crown maintaining that accused actually shot and killed victims — Trial judge instructing jury that if they had reasonable doubt whether accused shot victims they should return not guilty verdict — Trial judge subsequently instructing jury following question during their deliberations that they could find that accused was killer if he “was otherwise an active participant” in killings — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge’s response to jury question undermined fairness of trial and occasioned miscarriage of justice — Whether instructions as a whole, including response to jury question, adequately conveyed law on potential routes to criminal liability.*

The accused was charged with several counts of first degree murder after the police found the dismembered remains of the victims on his property. Throughout the trial, the Crown maintained that the accused had actually shot and killed the women. The defence took the position that the Crown had failed to prove that the accused was the sole perpetrator, suggesting the potential involvement of others to the exclusion of the accused. On the fourth and last day of instructions to the jury, the defence requested that the trial judge specifically instruct the jury in accordance with the

**Robert William Pickton** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. PICKTON

2010 CSC 32

N<sup>o</sup> du greffe : 33288.

2010 : 25 mars; 2010 : 30 juillet.

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

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

*Droit criminel — Procès — Procès équitable — Exposé au jury — Accusé inculpé de plusieurs chefs de meurtre au premier degré — Ministère public soutenant que l'accusé a effectivement abattu d'un coup de feu les victimes — Directive du juge du procès aux jurés leur indiquant qu'ils devaient rendre un verdict d'acquiescement s'ils avaient un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé avait abattu ou non les victimes — Directive ultérieure du juge du procès indiquant aux jurés, à la suite d'une question de ces derniers durant leurs délibérations, qu'ils pouvaient conclure que l'accusé était le tueur s'il avait « autrement participé activement » à l'infliction de la mort aux victimes — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — La réponse du juge du procès à la question du jury a-t-elle compromis l'équité du procès et provoqué un déni de justice? — Est-ce que les directives dans leur ensemble, y compris la réponse à la question du jury, ont exposé correctement aux jurés les règles de droit sur les divers fondements permettant d'imputer la responsabilité criminelle en l'espèce?*

L'accusé a été inculpé de plusieurs chefs de meurtre au premier degré après la découverte, par la police, de fragments des corps des victimes sur sa propriété. Pendant toute la durée du procès, le ministère public a maintenu que l'accusé avait effectivement abattu d'un coup de feu les femmes en question. La défense a soutenu pour sa part que le ministère public n'avait pas réussi à démontrer que l'accusé était le seul auteur des faits reprochés, laissant entendre que d'autres individus, excluant l'accusé, pouvaient avoir été impliqués. Le quatrième et dernier jour de l'exposé des directives au jury, la défense a demandé

respective theories of the parties. The Crown consented to the request and the trial judge instructed the jury on those counts in respect of which the evidence was clear that the victim had died of a gunshot wound that, if they found that the accused had shot the victims, they should find that the Crown has proven the identity of the killer. On the other hand, if they had a reasonable doubt about whether or not he had shot the victims, they should return a verdict of not guilty. Following a question from the jury on the sixth day of deliberations, the trial judge re-instructed the jury that they could also find that the accused was the killer if he “was otherwise an active participant” in the killings. At the conclusion of the lengthy trial, the jury returned a verdict of guilty of second degree murder on each of the counts. The accused appealed his convictions, arguing that the trial judge’s retraction of the “actual shooter” instruction on the sixth day of deliberations adversely impacted on the fairness of the trial and occasioned a miscarriage of justice. The Court of Appeal, in a majority decision, rejected the accused’s argument and upheld the convictions. The dissenting judge would have granted a new trial on the ground that the trial judge’s failure to instruct the jury on the law of aiding and abetting and how it might apply to this case amounted to a miscarriage of justice.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The majority of the Court of Appeal was correct in finding that no miscarriage of justice was occasioned in this trial. While it was the Crown’s theory that the accused was the sole perpetrator, the record revealed that other routes to liability were also at issue. Not only did the defence theory itself put the participation of others at issue, but the accused’s own statements to the police, which implied the involvement of others but not to the exclusion of the accused, alone made it necessary for the trial judge to instruct the jury on potential routes to liability that went beyond the respective positions of both the Crown and the defence. In his charge, the trial judge explained to the jury what effect any finding that others might have participated in the commission of the offences would have on the question of the accused’s criminal liability. The crux of the other suspects instructions was that it did not matter whether the accused acted alone or with others; provided that he “actively participated” in the killings, and thus had a physical role in them, he could

au juge du procès d’instruire explicitement le jury conformément à la thèse de chacune des parties. Le ministère public a consenti à cette demande et le juge du procès a dit aux jurés, relativement aux chefs à l’égard desquels la preuve démontrait manifestement que la victime était décédée d’un coup de feu, que s’ils concluaient que l’accusé avait abattu les victimes, ils devaient conclure que le ministère public avait fait la preuve de l’identité du tueur. Par contre, s’ils avaient un doute raisonnable quant à la question de savoir si l’accusé avait abattu ou non les victimes, ils devaient alors rendre un verdict d’acquiescement. En réponse à une question des jurés le sixième jour des délibérations, le juge du procès leur a donné comme nouvelle directive qu’ils pouvaient également conclure que l’accusé était le tueur s’il avait « autrement participé activement » à l’infliction de la mort aux victimes. Au terme d’un long procès, le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré pour chacun des chefs d’accusation. L’accusé a interjeté appel des déclarations de culpabilité, faisant valoir que, en revenant sur la directive sur le « véritable tireur » le sixième jour des délibérations, le juge du procès avait compromis l’équité du procès et provoqué un déni de justice. La Cour d’appel a, dans une décision majoritaire, rejeté les prétentions de l’accusé et confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge dissident aurait ordonné la tenue d’un nouveau procès, au motif que l’omission du juge du procès d’exposer au jury les règles de droit concernant l’aide et l’encouragement à la perpétration d’une infraction et la manière dont elles pouvaient s’appliquer en l’espèce équivalait à un déni de justice.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : C’est à bon droit que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu qu’aucun déni de justice n’avait entaché ce procès. Bien que le ministère public ait plaidé que l’accusé était le seul auteur des actes reprochés, le dossier révélait que d’autres formes de responsabilité pouvaient également s’appliquer. Non seulement la thèse de la défense elle-même soulevait la question de l’implication d’autres personnes, mais les propres déclarations de l’accusé à la police — lesquelles laissaient entendre que d’autres personnes étaient impliquées, sans pour autant l’exclure lui-même — rendaient à elles seules nécessaire la formulation au jury par le juge du procès de directives sur les fondements de responsabilité possibles qui n’étaient évoqués ni dans la thèse du ministère public ni dans celle de la défense. Dans son exposé aux jurés, le juge du procès leur a expliqué les conséquences qu’aurait toute conclusion selon laquelle d’autres personnes ont pu participer à la perpétration des infractions sur la question de la responsabilité criminelle de l’accusé. L’essentiel du message contenu dans les

be found criminally liable. The impugned answer to the jury question was consistent with this instruction and, therefore, the contention that the defence was somehow taken by surprise by this course of events is not borne out on the record.

Furthermore, regardless of counsel's joint position, the trial judge should not have agreed to include the "actual shooter" instruction in the charge. This instruction was not only erroneous in law, but on the facts of this case, it was its addition to the charge which courted a miscarriage of justice. The jury was invited to acquit the accused based on a factual doubt which at law did not necessarily exculpate him. The trial judge properly re-instructed the jury by changing the actual shooter instruction to include the possibility that the accused was "otherwise an active participant in the killing", so that this instruction was consistent with the other suspects instructions and responsive to the evidence and the central issues of the trial.

The instructions as a whole adequately conveyed to the jury what it needed to know to consider the alternate routes to liability properly. This case was never about whether the accused had a minor role in the killing of the victims. It was about whether or not he had actually killed them. Having regard to the overwhelming evidence about the accused's having been actively involved in the actual killing of the victims, either by acting alone or in concert with others, and to the charge as a whole, the expressions "acted in concert with" and "active participant in the killing" compendiously captured the alternative routes to liability that were realistically in issue in this trial. While the trial judge could have instructed the jury more fully on the different modes of participation that could ground criminal liability, including the law on aiding and abetting, there was neither a legal error, because he correctly instructed the jury as to the essential elements which the Crown had to prove to establish liability for the murders, nor a miscarriage of justice, because the jury could not have been led into improper reasoning. The absence of an instruction on aiding and abetting could only have enured to the accused's benefit.

directives sur les autres suspects était qu'il importait peu que l'accusé ait agi seul ou avec d'autres; dès lors qu'il avait « participé activement » à l'infliction de la mort aux victimes, et qu'il avait en conséquence joué un rôle concret dans ces actes, on pouvait conclure à sa responsabilité criminelle. La réponse contestée à la question posée par le jury était compatible avec cette directive et, par conséquent, l'argument voulant que la défense ait été pour ainsi dire prise au dépourvu par la tournure des événements n'est pas appuyé par le dossier.

En outre, indépendamment de la position commune des avocats à ce sujet, le juge du procès n'aurait pas dû accepter d'inclure la directive sur le « véritable tireur » dans son exposé. Non seulement cette directive était erronée en droit, mais c'est son ajout qui, compte tenu des faits, aurait pu entraîner un déni de justice. Cette directive invitait le jury à acquitter l'accusé sur la base d'un doute factuel qui, en droit, ne le disculpait pas nécessairement. Le juge du procès a à bon droit donné de nouvelles directives au jury en modifiant la directive sur le véritable tireur pour qu'elle inclue la possibilité que l'accusé ait « autrement participé activement à l'infliction de la mort à cette personne », de sorte que la directive concorde avec celles concernant les autres suspects et réponde à la preuve et aux principales questions en litige dans le procès.

Dans leur ensemble, les directives ont effectivement fourni aux jurés les explications dont ils avaient besoin pour examiner comme il se doit les autres fondements de responsabilité. La présente affaire n'a jamais porté sur la question de savoir si l'accusé avait joué un rôle mineur dans le meurtre des victimes. Elle a toujours porté sur la question de savoir s'il les avait effectivement tuées ou non. Vu la preuve accablante indiquant que l'accusé avait participé activement à l'infliction même de la mort aux victimes, seul ou de concert avec d'autres personnes, et l'exposé au jury dans son ensemble, les expressions « agi de concert avec » et « participé activement à l'infliction de la mort aux victimes » évoquaient de façon concise les autres fondements de responsabilité qu'il était réaliste d'envisager dans le cadre de ce procès. Bien que le juge du procès aurait pu donner des directives plus complètes au jury au sujet des divers modes de participation susceptibles de permettre de conclure à la responsabilité criminelle, notamment en ce qui concerne les règles de droit relatives à l'aide et à l'encouragement, il n'y a eu ni erreur de droit, car le juge a correctement exposé au jury les éléments essentiels que le ministère public devait prouver pour établir la culpabilité relativement aux meurtres, ni déni de justice, car le raisonnement du jury ne pouvait être faussé. L'omission de donner une directive sur l'aide et l'encouragement ne pouvait qu'être à l'avantage de l'accusé.

*Per Binnie, LeBel and Fish JJ.*: The jury was not properly informed of the legal principles which would have allowed them to consider evidence of the accused's aid and encouragement to an unknown shooter as an alternative means of imposing liability for the murders, but the curative proviso found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* applies. There was overwhelming evidence of the accused's participation in the murders and, from whichever perspective his participation is considered, he was necessarily either a principal or an aider or abettor. Indeed, a properly instructed jury would likely have convicted the accused of first degree rather than second degree murder.

In relation to causation-based offences such as murder, there can be a difference between factual causation, the scientific "but-for" cause of death, and legal causation, directed at whether the accused person should be held criminally responsible for the consequences that occurred. Party liability as codified in s. 21 of the *Criminal Code* often bridges the gap which might otherwise exist between factual and legal causation. But, it remains the duty of the trial judge to convey to the jury as triers of fact the relevant legal principles and how they apply to the evidence adduced at trial, so as to avoid the legally irrelevant uncertainty which otherwise might arise.

Although the ultimate legal liability is the same for a principal or an aider or abettor, the findings of fact necessary and specific legal principles which apply to each are different. In the case of an aider or abettor, the main focus is on the intention with which the aid or encouragement was provided. On the record in this case, the acts of aiding or abetting relied upon to make the accused liable for the murders could have included many things, which could similarly have provided the necessary evidence of intention.

Given that there was no evidence that there was more than one operative cause of death, an instruction as to "concerted action" between the accused and one or more third parties needed to make clear to the jury that, if they had a reasonable doubt that the accused personally committed the murders, they needed to be satisfied beyond a reasonable doubt that he at least aided or abetted them. Both the general instruction and

*Les juges Binnie, LeBel et Fish* : Les jurés n'ont pas été adéquatement informés des principes juridiques qui leur auraient permis d'examiner des éléments de preuve concernant l'aide et l'encouragement que l'accusé aurait prodigués à un tireur inconnu, en tant qu'autre moyen d'imputer au premier la responsabilité des meurtres, mais la disposition réparatrice prévue à l'al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* s'applique. Il existait une preuve accablante de la participation de l'accusé aux meurtres et, quel que soit l'angle sous lequel on considère sa participation, il était nécessairement l'auteur des meurtres ou il avait aidé ou encouragé quelqu'un d'autre à les commettre. Du reste, un jury ayant reçu des directives adéquates aurait vraisemblablement déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré et non de meurtre au second degré.

En ce qui concerne les infractions fondées sur un lien de causalité comme le meurtre, il peut exister une différence entre la causalité factuelle — la cause scientifique (« n'eut été ») du décès — et la causalité juridique, c'est-à-dire la question de savoir si l'accusé doit être tenu criminellement responsable des conséquences qui ont résulté. La notion de responsabilité des participants codifiée à l'art. 21 du *Code criminel* permet souvent de combler le vide qui, autrement, pourrait exister entre la causalité factuelle et la causalité juridique. Mais le juge du procès conserve néanmoins l'obligation d'expliquer aux jurés — le juge des faits — les principes juridiques appropriés et la façon de les appliquer à la preuve présentée au procès, pour éviter les incertitudes non pertinentes en droit qui, sans cela, pourraient surgir.

Même si, en définitive, la responsabilité juridique à l'égard de l'infraction est la même, qu'il s'agisse de l'auteur de l'infraction ou d'une personne qui a aidé à sa perpétration ou l'a encouragée, les conclusions de fait requises et les principes juridiques applicables diffèrent. En matière d'aide ou d'encouragement à la perpétration d'une infraction, l'analyse porte principalement sur l'intention dans laquelle l'aide ou l'encouragement a été fournie. Au vu du dossier en l'espèce, de nombreux actes d'aide ou d'encouragement auraient pu être invoqués à l'encontre de l'accusé pour retenir sa responsabilité criminelle à l'égard des meurtres, et ces mêmes actes auraient également pu apporter la preuve nécessaire au titre de l'intention.

Comme il n'y avait aucune preuve de l'existence de plus d'une cause effective de décès, une directive concernant une « action concertée » par l'accusé et une ou plusieurs autres personnes devait clairement indiquer aux jurés que, s'ils avaient un doute raisonnable quant à la perpétration par l'accusé lui-même des meurtres en question, ils devaient être convaincus, hors de tout doute raisonnable, qu'il avait à tout le moins aidé ou encouragé

the amended “actual shooter” portions of the charge were misleading, and wrong in law. The words “or was otherwise an active participant” did not convey the adequate causal requirement between the accused’s acts and the deaths of the victims for principal liability. The words “or actively participated in the killing of the victim” impermissibly opened up the possibility of the accused’s having acted as an aider or abettor without any further instruction on that route of liability.

Finally, similar fact evidence will be admissible not only to show that an accused personally committed each offence charged as a principal, but also to raise the possibility that the offences were committed, in the alternative, by an accused as an aider or abettor. But, the requisite pattern of conduct must be sufficiently connected to both possibilities on all of the counts.

### Cases Cited

By Charron J.

**Distinguished:** *R. v. Ranger* (2003), 178 C.C.C. (3d) 375; **referred to:** *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652.

By LeBel J.

**Considered:** *R. v. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449; **distinguished:** *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; **referred to:** *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *Chow Bew v. The Queen*, [1956] S.C.R. 124; *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489; *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443; *R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74; *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488; *R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304; *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Mercer*, 2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130, leave to appeal refused, [2005] 2 S.C.R. x; *R. v. Perrier*, 2004 SCC 56, [2004] 3 S.C.R. 228; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 229, 231(5), 686(1)(b)(iii).

quelqu’un d’autre à les commettre. Tant la directive générale que la version modifiée du passage de l’exposé au jury concernant le « véritable tireur » étaient de nature à induire en erreur, en plus d’être erronées en droit. Les mots « ou qu’il a autrement participé activement » n’expliquaient pas adéquatement le lien de causalité requis entre les actes de l’accusé et le décès des victimes pour établir sa responsabilité en tant qu’auteur des infractions. Les mots « ou qu’il a autrement participé activement à l’infliction de la mort à la victime » ont eu pour effet de donner de manière inadmissible aux jurés la possibilité de conclure que l’accusé avait agi en aidant ou en encourageant quelqu’un d’autre à perpétrer les infractions, sans leur fournir de directives additionnelles sur cette forme de responsabilité.

Enfin, une preuve de faits similaires est admissible non seulement pour démontrer qu’un accusé a commis personnellement, en tant qu’auteur, chacune des infractions qu’on lui reproche, mais également pour soulever la possibilité qu’il les ait commises en aidant ou en encourageant quelqu’un d’autre à les perpétrer. Cependant, les comportements similaires requis doivent présenter un lien suffisant avec ces deux possibilités pour tous les chefs d’accusation.

### Jurisprudence

Citée par la juge Charron

**Distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. Ranger* (2003), 178 C.C.C. (3d) 375; **arrêts mentionnés :** *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652.

Citée par le juge LeBel

**Arrêt examiné :** *R. c. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449; **distinction d’avec les arrêts :** *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; **arrêts mentionnés :** *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123; *Chow Bew c. The Queen*, [1956] R.C.S. 124; *R. c. Harder*, [1956] R.C.S. 489; *R. c. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443; *R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74; *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488; *R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304; *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Mercer*, 2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130, autorisation de pourvoi refusée, [2005] 2 R.C.S. x; *R. c. Perrier*, 2004 CSC 56, [2004] 3 R.C.S. 228; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 229, 231(5), 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Donald and Low J.J.A.), 2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252, 459 W.A.C. 252, [2009] B.C.J. No. 1251 (QL), 2009 CarswellBC 3826, upholding the accused's convictions. Appeal dismissed.

*Gil D. McKinnon, Q.C., Patrick McGowan and Marilyn Sandford*, for the appellant.

*Gregory J. Fitch, Q.C., and John M. Gordon, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

CHARRON J. —

### 1. Overview

[1] Robert William Pickton became a person of interest to the police in early 2001 when a task force began collecting the DNA of women missing from the downtown eastside of Vancouver. All the missing women were drug-dependent sex-trade workers who had frequently worked in that area. Mr. Pickton operated a pig butchering business adjacent to his residence on his family's property in Port Coquitlam, east of Vancouver. The investigation culminated in the discovery of the dismembered remains of many of the women on Mr. Pickton's property, some in buckets in a freezer in his workshop, some in a garbage pail in the pigery near the slaughterhouse, others elsewhere on the property.

[2] Mr. Pickton was charged with 27 counts of first degree murder.

[3] In pre-trial rulings, the trial judge quashed one count and severed 20 others and the trial proceeded on the remaining six counts of first degree

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Donald et Low), 2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252, 459 W.A.C. 252, [2009] B.C.J. No. 1251 (QL), 2009 CarswellBC 3826, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Gil D. McKinnon, c.r., Patrick McGowan et Marilyn Sandford*, pour l'appellant.

*Gregory J. Fitch, c.r., et John M. Gordon, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Aperçu

[1] La police a commencé à s'intéresser à Robert William Pickton au début de l'année 2001 lorsqu'un groupe d'intervention a entrepris de prélever des échantillons pour établir le profil génétique des femmes portées disparues dans la partie est du centre-ville de Vancouver. Toutes les femmes portées disparues étaient des travailleuses du sexe toxicomanes qui avaient fréquemment travaillé dans ce secteur. M. Pickton exploitait un abattoir de porcs à côté de sa résidence sur la propriété familiale située à Port Coquitlam, à l'est de Vancouver. L'enquête s'est soldée par la découverte, sur la propriété de M. Pickton, de fragments des corps de bon nombre des femmes en question. Certains de ces restes humains ont été retrouvés dans des seaux déposés dans un congélateur de son atelier, d'autres dans une poubelle de la porcherie située près de l'abattoir, d'autres ailleurs sur la propriété.

[2] M. Pickton a été accusé de 27 chefs de meurtre au premier degré.

[3] Dans des décisions préalables au procès, le juge du procès a annulé un des chefs et en a séparé 20 autres. Au terme d'un long procès sur

murder. At the conclusion of what was a lengthy trial, the jury returned a verdict of not guilty of first degree murder, but guilty of second degree murder on each of the six counts.

[4] The Crown appealed successfully to the Court of Appeal for British Columbia from the severance order and the six acquittals of first degree murder. A unanimous court ordered a new trial on all 26 counts of first degree murder. No appeal is taken from this judgment. It has been stayed pending final resolution of Mr. Pickton's appeal.

[5] Mr. Pickton appealed from his convictions of second degree murder. His appeal essentially turned on whether the trial judge's responses to a question by the jury undermined the fairness of the trial by introducing, as the defence contended, an alternate, ill-defined route to conviction at this late stage of the trial. Mr. Pickton based this contention on the following course of events.

[6] Throughout the trial, the Crown maintained that Mr. Pickton actually shot/killed the six women. The defence took the position that the Crown failed to prove that Mr. Pickton was the sole perpetrator, suggesting the potential involvement of others to the exclusion of Mr. Pickton. On the fourth and last day of instructions to the jury, the defence requested that the trial judge specifically instruct the jury in accordance with the respective theories of the parties by adding what has been referred to as the "actual shooter" instruction. The Crown consented to the request, and the trial judge accordingly gave the following jury instruction in respect of the first three counts, each relating to a victim who, it was accepted by both counsel, died as a result of a gunshot wound to the head (the Crown relied on a similar-fact inference to prove

les six autres chefs de meurtre au premier degré, le jury a rendu un verdict d'acquittement relativement aux accusations de meurtre au premier degré, mais un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré pour chacun des six chefs d'accusation.

[4] Le ministère public a eu gain de cause dans son appel interjeté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'encontre de l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation et des six acquittements de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a ordonné à l'unanimité la tenue d'un nouveau procès sur les 26 chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Cette décision n'a pas été portée en appel et il a été sursis à son exécution en attendant que soit connu le sort final de l'appel de M. Pickton.

[5] M. Pickton a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Son appel portait essentiellement sur la question de savoir si les réponses du juge du procès à une question posée par le jury avaient eu pour effet de compromettre l'équité du procès en introduisant à cette étape finale du procès, comme l'a affirmé la défense, un fondement de responsabilité nouveau et imprécis ouvrant la voie à une déclaration de culpabilité. M. Pickton a fondé cette prétention sur les faits suivants.

[6] Pendant toute la durée du procès, le ministère public a maintenu que M. Pickton avait effectivement tué, ou abattu d'un coup de feu, les six femmes en question. La défense a soutenu pour sa part que le ministère public n'avait pas réussi à démontrer que M. Pickton était le seul auteur des faits reprochés, laissant entendre que d'autres individus, excluant M. Pickton, pouvaient avoir été impliqués. Le quatrième et dernier jour de l'exposé des directives au jury, la défense a demandé au juge du procès d'instruire explicitement le jury conformément à la thèse défendue respectivement par chacune des parties en ajoutant ce qu'on a appelé la directive sur le « véritable tireur ». Le ministère public a consenti à cette demande et le juge du procès a par conséquent adressé la directive suivante au jury relativement aux trois premiers

that the other three women had also been murdered by Mr. Pickton):

If you find that Mr. Pickton shot [name of victim], you should find that the Crown has proven [element 3, the identity of the killer]. On the other hand, if you have a reasonable doubt about whether or not he shot her, you must return a verdict of not guilty on the charge of murdering her. [Emphasis added.]

Mr. Pickton argued that for the trial judge to later retract from this instruction on the sixth day of deliberations, by instructing the jury that they could also find that he was the killer if he “was otherwise an active participant” in the killings, occasioned a miscarriage of justice.

[7] Low J.A. (Finch C.J.B.C. concurring) rejected Mr. Pickton’s argument (2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252). While it was the Crown’s theory that Mr. Pickton was the sole perpetrator, the record revealed that other routes to liability were also at issue throughout the trial. Accordingly, the trial judge correctly instructed the jury in several parts of the charge that it was not necessary to find that Mr. Pickton acted alone in order to find him guilty of the offence. The jury’s question whether they could find that Mr. Pickton was the killer if they inferred that he “acted indirectly” stemmed from the inconsistency in the charge between these other suspects instructions and the actual shooter instruction. The trial judge was correct to rectify the inconsistency, and in the majority’s view, the overall instructions with respect to the parties issue were adequate.

[8] Donald J.A., in dissent, would have granted a new trial on the ground that the trial judge’s failure

chefs, qui se rapportaient chacun à une victime qui, comme les deux avocats l’ont reconnu, était décédée par suite d’un coup de feu à la tête (le ministère public s’est fondé sur une preuve de faits similaires pour démontrer que les trois autres femmes avaient elles aussi été assassinées par M. Pickton) :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime], vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve [du troisième élément, l’identité du tueur]. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l’accusé a abattu ou non la victime, vous devez alors rendre un verdict d’acquittement relativement à cette accusation de meurtre. [Je souligne.]

M. Pickton a plaidé qu’en revenant plus tard sur cette directive le sixième jour des délibérations, le juge du procès a provoqué un déni de justice en expliquant aux jurés qu’ils pouvaient également conclure qu’il était le tueur s’il avait [TRADUCTION] « autrement participé activement » à l’infliction de la mort aux victimes.

[7] Le juge Low, avec l’appui du juge en chef de la Colombie-Britannique, le juge Finch, a rejeté l’argument de M. Pickton (2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252). Bien que la thèse du ministère public ait été que M. Pickton était le seul auteur des actes reprochés, le dossier révélait que d’autres fondements de la responsabilité avaient également été en cause pendant tout le procès. C’était donc à bon droit que le juge du procès avait expliqué au jury à différentes reprises dans ses directives qu’il n’était pas nécessaire de conclure que M. Pickton avait agi seul pour le déclarer coupable des infractions qui lui étaient reprochées. Le fait que les jurés aient demandé au juge du procès s’ils pouvaient conclure que M. Pickton était le meurtrier s’ils inféraient qu’il avait [TRADUCTION] « agi indirectement » s’explique par les contradictions dans l’exposé du juge du procès entre ces directives sur les autres suspects et la directive sur le véritable tireur. Le juge du procès avait eu raison de corriger ces contradictions et, suivant les juges majoritaires, dans l’ensemble, les directives qu’il avait données au sujet de la question des participants à l’infraction étaient adéquates.

[8] Le juge Donald, dissident, aurait ordonné la tenue d’un nouveau procès au motif que l’omission

to instruct the jury on the law of aiding and abetting and how it may apply to this case amounted to a miscarriage of justice to which the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, could not be applied.

[9] In this Court, Mr. Pickton repeats his argument that there was a miscarriage of justice and relies for support on the dissenting judgment of Donald J.A.

[10] In my view, the majority was correct in finding that no miscarriage of justice was occasioned in this trial. There is no question that the trial judge could have instructed the jury more fully on the different modes of participation that could ground criminal liability, including the law on aiding and abetting. In hindsight and from a legalistic standpoint, it is easy to argue that he probably should have done so. However, the adequacy of the jury instructions must be assessed in the context of the evidence and the trial as a whole. There is nothing wrong, particularly in complex or lengthy trials, with the trial judge and counsel's narrowing the issues for the jury by focussing on what is actually and realistically at issue in the case, provided that, at the end of the day, the jury is given the necessary instructions to arrive at a just and proper verdict.

[11] Realistically, this case was never about whether Mr. Pickton had a minor role in the murder of the victims. It was about whether or not he had actually killed them. Accordingly, the jury was left with instructions that required the Crown to prove that he "actively participated", and thus had a physical role, in the killings of the six women. As stated earlier, from a legalistic standpoint, these instructions did not reflect all potential modes of participation. However, by limiting the grounds of liability in this manner, the instructions were unduly favourable to the defence. Mr. Pickton argues nonetheless that there was a miscarriage of justice. His

du juge du procès d'exposer au jury les règles de droit concernant l'aide et l'encouragement à la perpétration d'une infraction et la manière dont elles pouvaient s'appliquer en l'espèce équivalait à un déni de justice auquel la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne pouvait pas s'appliquer.

[9] Devant notre Cour, M. Pickton reprend le même argument selon lequel il y a eu déni de justice, en s'appuyant sur la dissidence du juge Donald.

[10] À mon avis, c'est à bon droit que les juges majoritaires ont conclu qu'aucun déni de justice n'avait entaché ce procès. Il est incontestable que le juge du procès aurait pu donner des directives plus complètes au jury au sujet des divers modes de participation susceptibles d'engager une responsabilité criminelle, notamment en ce qui concerne les règles de droit relatives à l'aide et à l'encouragement. Avec le recul et d'un point de vue légaliste, il est facile d'affirmer que c'est ce qu'il aurait probablement dû faire. Toutefois, pour déterminer si les directives au jury étaient suffisantes, il faut tenir compte de l'ensemble de la preuve et du procès. Il n'y a rien de mal, surtout dans le cas de procès longs ou complexes, à ce que le juge du procès et les avocats limitent les questions sur lesquelles le jury est appelé à se prononcer en s'en tenant à ce qui est effectivement et véritablement en litige dans le procès, à condition que, tout compte fait, le jury reçoive les directives nécessaires pour en arriver à un verdict juste et approprié.

[11] En fait, la présente affaire n'a jamais porté sur la question de savoir si M. Pickton avait joué un rôle mineur dans le meurtre des victimes. Elle a toujours porté sur la question de savoir s'il les avait effectivement tuées ou non. En conséquence, le jury a reçu des directives qui obligeaient le ministère public à prouver que M. Pickton avait « participé activement » à l'infliction de la mort aux six femmes et, par conséquent, qu'il avait joué un rôle concret dans ces actes. Comme je l'ai déjà dit, d'un point de vue légaliste, les directives en question ne tenaient pas compte de tous les modes possibles de participation. Toutefois, en limitant ainsi les fondements

argument rests on the fact that the trial judge ultimately retracted the actual shooter instruction from the jury's consideration. In my view, this argument must fail. The actual shooter instruction was not only erroneous in law, but also on the facts of this case it was its *addition* to the charge which courted a miscarriage of justice. The jury was invited to acquit Mr. Pickton based on a factual doubt which at law did not necessarily exculpate him. The trial judge was therefore correct in ultimately rectifying this error by appropriately re-charging the jury.

[12] Further, given the evidence at trial, the absence of an instruction on Mr. Pickton's liability as an aider and abettor could only have enured to his benefit. Although imperfect, the overall charge adequately conveyed to the jury the relevant legal principles as they applied to the facts of the case. I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

## 2. Analysis

[13] As outlined above, the central issue in this appeal is whether, in the context of the main charge and the trial as a whole, the trial judge's response to the sole question posed by the jury effectively changed the "goal posts", as Mr. Pickton's counsel put it, thereby adversely impacting on the fairness of the trial. A subsidiary issue arises whether the instructions as a whole, including the response to the jury question, adequately conveyed the law on the potential routes to criminal liability.

[14] The evidence adduced at trial was described in considerable detail by Low J.A., at paras. 6-118. None of this evidence is at issue in this appeal. In order to situate the issues in their factual context, it will suffice to outline briefly the more salient

de responsabilité, elles favorisaient indûment la défense. M. Pickton soutient malgré tout qu'un déni de justice a été commis. Son argument repose sur le fait que le juge du procès a finalement soustrait à l'examen du jury la directive qu'il leur avait d'abord donnée au sujet du véritable tireur. Cet argument doit à mon avis être rejeté. Non seulement la directive sur le véritable tireur était erronée en droit, mais c'est son *ajout* qui, compte tenu des faits, aurait pu entraîner un déni de justice. Cette directive invitait le jury à acquitter M. Pickton sur la base d'un doute factuel qui, en droit, ne le disculpait pas nécessairement. C'est donc à bon droit que le juge du procès a finalement corrigé cette erreur en adressant de nouvelles directives appropriées au jury.

[12] De plus, compte tenu de la preuve présentée au procès, le défaut de donner des directives au sujet de la responsabilité de M. Pickton pour aide ou encouragement à la perpétration des infractions ne pouvait que jouer en sa faveur. Bien qu'imparfaites, les directives, dans leur ensemble, exposaient de façon adéquate aux jurés les principes de droit applicables aux faits de l'espèce. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

## 2. Analyse

[13] Rappelons que la principale question en litige dans le pourvoi est de savoir si, compte tenu de l'exposé principal et du procès dans son ensemble, la réponse que le juge du procès a donnée à la seule question posée par le jury a eu pour effet de modifier les [TRADUCTION] « balises », pour reprendre le terme employé par l'avocat de M. Pickton, et de compromettre ainsi l'équité du procès. À titre subsidiaire, il y a lieu de se demander si les directives, dans leur ensemble et y compris la réponse donnée à la question posée par le jury, ont exposé correctement aux jurés les règles de droit sur les divers fondements de la responsabilité criminelle.

[14] Aux paragraphes 6 à 118, le juge Low décrit de façon très détaillée les éléments de preuve présentés au procès. Aucun de ces éléments n'est en litige dans le pourvoi. Pour situer les questions en litige dans leur contexte factuel, il suffira de rappeler

features of the evidence, as presented by the parties in their respective facts.

[15] The Crown summarizes its case against Mr. Pickton as follows:

The evidence established that Pickton frequented the [downtown eastside of Vancouver] DTES and used the services provided by sex trade workers. He lured these women away from their usual working areas to his Port Coquitlam farm 30 kilometres away by offering additional money, drugs, or both. A firearm consistent in its calibre and class characteristics with the gun used to kill three of the women was found in the laundry room of his residential trailer. Pickton had lived in this trailer, situated at the north end of the 17 acre farm, since 1997. Various restraint devices, some bearing DNA matched to Pickton, were found in his bedroom and in a duffel bag in the loft area of his workshop, one of a number of outbuildings at the north end of the property used by Pickton in his daily activities. Personal belongings and trace DNA of four of the six victims were found throughout Pickton's trailer. Together with the recovered bodily remains, all this evidence was located within a 70 metre radius of his trailer.

Pickton was a butcher by avocation. He had the tools of the trade and slaughtered pigs in his slaughterhouse on the farm on a weekly basis. The state of the remains of three of the victims (bisected skulls, hands and feet) showed unmistakable signs of having been butchered in a manner similar to the way Pickton butchered large pigs, including the vertical bisection of the skull using a saw and the removal of the hands and feet by a process known as disarticulation.

Pickton told Andrew Bellwood that he lured sex trade workers from the DTES to his home, had sex with them, restrained them with handcuffs, strangled them with a piece of wire, butchered them in his slaughterhouse and disposed of their remains, including at a rendering plant. Pickton regularly disposed of barrels of offal at a rendering plant near the DTES. Recovered from the headboard of Pickton's bed was a knotted length of insulated electrical wire capable of being used

brèvement les points saillants de la preuve tels que les parties les ont présentés dans leur mémoire respectif.

[15] Voici comment le ministère public résume la preuve présentée contre M. Pickton :

[TRADUCTION] Suivant la preuve, M. Pickton fréquentait le secteur est du centre-ville de Vancouver et utilisait les services offerts par des travailleuses de l'industrie du sexe. Il réussissait à les convaincre de quitter leur secteur de travail habituel pour le suivre jusqu'à sa ferme de Port Coquitlam, située à une trentaine de kilomètres de là, en leur offrant des drogues, de l'argent supplémentaire ou les deux. Une arme à feu dont le calibre et les caractéristiques correspondent à celle utilisée pour tuer trois des femmes en question a été retrouvée dans la buanderie de la maison mobile où il habitait. M. Pickton vivait depuis 1997 dans cette maison mobile, qui se trouvait à l'extrémité nord de sa ferme de 17 acres. Divers dispositifs de contrainte, dont certains portaient des empreintes génétiques correspondant à l'ADN de M. Pickton, ont été découverts dans sa chambre et dans un sac de sport se trouvant dans le grenier de son atelier, qui était l'une des dépendances situées dans la partie nord de sa propriété dont Pickton se servait pour ses activités quotidiennes. Des effets personnels et des empreintes génétiques de quatre des six victimes ont été retrouvés un peu partout dans la maison mobile de M. Pickton. Tous ces éléments de preuve, y compris les restes humains retrouvés, se trouvaient dans un rayon de 70 mètres de sa maison mobile.

M. Pickton était boucher de métier. Il possédait les outils de travail nécessaires et il abattait chaque semaine des porcs dans l'abattoir situé dans sa ferme. L'état des restes de trois des victimes (crânes, mains et pieds sectionnés) ne laissait aucun doute : ils avaient été tranchés en utilisant une méthode similaire à celle qu'utilisait M. Pickton pour abattre les gros porcs, notamment en sectionnant le crâne à la verticale à l'aide d'une scie et en enlevant les mains et les pieds suivant un procédé connu sous le nom de désarticulation.

M. Pickton a raconté à Andrew Bellwood qu'il attirait chez lui des prostituées du secteur est du centre-ville de Vancouver, qu'il avait des relations sexuelles avec elles, les immobilisait avec des menottes, les étranglait avec un fil métallique, les dépeçait dans son abattoir et se débarrassait de leurs restes, notamment en les remettant à une usine d'équarrissage. M. Pickton livrait régulièrement des barils d'abats de porc à une usine d'équarrissage située près du secteur

as a ligature. Pickton made no mention of others in his description of this scheme.

An eyewitness, Lynn Ellingsen, testified she accompanied Pickton to the DTES one evening where he engaged a sex trade worker and brought her back to the farm. Later that evening, Ellingsen saw Pickton disembowelling the woman in his slaughterhouse. Ellingsen identified this woman as the victim in Count 5.

Both Bellwood and Ellingsen provided statements to the police recounting this confession and this eyewitness account before any remains of the victims had been found at the north end, Pickton's end, of the farm.

In his formal statement to the police, Pickton admitted to being the "head honcho" responsible for the deaths of missing women, but said that others were involved too. His references to the involvement of others did not, at the same time, exclude his own participation in the killings. To an undercover officer posing as his cellmate, Pickton admitted to being a serial killer who had killed forty-nine women and planned to kill one more to make an "even fifty." He told the officer that he disposed of his victims' remains at a rendering plant. He admitted getting caught because he had become "sloppy towards the end." The victims whose heads, hands and feet were recovered from his outbuildings were the last three victims in time.

[16] In turn, Mr. Pickton sets out in his factum the thrust of the defence advanced at trial:

The Defence responded to the Crown's case by attempting to show that Pickton's farm was a bee-hive of activity, that other persons, unknown and known (Dinah Taylor, Pat Casanova), used Pickton's place to kill the women without Pickton being criminally involved. Pickton did not testify but he called 31 witnesses. The Defence argued that Pickton's statements to the police did not amount to reliable admissions that he killed anyone. Rather, Pickton scored low on verbal intelligence tests, was simply parroting back to the police accusations that were put to him in a 12 hour interrogation in an attempt to get the police off his property and lessen the impact of the investigation on those close to him. The Defence submitted that his

est du centre-ville de Vancouver. On a récupéré de la tête du lit de M. Pickton du fil électrique isolé qui avait été noué et qui pouvait servir à étrangler. M. Pickton n'a pas fait mention d'autres individus en décrivant ce scénario.

Un témoin oculaire, Lynn Ellingsen, a expliqué qu'elle avait accompagné M. Pickton un soir jusqu'au secteur est du centre-ville de Vancouver où il avait engagé une prostituée qu'il avait ensuite ramenée à la ferme. Plus tard le même soir, M<sup>me</sup> Ellingsen avait vu M. Pickton éviscérer la femme dans son abattoir. M<sup>me</sup> Ellingsen a identifié cette femme comme la victime visée dans le cinquième chef.

M. Bellwood et M<sup>me</sup> Ellingsen ont fait des déclarations à la police dans lesquelles ils ont relaté cet aveu et les faits constatés *de visu* avant la découverte des premiers restes des victimes dans la partie nord de la ferme, où habitait M. Pickton.

Dans sa déclaration officielle à la police, M. Pickton a admis qu'il était le « grand chef » responsable de la mort des femmes portées disparues, mais a affirmé que d'autres personnes étaient également impliquées dans ces meurtres. Son allusion à l'implication d'autres personnes n'excluait pas en soi sa propre participation aux meurtres. M. Pickton a admis à un policier infiltré dans sa cellule qu'il était un tueur en série, qu'il avait assassiné quarante-neuf femmes et qu'il avait prévu en tuer une de plus pour « arrondir à cinquante ». Il a confié à l'agent qu'il s'était débarrassé des restes de ses victimes en les livrant à une usine d'équarrissage. Il a admis qu'il s'était fait prendre parce qu'il avait « bâclé le travail à la fin ». Les victimes dont les têtes, les mains et les pieds ont été récupérés dans les dépendances de sa propriété étaient les trois victimes les plus récentes.

[16] De son côté, M. Pickton a exposé dans son mémoire l'essentiel de la défense présentée au procès :

[TRADUCTION] La défense a répondu à la preuve présentée par le ministère public en tentant de démontrer que la ferme de M. Pickton bourdonnait d'activité et que d'autres personnes connues ou inconnues (Dinah Taylor, Pat Casanova) s'étaient servies de la propriété de M. Pickton pour tuer les femmes sans que M. Pickton soit criminellement impliqué. M. Pickton n'a pas témoigné, mais il a fait entendre 31 témoins. La défense a soutenu que les déclarations que M. Pickton avait faites à la police ne constituaient pas des aveux fiables qu'il avait tué qui que ce soit. En fait, M. Pickton avait obtenu une note peu élevée à des tests d'intelligence verbale, répétait simplement à la police les accusations qui lui avaient été exposées au cours d'un interrogatoire qui avait duré 12 heures

admissions to the cell plant reflected his unsophisticated efforts to impress his cell mate. The Defence argued that Ellingsen and Bellwood, who were subject to a strong *Vetrovec* instruction, were chronic drug users, entrenched in a criminal life style, and that their testimony was implausible, unreliable, and unconfirmed by the rest of the evidence. The Defence contended that the forensic evidence did not support the Crown's theory.

[17] The Crown took and maintained the position throughout the trial that Mr. Pickton was the sole perpetrator of all six murders. The defence relentlessly tried to discredit the Crown's theory by suggesting the potential involvement of others, some named and others not, to the exclusion of Mr. Pickton. Mr. Pickton's counsel took great pains to demonstrate how the Crown's sole perpetrator theory permeated each step of the proceedings and, likewise, how the defence strategy was reflected at each of those steps, from the defence's opening statement to the jury to its submissions on the jury question.

[18] There is no question that the respective positions of the Crown and the defence permeate the entire record. The Crown consistently maintained that one person committed all of the murders on the indictment and that that person was Mr. Pickton. The defence maintained that he was not criminally involved. The Crown's sole perpetrator theory is perhaps understandable, given the cogency of the evidence pointing to Mr. Pickton at the centre of this inhuman scene. It was also responsive to the tactic adopted by the defence to deflect any criminal responsibility from Mr. Pickton to other individuals. However, the question that arises is whether, in the particular circumstances of this case, the Crown was bound to the theory that it advanced.

pour essayer de détourner l'attention de la police de sa propriété et pour diminuer les répercussions de l'enquête sur ses proches. La défense a fait valoir que les aveux que M. Pickton avait faits au policier infiltré dans sa cellule témoignaient de ses efforts peu subtils pour impressionner son compagnon de cellule. La défense soutenait que M<sup>me</sup> Ellingsen et M. Bellwood, au sujet desquels le juge du procès avait fait une solide mise en garde de type *Vetrovec*, étaient des consommateurs de drogues chroniques, bien ancrés dans un mode de vie criminel, et que leur témoignage était invraisemblable et peu fiable en plus de ne pas être corroboré par le reste de la preuve. La défense soutenait que la preuve criminalistique n'appuyait pas la thèse du ministère public.

[17] Le ministère public a maintenu, pendant toute la durée du procès, que M. Pickton était le seul auteur des six meurtres. La défense a sans relâche tenté de discréditer la thèse du ministère public en évoquant l'implication possible d'autres personnes, dont le nom était mentionné ou non, selon le cas, et dont M. Pickton ne faisait pas partie. L'avocat de M. Pickton a fait des efforts considérables pour démontrer à quel point la théorie du seul auteur défendue par le ministère public avait imprégné chacune des étapes de l'instance et, dans le même ordre d'idées, à quel point la stratégie de la défense ressortait également à chacune de ces étapes, depuis l'exposé introductif de la défense au jury jusqu'aux observations de la défense au sujet de la question posée par le jury.

[18] Il est incontestable que la thèse du ministère public et celle de la défense imprègnent tout le dossier. Le ministère public a constamment maintenu qu'une seule personne avait commis tous les meurtres allégués dans l'acte d'accusation et que cette personne était M. Pickton. Pour sa part, la défense a nié énergiquement toute implication criminelle de M. Pickton. La thèse du seul auteur défendue par le ministère public est peut-être compréhensible, si l'on considère la solidité des éléments de preuve qui tendent à situer M. Pickton au cœur de cette scène macabre. Elle répond aussi à la stratégie adoptée par la défense pour détourner de M. Pickton toute responsabilité criminelle et pour la reporter sur d'autres personnes. La question qui se pose est toutefois celle de savoir si, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, le ministère public était lié par la thèse qu'il défendait.

[19] Counsel for Mr. Pickton stresses that this appeal is not about whether the Crown has the right to modify its theory or strategy as the trial progresses. He acknowledges that, as a general rule, the Crown has that right. As Binnie J. (dissenting, but not on this point) noted in *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262: “The notion that it is sufficient for the accused to respond to the ‘Crown theory of the case’ also suffers from the practical difficulty that the Crown’s theory of the case is a moving target that has to adjust to meet new or changing circumstances during the trial, including what the Crown hears in the defence closing address” (para. 27). Counsel also takes no issue with the principle that “a trial judge has a duty to instruct the jury on all routes to liability which arise from the evidence, even if the Crown chooses not to rely on a particular route”. He concedes that, as a general rule, the trial judge has that obligation (A.F., at para. 83). The issue, he argues, is whether in the particular circumstances of this case, the Crown’s so-called change in position and the trial judge’s amendment of the instructions after the jury asked their question undermined the fairness of the trial. In effect, he contends that the defence was unfairly taken by surprise by this turn of events.

[20] Counsel argues that what occurred here impacted on the fairness of the trial much as was found by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Ranger* (2003), 178 C.C.C. (3d) 375. In that case, Ranger and an individual named Kinkead were both charged with murder in relation to the stabbing of two sisters, but were tried separately. At Ranger’s trial, it was the Crown’s theory that Ranger, who had been in a relationship with one of the sisters and was upset over her intention to leave the country, had gone to her house to kill her and had enlisted Kinkead to help him. The Crown’s case, as put to the jury, relied on proving that Ranger and Kinkead were in the home together and that one or both had killed one or both sisters. Ranger’s defence was based, in part, on alibi evidence. Ultimately, the trial judge’s instructions left it open to the jury to find Ranger guilty, even if they did not accept that

[19] L’avocat de M. Pickton souligne que le pourvoi ne porte pas sur la question de savoir si le ministère public a le droit de modifier sa thèse ou sa stratégie au cours du procès. Il reconnaît que, règle générale, le ministère public a ce droit. Ainsi que le juge Binnie (dissident, mais non sur ce point) l’a fait observer dans *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, au par. 27, « [l]’idée qu’il suffit que l’accusé réponde à la “thèse du ministère public” soulève aussi une difficulté pratique parce que la thèse du ministère public est une cible mobile qui se déplace suivant les événements survenant au cours du procès, y compris la teneur de l’exposé final de la défense au jury ». L’avocat ne conteste pas non plus le principe suivant lequel [TRADUCTION] « le juge du procès a l’obligation de donner des directives au jury sur toutes les voies qui, selon la preuve, peuvent mener à la responsabilité, et ce, même si le ministère public décide de ne pas invoquer une voie donnée ». Il admet que le juge du procès a, en principe, cette obligation (mémoire de l’appelant, par. 83). Il soutient que la question qui se pose est de savoir si, eu égard aux circonstances de l’espèce, le prétendu changement de thèse du ministère public et la modification apportée par le juge du procès à ses directives à la suite de la question posée par le jury ont eu pour effet de compromettre l’équité du procès. Il affirme en fait que la défense a été injustement prise au dépourvu par cette tournure des événements.

[20] L’avocat fait valoir que ce qui s’est passé en l’espèce a eu une incidence sur l’équité du procès, comme la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que c’était le cas dans l’affaire *R. c. Ranger* (2003), 178 C.C.C. (3d) 375. Dans cette affaire, M. Ranger et un dénommé Kinkead étaient tous les deux accusés de meurtre relativement à l’agression de deux sœurs à coups de couteau. Ils avaient toutefois été jugés séparément. Au procès de M. Ranger, le ministère public a soutenu que l’accusé, qui avait fréquenté une des deux sœurs et qui était contrarié par son intention de quitter le pays, s’était rendu chez elle pour la tuer et s’était assuré pour ce faire du concours de M. Kinkead. Dans la preuve soumise au jury, le ministère public cherchait à démontrer que Ranger et Kinkead se trouvaient tous les deux dans la maison et que l’un d’entre eux ou les deux avaient tué une des sœurs ou les deux. La défense

he was present at the time of the killings, if they were satisfied that he somehow aided or abetted Kinkead in the killings. In light of what had happened at trial, the Court of Appeal concluded that it was reasonable for defence counsel to have understood that Ranger's conviction would be grounded on proving that he was in the house at the time of the murders. Consequently, by putting the additional theory to the jury without prior notice to the defence, the trial judge had undermined Ranger's ability to make full answer and defence.

[21] Low J.A. held that "*Ranger* is distinguishable from the present case because, as I have attempted to demonstrate, the defence here knew that the co-principal theory of liability would be left with the jury" (para. 168). I agree with Low J.A.'s assessment of the record and with his conclusion on this point. The fallacy of Mr. Pickton's argument lies in the fact that the *defence theory itself* put the participation of others at issue. Throughout the trial, the defence by its approach urged the jury to consider that others may have actually killed the victims. An inevitable consequence of going down that road is that the jury would have to be instructed on how this could, if at all, impact on Mr. Pickton's own criminal liability. As Low J.A. aptly observed:

The defence team was composed of experienced criminal defence counsel who could not have failed to be aware throughout of a co-party route to liability, as much as they might have wished to avoid it by confining the Crown to its sole-perpetrator theory. Nor could they not have known of the legal duty of the trial judge to instruct the jury on any party route to liability that emerged from the evidence. They could not have confined the court in the manner they hoped to confine the

de M. Ranger reposait en partie sur un alibi. Dans ses directives, le juge du procès avait indiqué aux jurés qu'ils pouvaient rendre un verdict de culpabilité contre M. Ranger même s'ils ne croyaient pas que ce dernier était présent au moment des meurtres, dès lors qu'ils étaient convaincus qu'il avait, d'une manière ou d'une autre, aidé ou encouragé M. Kinkead à commettre les meurtres. Compte tenu de ce qui était ressorti au procès, la Cour d'appel a conclu qu'il était raisonnable de la part de l'avocat de la défense de comprendre que la condamnation de M. Ranger serait fondée sur la preuve qu'il se trouvait dans la maison au moment des meurtres. En conséquence, en soumettant cette thèse supplémentaire au jury sans en informer au préalable la défense, le juge du procès avait compromis la possibilité pour Ranger de présenter une défense pleine et entière.

[21] Le juge Low a expliqué que [TRADUCTION] « l'affaire *Ranger* peut être distinguée de la présente affaire car, comme j'ai tenté de le démontrer, la défense savait en l'espèce que le jury serait appelé à se prononcer sur la thèse de la responsabilité à titre de coauteur » (par. 168). Je souscris à l'analyse que le juge Low a faite du dossier et je me rallie à sa conclusion sur ce point. L'argument de M. Pickton est fallacieux parce que la *thèse de la défense elle-même* soulevait la question de l'implication d'autres personnes. Pendant tout le déroulement du procès, la défense a, par l'approche qu'elle a adoptée, exhorté le jury à envisager la possibilité que d'autres personnes aient effectivement tué les victimes. Cette stratégie signifiait que le juge du procès devrait inévitablement donner des directives au jury sur l'incidence éventuelle de cette possibilité sur la responsabilité criminelle de M. Pickton. Ainsi que le juge Low le fait observer fort judicieusement :

[TRADUCTION] L'équipe de la défense était composée de criminalistes chevronnés qui ne pouvaient pas ne pas être au courant pendant tout ce temps de la possibilité que la voie empruntée soit celle de la responsabilité à titre de coparticipant, même s'ils pouvaient souhaiter l'éviter en forçant le ministère public à s'en tenir à sa thèse du seul auteur. Ils ne pouvaient pas non plus ignorer l'obligation que la loi imposait au juge du procès de donner des directives au jury sur toute possibilité de responsabilité à

Crown. An examination of the record makes this very apparent. [para. 121]

[22] Moreover, based on Mr. Pickton's own statements alone, it was necessary to instruct the jury on potential routes to liability that went beyond the respective positions of *both* the Crown and the defence. As Low J.A. noted:

In his formal statement to the police and in his statements to the cell plant, the appellant mentioned the involvement of other people. At no time during these conversations did he say that others were involved to the exclusion of him. His mention of others has to be viewed in the context of his admissions of his own involvement. He said to the interviewing officers that he was the "head honcho" and the "head guy". This implies the involvement of others but not to the exclusion of the appellant. He said that other people were involved "but that's here nor there". Presumably he meant "neither here nor there". He said that a lot of people were "coming down" and "there is a lot of the other people involved too". The appellant told the cell plant that "there will be about 15 other people are gonna go down . . . some will go down the tank".

Viewed by themselves or in the context of the appellant's admissions, these statements, although argued by the defence as raising a reasonable doubt about the appellant being the killer, could also lead to the conclusion that the appellant acted in concert with others. Throughout the trial, the necessity for instruction on the law of parties was apparent. [Emphasis in original; paras. 134-35.]

[23] Accordingly, the trial judge did not confine his instructions to the Crown's sole perpetrator theory, but explained to the jury what effect any finding that others may have participated in the commission of the offences would have on the question of Mr. Pickton's criminal liability. I will refer to these instructions compendiously as the "other suspects instructions". Low J.A. reviewed the relevant parts of the jury charge at some length at paras. 140-44 and 156. This analysis need not be repeated here. Suffice it to note that the other

titre de participant révélée par la preuve. Ils ne pouvaient limiter la cour de la même façon qu'ils espéraient limiter le ministère public. L'examen du dossier le démontre amplement. [par. 121]

[22] Il ressort par ailleurs des déclarations de M. Pickton lui-même qu'il était nécessaire de donner au jury des directives sur les fondements de responsabilité possibles qui n'étaient évoqués *ni* dans la thèse du ministère public *ni* dans celle de la défense. Ainsi que le juge Low le fait observer :

[TRADUCTION] Tant dans la déclaration officielle qu'il a faite à la police que dans les affirmations faites au policier infiltré dans sa cellule, l'appelant a mentionné que d'autres personnes étaient impliquées. Il n'a jamais dit, au cours de ces échanges, qu'il ne faisait pas partie des personnes impliquées. La mention qu'il fait d'autres personnes doit être replacée dans le contexte de ses aveux quant à sa propre participation. Il a déclaré aux agents qui l'interrogeaient qu'il était le « grand chef », le « cerveau » de l'opération, ce qui suppose que d'autres personnes étaient impliquées, mais pas qu'il en était lui-même exclu. Il a ajouté que d'autres personnes avaient participé, mais que ça n'avait « pas rapport ». Il voulait vraisemblablement dire : « pas d'importance ». Il a ajouté qu'il y avait beaucoup de gens qui « passaient par là » et qu'« il y a beaucoup d'autres personnes impliquées aussi ». L'appelant a déclaré au policier qui s'était infiltré dans sa cellule qu'« une quinzaine d'autres personnes vont tomber [ . . . ] certaines vont y passer ».

Qu'on les prenne isolément ou qu'on les situe dans le contexte des aveux de l'appelant, ces déclarations permettaient également de conclure que l'appelant agissait de concert avec d'autres personnes, et ce, même si la défense affirme qu'elles permettent raisonnablement de douter qu'il était le meurtrier. Pendant tout le procès, la nécessité d'exposer les règles de droit relatives aux participants à une infraction était évidente. [Souligné dans l'original; par. 134-135.]

[23] Le juge du procès n'a donc pas limité ses directives à la thèse du seul auteur défendue par le ministère public, mais il a expliqué au jury les conséquences qu'aurait toute conclusion selon laquelle d'autres personnes ont pu participer à la perpétration des infractions sur la question de la responsabilité criminelle de M. Pickton. Je vais désigner ces directives de façon concise en les appelant « les directives sur les autres suspects ». Le juge Low examine en détail les passages pertinents de l'exposé du juge au jury aux par. 140 à 144 et 156.

suspects instructions in question went along the same lines as the following instruction given to the jury immediately following the trial judge's explanation of the elements of the offence of first degree murder:

[8] A person commits an offence if he, alone or along with somebody else or others, personally does everything necessary to constitute the offence. Accordingly, it is not necessary for you to find that Mr. Pickton acted alone in order to find him guilty of the offence. You may find that Mr. Pickton acted in concert with other persons, although you may not know who they are. It is sufficient if you are satisfied beyond a reasonable doubt, having considered all the evidence, that he actively participated in the killing of the victim. It is not sufficient that he was merely present or took a minor role. The issue for you to decide is whether you are satisfied that it has been proven that he was involved to the extent that the law requires [to] establish his criminal liability. [Emphasis added.]

[24] The other suspects instructions were responsive to the evidence and the central issues raised at trial, and they are entirely correct in law. More importantly, on the question that occupies us, the record reveals that it was known throughout the trial to both Crown and defence counsel that the jury would be instructed along these lines. While the wording contained in earlier drafts differed somewhat from para. 8 reproduced above (see discussion at paras. 250-51 of Donald J.A.'s dissenting reasons), the crux of the anticipated other suspects instructions was the same: it did not matter whether Mr. Pickton acted alone or with others, for he could be found criminally liable, provided that he "actively participated" in the killings, and thus had a physical role in them. As we shall see, the impugned answer to the jury question was consistent with this instruction. In answer to the question whether they could find that Mr. Pickton was the killer if they inferred that he "acted indirectly", the members of the jury were ultimately instructed that they could do so, provided they found that he "was otherwise an active participant" in the killings. The

Il n'est pas nécessaire de reprendre cette analyse ici. Qu'il suffise de signaler que les directives sur les autres suspects en question reprenaient pour l'essentiel la directive suivante que le juge du procès avait donnée au jury tout de suite après avoir expliqué les éléments constitutifs de l'infraction de meurtre au premier degré :

[TRADUCTION]

[8] Commet une infraction la personne qui, seule ou avec une ou plusieurs autres personnes, accomplit personnellement tout ce qui est nécessaire pour constituer l'infraction. Il n'est donc pas nécessaire que vous concluez que M. Pickton a agi seul pour le déclarer coupable de l'infraction. Vous pouvez conclure que M. Pickton a agi de concert avec d'autres personnes, et ce, même si vous ignorez l'identité de ces personnes. Il suffit que vous soyez convaincus hors de tout doute raisonnable, après avoir tenu compte de l'ensemble de la preuve, qu'il a participé activement à l'infliction de la mort à la victime. Il ne suffit pas qu'il ait été simplement présent ou qu'il ait joué un rôle mineur. La question que vous devez trancher est celle de savoir si vous êtes convaincus qu'il a été démontré qu'il a participé dans la mesure requise par la loi [pour] établir sa responsabilité criminelle. [Je souligne.]

[24] Les directives sur les autres suspects ont été données en réponse à la preuve et aux principales questions soulevées au procès, et elles sont irréfutables en droit. Mais surtout, en ce qui a trait à la question qui nous intéresse, il ressort du dossier que, pendant tout le procès, tant le ministère public que les avocats de la défense savaient que les jurés recevraient des directives en ce sens. Bien que le libellé des versions antérieures diffère quelque peu de celui que l'on trouve au par. 8 reproduit ci-dessus (voir l'analyse que l'on trouve aux par. 250 et 251 des motifs dissidents du juge Donald), l'essentiel du message contenu dans les directives sur les autres suspects auxquelles on s'attendait était le même : il importait peu que M. Pickton ait agi seul ou avec d'autres; dès lors qu'il avait « participé activement » à l'infliction de la mort aux victimes, et qu'il avait en conséquence joué un rôle concret dans ces actes, on pouvait conclure à sa responsabilité criminelle. Comme nous le verrons plus loin, la réponse contestée à la question posée par le jury était compatible avec cette directive. En réponse à la question de savoir s'ils pouvaient conclure que

contention that the defence was somehow taken by surprise by this course of events is not, therefore, borne out on the record.

[25] In any event, I do not understand Mr. Pickton's miscarriage of justice argument to be founded on the content of any of the other suspects instructions. His argument that the "goal posts" were unfairly changed at a late stage of the trial rests instead on the fact that the trial judge's answer to the jury's question effectively retracted from another instruction, the "actual shooter" instruction, which related to element three of the offence, namely the identity of the killer. For convenience, I repeat the actual shooter instruction here:

If you find that Mr. Pickton shot [name of victim], you should find that the Crown has proven [element 3, the identity of the killer]. On the other hand, if you have a reasonable doubt about whether or not he shot her, you must return a verdict of not guilty on the charge of murdering her. [Emphasis added.]

[26] Low J.A. reviewed in some detail the discussions between counsel and the trial judge concerning this instruction (paras. 145-50). It is clear from this review that the wording of this instruction was only finalized in discussions between counsel and the trial judge during the course of the fourth and last day of the charge to the jury. Quite clearly, the latter part of the actual shooter instruction was inconsistent with the other suspects instructions and was also completely erroneous in law. While both counsel may have been content with this instruction in light of their respective theories, it is my view that it should never have been suggested to the trial judge that this instruction was appropriate in law in the context of the evidence in this trial. In

M. Pickton était le tueur s'ils déduisaient qu'il avait [TRADUCTION] « agi indirectement », les jurés ont en fin de compte reçu pour directive qu'ils pouvaient effectivement en arriver à cette conclusion à la condition de conclure qu'il avait [TRADUCTION] « autrement participé activement » à l'infliction de la mort aux victimes. Le dossier n'appuie donc pas l'argument voulant que la défense ait été pour ainsi dire prise au dépourvu par la tournure des événements.

[25] Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que l'argument de M. Pickton selon lequel il y aurait eu déni de justice soit fondé sur la teneur de l'une quelconque des directives données au sujet des autres suspects. Son argument que les [TRADUCTION] « balises » ont été injustement changées vers la fin du procès repose plutôt sur le fait que le juge du procès, en répondant comme il l'a fait à la question du jury, est en fait revenu sur une directive antérieure, la directive sur le « véritable tireur », qui visait le troisième élément constitutif de l'infraction, en l'occurrence l'identité du tueur. Par souci de commodité, je répète ici la directive donnée au sujet du véritable tireur :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime], vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve [du troisième élément, l'identité du tueur]. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé a abattu ou non la victime, vous devez alors rendre un verdict d'acquiescement relativement à cette accusation de meurtre. [Je souligne.]

[26] Le juge Low a procédé à un examen assez approfondi des échanges entre les avocats et le juge du procès au sujet de cette directive (par. 145 à 150). Il ressort de cet examen que le texte final de cette directive n'a été arrêté qu'au cours de discussions tenues entre les avocats et le juge du procès lors de la quatrième et dernière journée de l'exposé du juge au jury. De toute évidence, la dernière partie de la directive sur le véritable tireur était incompatible avec les directives sur les autres suspects en plus d'être entièrement erronée en droit. Bien que les avocats de la défense et de la poursuite aient pu être satisfaits de cette directive compte tenu de leur thèse respective, j'estime qu'il n'aurait jamais dû être suggéré au juge du procès que cette directive

particular, as Low J.A. rightly noted, at para. 205, “the Crown should have been adamantly opposed to these paragraphs and . . . the failure to oppose them was the root cause of the jury question”.

[27] Regardless of counsel’s joint position, the trial judge should not have agreed to include this instruction in the charge. Discussions between counsel and the trial judge about the content of the charge can provide invaluable assistance in crafting correct jury instructions and, as such, should be encouraged. However, it is the trial judge’s role to instruct the jury on all relevant questions of law that arise on the evidence. In some cases, these instructions will not accord with the position advanced by counsel for the Crown or the defence.

[28] As events turned out, the inconsistency occasioned by the addition of the actual shooter instruction was not lost on the jury, nor ultimately on the trial judge. On the sixth day of deliberations, the jury submitted the following question:

When considering Element 3 [the identity of the killer] on one or more of the counts, are we able to say “Yes”, if we infer that the accused acted indirectly?

As explained in considerable detail by Low J.A., at paras. 184-206, after hearing submissions from counsel about the question, the trial judge recharged the jury by essentially repeating some of the other suspects instructions and the actual shooter instruction. Shortly after the recharge, however, and as he later explained in his written reasons for the ruling, the trial judge became concerned that the actual shooter paragraphs were inconsistent with the other suspects instructions and were not responsive to the evidence and the central issues of the trial. The trial judge therefore asked the jury to suspend their deliberations temporarily, and, after advising counsel of his intention, he re-instructed the jury by changing the actual shooter instruction so that it

était appropriée compte tenu de la preuve présentée lors de ce procès. En particulier, le juge Low a fait observer à juste titre, au par. 205 : [TRADUCTION] « le ministère public aurait dû s’opposer catégoriquement à ces paragraphes et [. . .] son défaut de le faire est la raison première de la question posée par le jury ».

[27] Indépendamment de la position commune des avocats à ce sujet, le juge du procès n’aurait pas dû accepter d’inclure cette directive dans son exposé. Les discussions entre les avocats et le juge du procès au sujet de la teneur de l’exposé au jury peuvent s’avérer extrêmement utiles pour rédiger des directives au jury appropriées et elles devraient, pour cette raison, être encouragées. Il n’en demeure pas moins que c’est au juge du procès qu’il incombe d’instruire le jury sur toutes les questions de droit pertinentes que soulève la preuve. Dans certains cas, ces directives ne s’accordent ni avec la thèse défendue par le procureur du ministère public ni avec celle de l’avocat de la défense.

[28] En fin de compte, l’incompatibilité résultant de l’ajout de la directive sur le véritable tireur n’a échappé ni au jury ni au juge du procès. Le sixième jour des délibérations, le jury a soumis la question suivante au juge du procès :

[TRADUCTION] Lorsque nous examinons le troisième élément [l’identité du tueur] dans le cadre d’un ou de plusieurs des chefs d’accusation, pouvons-nous répondre « Oui » si nous déduisons que l’accusé a agi indirectement?

Ainsi que le juge Low l’explique à fond, aux par. 184 à 206, après avoir entendu les observations des avocats sur la question, le juge du procès a fait un nouvel exposé au jury dans lequel il a essentiellement repris certaines des directives sur les autres suspects, de même que celle relative au véritable tireur. Cependant, peu de temps après ce nouvel exposé, et ainsi qu’il l’a expliqué plus tard dans les motifs écrits de sa décision, le juge du procès a commencé à craindre que les paragraphes relatifs au véritable tireur soient incompatibles avec les directives sur les autres suspects et à craindre qu’ils ne répondent pas à la preuve et aux principales questions en litige dans le procès. Le juge du procès a par conséquent demandé au jury de

was consistent with the other suspects instructions. The corrected paragraph, which applied to the victims of counts 1 to 3, read as follows:

If you find that Mr. Pickton shot [name of victim] or was otherwise an active participant in her killing, you should find that the Crown has proven this element. On the other hand, if you have a reasonable doubt about whether or not he was an active participant in her killing, you must return a verdict of not guilty. [Emphasis added.]

[29] Mr. Pickton argued that the re-instruction gave rise to two errors. First, the trial judge committed a procedural error by failing to inquire as to the meaning of the jury's question. Second, he erred by modifying the contents of the actual shooter instruction. Low J.A. dismissed Mr. Pickton's argument that the jury question was ambiguous and that specific inquiry as to its meaning was required. I agree. As Low J.A. rightly observed:

. . . the trial judge properly took a conservative approach in conversing with the jury to avoid an improper intrusion into the substance of the jury's deliberations.

. . . Such enquiry could have led to a significant error. The judge made it clear to the jury at the end of the first recharge that if he had not given them the clarification they needed, they could ask a further question. This was a long trial conducted at considerable public expense. It was in the interest of all concerned, including the appellant, that any risk of impairing the integrity of the trial should be minimized. The trial judge's exercise of caution was the preferred approach in the circumstances. [paras. 197-98]

Low J.A. also found no substantive error. He held that "the trial judge was correct in holding that the three actual shooter paragraphs were wrong in

suspendre temporairement ses délibérations et, après avoir fait part de son intention aux avocats, il a donné de nouvelles directives au jury en modifiant la directive sur le véritable tireur pour qu'elle concorde avec celles concernant les autres suspects. Le paragraphe corrigé, qui s'applique aux victimes mentionnées dans les trois premiers chefs, est ainsi libellé :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime] ou qu'il a autrement participé activement à l'infliction de la mort à cette personne, vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve de cet élément. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé a participé activement à l'infliction de la mort à cette victime, vous devez alors rendre un verdict d'acquiescement. [Je souligne.]

[29] M. Pickton a soutenu que la nouvelle directive était entachée de deux erreurs. Premièrement, le juge du procès a commis une erreur de procédure en ne cherchant pas à s'enquérir du sens de la question du jury. Deuxièmement, il a commis une erreur en modifiant la teneur de la directive sur le véritable tireur. Le juge Low a écarté l'argument de M. Pickton suivant lequel la question du jury était ambiguë et il fallait en vérifier expressément le sens. Je suis du même avis. Ainsi que le juge Low le fait observer à juste titre :

[TRADUCTION] . . . le juge du procès a à bon droit adopté une approche prudente dans ses échanges avec le jury pour éviter de s'immiscer dans les questions de fond abordées par le jury dans ses délibérations.

. . . Une telle demande de précisions aurait pu se traduire par une grave erreur. Le juge a bien précisé au jury à la fin de la première nouvelle directive que, s'il ne leur avait pas donné les éclaircissements dont ils avaient besoin, ils pouvaient poser une autre question. Il s'agissait d'un long procès qui a entraîné des coûts élevés pour le public. Il était dans l'intérêt de tous les intéressés, y compris de l'appelant, de minimiser tout risque de compromettre l'intégrité du procès. La prudence dont le juge du procès a fait preuve était la solution la plus sage dans les circonstances. [par. 197-198]

Le juge Low n'a relevé non plus aucune erreur de fond. Il a conclu que [TRADUCTION] « le juge du procès a eu raison de déclarer que les trois

law and that he had an obligation to correct them” (para. 206). I agree.

[30] On the central issue in this appeal, I therefore conclude that the trial judge’s response to the question posed by the jury did not adversely impact on the fairness of the trial as the appellant contends.

[31] The remaining question is whether the other suspects instructions contained in several parts of the charge adequately conveyed to the jury what it needed to know to consider the alternate routes to liability properly. LeBel J. is of the view that they did not. However, as he concludes that “there exists on the record overwhelming evidence of Mr. Pickton’s guilt, and no miscarriage of justice was occasioned by this error in the instructions” (para. 39), he would apply the curative proviso and dismiss the appeal. I arrive at the same disposition but by a different route.

[32] I do not find it necessary to consider the curative proviso, as it is my view that the jury instructions on the alternate routes to liability were adequate in the context of the evidence and the issues raised at trial. I share my colleague’s opinion that, on a review of the record, “the Crown presented compelling, overwhelming evidence of the participation of Mr. Pickton in the murders” (para. 86). To be clear, this compelling evidence of participation was not about Mr. Pickton having played some minor role in the murders; it was about his having been actively involved in the actual killing of the victims, either by acting alone *or* in concert with others. I add “or in concert with others” as I take issue with LeBel J. when he says that the only logical conclusion was “that only one person, i.e. the person wielding the gun, could have caused the deaths of the victims in each of the counts” (para. 41). The evidence was not so clear that all six victims had died from a gunshot wound to the head, or that only one person participated in their actual killing. In his statement to Mr. Bellwood, Mr. Pickton said that he would handcuff his victims and strangle

paragraphes portant sur le véritable tireur étaient erronés en droit et qu’il devait les corriger » (par. 206). Je suis du même avis.

[30] À propos de la principale question en litige dans le présent pourvoi, j’estime que, contrairement à ce que prétend l’appelant, la réponse du juge du procès à la question du jury n’a pas nui à l’équité du procès.

[31] La question qu’il nous reste à trancher est celle de savoir si les directives sur les autres suspects données à plusieurs reprises dans l’exposé au jury lui ont fourni les explications dont il avait besoin pour examiner correctement les autres fondements de responsabilité. Le juge LeBel ne le croit pas. Toutefois, après avoir conclu qu’il « existe au dossier une preuve accablante de la culpabilité de M. Pickton, et qu’aucun déni de justice n’a découlé de l’erreur commise dans les directives » (par. 39), il se dit d’avis d’appliquer la disposition réparatrice et de rejeter le pourvoi. J’arrive au même résultat, mais par une voie différente.

[32] J’estime qu’il n’est pas nécessaire d’envisager l’application de la disposition réparatrice étant donné que, selon moi, les directives au jury sur les autres fondements de responsabilité étaient adéquates compte tenu de la preuve et des questions soulevées lors du procès. Je partage l’avis de mon collègue selon lequel, au vu de la preuve, « le ministère public a présenté une preuve convaincante, voire accablante, de la participation de M. Pickton aux meurtres » (par. 86). Précisons que cette preuve convaincante n’indiquait pas que M. Pickton avait joué un rôle mineur, mais qu’il avait participé activement à l’infliction même de la mort aux victimes, seul *ou* de concert avec d’autres personnes. J’ajoute « ou de concert avec d’autres personnes » car je ne suis pas d’accord avec le juge LeBel lorsqu’il dit que la seule conclusion logique était « qu’une seule personne, soit celle qui tenait l’arme à feu, avait pu causer la mort de la victime mentionnée dans chaque chef d’accusation » (par. 41). Il n’était pas vraiment manifeste, au vu de la preuve, que les six victimes étaient décédées d’un coup de feu à la tête, ou qu’une seule personne avait

them, a version of events which was supported by the evidence of an electrical wire capable of being used as a ligature recovered from the headboard of his bed. In his statement to the police, Mr. Pickton referred to himself as the “head honcho”, suggesting the involvement of others. Having regard to the nature of the evidence about Mr. Pickton’s participation and to the charge as a whole, it is my view that the expressions “acted in concert with others” and “active participant in the killing” compendiously captured the alternative routes to liability that were realistically in issue in this trial. The jury was also correctly instructed that it could convict Mr. Pickton if the Crown proved this level of participation coupled with the requisite intent.

[33] Based on the evidence, the trial judge could have, and in hindsight probably should have, also instructed the jury on Mr. Pickton’s potential liability for acts of aiding and abetting, such as luring the victims to the farm, providing them with drugs or subduing them, as my colleague points out. However, I am not persuaded that in the context of this case the failure to give such further instruction amounted to legal error. Nothing would have been gained in this trial by explaining to the jury the distinctions between an accused’s participation as principal, co-principal, or aider and abettor. By requiring proof that Mr. Pickton actively participated in the killing of the victims, by acting either on his own or in concert with others, there was no risk that the jury might convict him on the basis of conduct that did not attract criminal liability for the murders. The other suspects’ instructions, when read in the context of the charge as a whole, effectively rendered the distinctions between these various modes of participation legally irrelevant. The crucial issue is not whether the trial judge properly labelled the nature of Mr. Pickton’s liability. As aptly stated in *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, “[t]he whole point of s. 21(1) is to put an aider or abettor on the same footing as the principal” (p. 689). The determinative question is whether the

participé concrètement aux actes ayant causé leur mort. Dans son récit à M. Bellwood, M. Pickton a indiqué qu’il immobilisait ses victimes avec des menottes et les étranglait, une version des faits étayée par le fil électrique susceptible de servir à cette fin qui a été récupéré de la tête de son lit. Dans sa déclaration à la police, M. Pickton s’est décrit comme le « grand chef », ce qui sous-entend la participation d’autres personnes. Vu la nature de la preuve présentée sur la participation de M. Pickton et l’exposé au jury dans son ensemble, j’estime que les expressions « agi de concert avec d’autres personnes » et « participé activement à l’infliction de la mort » évoquaient de façon concise les autres fondements de responsabilité qu’il était réaliste d’envisager dans le cadre de ce procès. Également, c’est à bon droit que le jury a été avisé qu’il pouvait déclarer M. Pickton coupable si le ministère public avait réussi à démontrer une telle participation, combinée à l’intention requise.

[33] Il me semble que, compte tenu de la preuve, le juge du procès aurait pu et, en rétrospective, aurait probablement dû donner au jury des directives au sujet de l’éventuelle responsabilité de M. Pickton pour avoir aidé ou encouragé quelqu’un à commettre les meurtres du fait, par exemple, qu’il a attiré les victimes à sa ferme, leur a fourni des drogues ou en a fait ses captives, comme le souligne mon collègue. Cependant, je ne suis pas convaincue que, dans le cadre de la présente affaire, l’omission de donner ces directives supplémentaires constituait une erreur de droit. Expliquer au jury les distinctions entre la participation d’un accusé en tant qu’auteur, coauteur ou personne ayant fourni aide ou encouragement n’aurait rien donné au procès. Exiger la preuve que M. Pickton avait participé activement à l’infliction de la mort aux victimes, seul ou de concert avec d’autres personnes, écartait tout risque que le jury le déclare coupable sur le fondement d’actes qui n’engageaient pas sa responsabilité criminelle pour les meurtres. Les directives sur les autres suspects, à la lumière de l’ensemble de l’exposé au jury, ont eu pour effet de rendre théoriques, sur le plan juridique, les distinctions entre ces divers modes de participation. La question fondamentale n’est pas celle de savoir si le juge du procès a bien défini la

trial judge correctly instructed the jury as to the essential elements which the Crown had to prove to establish Mr. Pickton's liability for the murders. Clearly, he was guilty of murder if the Crown proved the elements of the offences as explained in the charge to the jury. I therefore conclude that there was no legal error.

[34] I also respectfully disagree with Donald J.A. that the failure to instruct the jury more fully on the law of aiding and abetting occasioned a miscarriage of justice. The instructions could not have led the jury into improper reasoning. The narrow focus which was placed on the alternate route to liability, requiring the Crown to prove that Mr. Pickton actively participated in the actual killing of the victims, restricted the scope of potential acts which could have grounded criminal liability and therefore enured to Mr. Pickton's benefit. I find it unhelpful to speculate on the unusual verdict of second degree murder in the context of this appeal. As noted at the outset, the Crown successfully appealed from the six acquittals of first degree murder and the issues raised in the court below in the context of that appeal are not before us.

[35] I therefore conclude that the instructions adequately conveyed to the jury what it needed to know to consider the alternate routes to liability properly. The law requires no more.

### 3. Disposition

[36] For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

nature de la responsabilité de M. Pickton. Comme il a été si bien dit dans l'arrêt *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, « [l]e paragraphe 21(1) a essentiellement pour but de placer la personne qui aide ou qui encourage sur le même pied que l'auteur de l'infraction » (p. 689). La question déterminante est de savoir si le juge du procès a correctement exposé au jury les éléments essentiels que le ministère public devait prouver pour établir la culpabilité de l'accusé relativement aux meurtres. De toute évidence, M. Pickton était coupable si le ministère public réussissait à prouver les éléments de l'infraction tels qu'ils ont été expliqués dans l'exposé au jury. Je conclus qu'aucune erreur de droit n'a été commise.

[34] En toute déférence, je ne souscris pas non plus aux motifs du juge d'appel Donald selon lequel l'omission de donner au jury des directives supplémentaires sur les règles relatives à l'aide et à l'encouragement a causé un déni de justice. Les directives données ne pouvaient pas fausser le raisonnement du jury. Le fait de cibler étroitement l'autre fondement de responsabilité, exigeant du ministère public qu'il démontre la participation active de M. Pickton à l'infliction même de la mort aux victimes, a restreint l'éventail des actes pouvant fonder sa responsabilité criminelle, ce qui était tout à l'avantage de M. Pickton. À mon avis, il n'est pas utile de faire des conjectures, dans le cadre du présent pourvoi, sur le surprenant verdict de meurtre au deuxième degré. Comme je l'ai indiqué au début, le ministère public a réussi à faire infirmer en appel les six acquittements de meurtre au premier degré, et les questions soumises à la juridiction inférieure dans le contexte de cet appel n'ont pas été soulevées devant nous.

[35] Par conséquent, je conclus que les directives ont effectivement fourni aux jurés les explications dont ils avaient besoin pour examiner correctement les autres fondements de responsabilité. Le droit n'exige rien de plus.

### 3. Dispositif

[36] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. —

### I. Introduction

[37] The primary issue in this appeal is the adequacy of jury instructions given at the end of a long and disturbing six-count murder trial which lasted almost a full year. Although we must necessarily conduct a careful review of those trial proceedings with a view to ensuring that justice is done on the particular facts of this case, it is also important that the applicable law be carefully delineated and clarified for future cases. I am reminded of the words of Doherty J.A. in *R. v. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (Ont. C.A.), at para. 19: “[D]etached and reflective appellate review of the trial process is perhaps most important in notorious, emotion-charged cases involving the least deserving accused.”

[38] The notion of “co-principal” liability, properly understood, did not arise on the evidence presented at trial, although other forms of party liability did. Even if the instruction receives a new label of “other suspects” liability, this cosmetic, rhetorical change does not dispel the error or change the reality of what happened during the trial. The recharge whereby the trial judge instructed the jury that they could convict Mr. Pickton if they found he was the actual shooter or “was otherwise an active participant” in the killings clearly opened up party liability as an alternate route to conviction. That having been done, it was an error for the trial judge not to have left a full aiding and abetting instruction with the jury in order to set out the alternate route properly by which the jury could convict Mr. Pickton for the six murders with which he was charged. The phrases “active participation”, “acting in concert”, or “joint venture” do not in and of themselves adequately

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LeBEL —

### I. Introduction

[37] La principale question en litige dans le présent pourvoi concerne le caractère adéquat des instructions données au jury à l'issue d'un long et bouleversant procès portant sur six chefs de meurtre, procès qui a duré près d'un an. Il va de soi que nous devons contrôler soigneusement l'instruction de ce procès pour veiller à ce que justice soit rendue eu égard aux faits particuliers de l'affaire, mais il importe également de bien préciser et circonscrire le droit applicable en prévision de causes futures. Les propos du juge d'appel Doherty dans l'arrêt *R. c. Bernardo* (1997), 121 C.C.C. (3d) 123 (C.A. Ont.), au par. 19, me viennent à l'esprit à cet égard : [TRADUCTION] « [C]'est peut-être dans les procès fortement médiatisés et suscitant de vives émotions, intentés aux accusés les moins méritants, qu'un examen détaché et réfléchi de l'instruction du procès par une juridiction d'appel se révèle le plus important. »

[38] Selon l'interprétation qu'il convient de donner à cette notion, la question de la responsabilité en tant que « coauteur » de l'infraction ne se soulevait pas au vu de la preuve présentée au procès, mais d'autres formes de responsabilité des participants aux infractions se soulevaient. L'emploi d'un vocabulaire différent pour désigner la directive, à savoir responsabilité des « autres suspects », ne constitue qu'une modification de pure forme, cosmétique, qui n'a pas pour effet de rectifier l'erreur qui a été commise ou de changer la réalité de ce qui s'est passé durant le procès. Le nouvel exposé au jury — dans lequel le juge du procès a instruit les jurés qu'ils pouvaient conclure à la culpabilité de M. Pickton s'ils étaient convaincus que ce dernier était le véritable tireur ou qu'il avait [TRADUCTION] « autrement participé activement » aux meurtres — a clairement fait de la participation à l'infraction une autre route susceptible de mener à une déclaration de culpabilité. En conséquence, toutefois, le juge du procès

convey the law of party liability to a trier of fact.

[39] With respect, I must therefore disagree with my colleague Charron J. that the trial judge's overall instructions, including the re-charge following the jury's question on the sixth day of their deliberations, can be said to have adequately conveyed the relevant legal principles as they applied to the facts of the case. She concludes that "[t]he instructions could not have led the jury into improper reasoning" (para. 34). It is indeed hazardous to speculate on the process of the jury's deliberation, but, the unusual verdict of second degree murder returned by the jury after they posed their question may well suggest that the instructions in this case were inadequate. However, as there exists on the record overwhelming evidence of Mr. Pickton's guilt, and no miscarriage of justice was occasioned by this error in the instructions, I would apply the curative proviso found in s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, dismiss the appeal, and affirm the convictions.

## II. Overview

[40] Although I agree with the summary of the facts in the reasons of Justice Charron, a brief review of some particular facts and of certain aspects of the trial proceedings is necessary. Mr. Pickton was tried on six counts of first degree murder. The trial itself took almost a year to complete, and a total of 129 witnesses were called by both the Crown and the defence. Mr. Pickton himself did not testify, although the Crown relied on

a alors commis une erreur en ne donnant pas aux jurés des directives complètes en matière d'aide et d'encouragement à la perpétration d'une infraction afin de bien baliser cette autre route susceptible de leur permettre de déclarer M. Pickton coupable des six meurtres qu'on lui reprochait. Les expressions [TRADUCTION] « participation active », « agir de concert » ou « projet commun » n'exposent pas adéquatement à elles seules au juge des faits les règles de droit concernant la responsabilité des participants à une infraction.

[39] En toute déférence, je ne peux donc me rallier à l'opinion de ma collègue, la juge Charron, selon laquelle il est possible d'affirmer que, considérées globalement, les instructions du juge du procès aux jurés — y compris le nouvel exposé qu'il leur a fait en réponse à leur question le sixième jour des délibérations — ont exposé adéquatement les principes juridiques applicables aux faits de l'affaire. La juge Charron conclut que « [l]es directives données ne pouvaient pas fausser le raisonnement du jury » (par. 34). Il est certes hasardeux d'émettre des hypothèses sur le déroulement des délibérations du jury, mais le singulier verdict de culpabilité pour meurtre au second degré rendu par celui-ci après qu'il ait posé sa question au juge pourrait bien être considéré comme une indication du caractère inadéquat des directives en l'espèce. Toutefois, comme il existe au dossier une preuve accablante de la culpabilité de M. Pickton, et qu'aucun déni de justice n'a découlé de l'erreur commise dans les directives, j'appliquerais la disposition réparatrice prévue à l'art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, je rejetterais le pourvoi et je confirmerais les déclarations de culpabilité.

## II. Aperçu des faits

[40] Bien que je souscrive au résumé des faits figurant dans les motifs de la juge Charron, il m'apparaît néanmoins nécessaire de revenir brièvement sur quelques faits particuliers ainsi que sur certains aspects du procès. M. Pickton a été jugé sur six chefs de meurtre au premier degré. Le procès lui-même a duré près d'un an et, au total, 129 personnes ont témoigné, soit pour le ministère public, soit pour la défense. M. Pickton n'a pas témoigné, mais

inculpatory admissions made by Mr. Pickton in a formal statement to the police, and later to an undercover officer in one of the police cells. The defence challenged the reliability and credibility of those inculpatory statements, as well as the testimony of a number of key Crown witnesses, and pointed to evidence that implicated at least two other individuals in the murders.

[41] I wish to emphasize that both counsel accepted at the outset that the victims in the first three counts died as a result of a single gunshot wound to the head. There was no evidence that anything else caused or contributed to the deaths. The Crown relied on a similar fact inference to prove that the other victims had been murdered in the same manner. The logical conclusion from this accepted fact, as it was presented to the jury, was then that only one person, i.e. the person wielding the gun, could have caused the deaths of the victims in each of the counts, although others may have been involved to various degrees in the surrounding circumstances.

[42] The Crown argued persistently throughout the trial that Mr. Pickton was the “sole perpetrator” of the murders in this case, and emphatically denied the involvement of any other persons. The defence advanced the theory that various third parties were involved, to the exclusion of Mr. Pickton. The defence thus adduced evidence which it hoped would undermine the theory of the Crown, and raise a reasonable doubt in the minds of the jury that Mr. Pickton had himself murdered the women in each of the six counts.

[43] The oral charge to the jury took place over the course of four days. On the first day, the trial judge gave the following general instruction to the jury, after setting out the elements of the offence:

A person commits an offence if he, alone or along with somebody else or others, personally

le ministère public a invoqué des déclarations incriminantes qu’a faites celui-ci dans sa déposition officielle à la police et, plus tard, à un agent d’infiltration dans une cellule du poste de police. La défense a contesté la fiabilité et la crédibilité de ces déclarations, ainsi que la déposition de certains témoins importants du ministère public, et elle a relevé des éléments de preuve impliquant au moins deux autres personnes dans les meurtres.

[41] Je tiens à souligner que les deux avocats ont reconnu, d’entrée de jeu, que les victimes mentionnées dans les trois premiers chefs d’accusation étaient décédées par suite d’un seul coup de feu à la tête. Il n’y avait aucune preuve que quelque autre chose ait pu causer ces décès ou y contribuer. Le ministère public s’est appuyé sur une inférence de faits similaires en vue d’établir que les autres victimes avaient été assassinées de la même façon. La conclusion logique de cette admission de fait — telle qu’elle a été présentée au jury — était donc qu’une seule personne, soit celle qui tenait l’arme à feu, avait pu causer la mort de la victime mentionnée dans chaque chef d’accusation, bien que d’autres personnes aient pu, à des degrés divers, être impliquées dans les circonstances entourant les infractions.

[42] Tout au long du procès, le ministère public a maintenu que M. Pickton était le [TRADUCTION] « seul auteur » des meurtres dans cette affaire, et a rejeté énergiquement l’idée que toute autre personne ait pu y participer. Pour sa part, la défense a formulé la théorie que diverses personnes, à l’exclusion de M. Pickton, étaient impliquées. À cette fin, elle a produit des éléments de preuve qui, espérait-elle, discréditeraient la thèse du ministère public et susciteraient dans l’esprit des jurés un doute raisonnable quant à la question de savoir si M. Pickton avait lui-même assassiné les femmes mentionnées dans les six chefs d’accusation.

[43] L’exposé oral au jury a duré quatre jours. Le premier jour, le juge du procès a donné les instructions générales suivantes aux jurés, après avoir décrit les éléments de l’infraction :

[TRADUCTION] Comment une infraction la personne qui, seule ou avec une ou plusieurs autres personnes,

does everything necessary to constitute the offence. Accordingly, it is not necessary for you to find that Mr. Pickton acted alone in order to find him guilty of the offence. You may find that Mr. Pickton acted in concert with other persons, although you may not know who they are. It is sufficient if you are satisfied beyond a reasonable doubt, having considered all the evidence, that he actively participated in the killing of the victim. It is not sufficient that he was merely present or took a minor role. The issue for you to decide is whether you are satisfied that it has been proven that he was involved to the extent that the law requires to establish his criminal liability.

[44] The elements of the offence of first degree murder were set out as follows:

There are five elements to the offence of first degree murder:

Element 1: That the individual named in the count was killed by means of an unlawful act.

Element 2: That the named victim was killed at the time and place stated in the Indictment.

Element 3: That the accused is the individual who killed that person.

Element 4: That the accused either meant to cause the victim's death or meant to cause bodily harm that he knew was likely to cause her death and was reckless about whether or not it caused death.

Element 5: That the death of the named victim was planned and deliberate.

[45] On the third day of the charge to the jury, the trial judge gave a more specific instruction on the possible involvement of third party suspects in the murders. He cautioned the jury that they need not determine all aspects of what happened in the case, nor whether one or more other person was involved in any or all of the counts, so long as they were satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Pickton had committed any or all of the offences with which he was charged. He repeated that Mr. Pickton would be criminally liable even if the jury found that others may have been involved, so long as they were satisfied that

accomplit personnellement tout ce qui est nécessaire pour constituer l'infraction. Il n'est donc pas nécessaire que vous concluez que M. Pickton a agi seul pour le déclarer coupable de l'infraction. Vous pouvez conclure que M. Pickton a agi de concert avec d'autres personnes, et ce, même si vous ignorez l'identité de ces personnes. Il suffit que vous soyez convaincus hors de tout doute raisonnable, après avoir tenu compte de l'ensemble de la preuve, qu'il a participé activement à l'infliction de la mort à la victime. Il ne suffit pas qu'il ait été simplement présent ou qu'il ait joué un rôle mineur. La question que vous devez trancher est celle de savoir si vous êtes convaincus qu'il a été démontré qu'il a participé dans la mesure requise par la loi pour établir sa responsabilité criminelle.

[44] Les éléments de l'infraction de meurtre au premier degré ont été énoncés ainsi :

[TRADUCTION] L'infraction de meurtre au premier degré comporte cinq éléments :

Élément 1 : La personne mentionnée dans le chef d'accusation a été tuée au moyen d'un acte illégal.

Élément 2 : La victime nommée a été tuée au moment et à l'endroit indiqués dans l'acte d'accusation.

Élément 3 : L'accusé est le tueur de cette personne.

Élément 4 : L'accusé avait l'intention de causer la mort de la victime ou de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, et il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

Élément 5 : La mort de la victime nommée a été causée avec préméditation et de propos délibéré.

[45] Le troisième jour de l'exposé au jury, le juge du procès a donné des directives plus précises sur l'implication possible d'autres suspects dans les meurtres. Il a prévenu les jurés qu'il n'avait pas à déterminer tous les aspects des événements dans cette affaire, ni à déterminer si une ou plusieurs autres personnes étaient impliquées dans les actes reprochés dans tous les chefs d'accusation ou dans l'un d'eux, pourvu qu'ils soient convaincus hors de tout doute raisonnable que M. Pickton avait commis toutes les infractions qu'on lui reprochait ou l'une d'elles. Il leur a rappelé que M. Pickton pouvait être jugé criminellement responsable même s'ils

he “actively participated” in killing a victim or victims.

[46] On the last day of jury instruction, the trial judge re-instructed the jury on the elements of the offence of murder, as they related to each specific count. On the first three counts, where it had been accepted that the cause of death of each victim was a single gunshot wound to the head, the trial judge gave the following instruction on element 3, which came to be known as the “actual shooter” instruction:

If you find that Mr. Pickton shot [the victim], you should find that the Crown has proven this element. On the other hand, if you have a reasonable doubt about whether or not he shot her, you must return a verdict of not guilty on the charge of murdering her.

[47] The jury came back, on the sixth day of their deliberations, with the following question:

When considering Element 3 on one or more of the counts, are we able to say “Yes”, if we infer that the accused acted indirectly?

[48] At first, the trial judge simply directed the jury’s attention to the original para. 8 of the instructions, set out above, and also referred them to a portion of the original jury instructions which contained the “actual shooter” instruction. But, after a brief period of reflection, the trial judge recalled the jury and re-charged them for a second time, advising the jury to replace their written instructions with an amendment to the “actual shooter” instruction in counts 1 through 3 with the following paragraph:

If you find that Mr. Pickton shot [the victim] or was otherwise an active participant in her killing, you should find that the Crown has proven this element. On the other hand, if you have a reasonable doubt about

concluait que d’autres personnes avaient pu être impliquées, tant et aussi longtemps qu’ils étaient convaincus que l’accusé avait [TRADUCTION] « participé activement » au meurtre d’une ou plusieurs victimes.

[46] Le dernier jour de son exposé aux jurés, le juge du procès leur a donné de nouvelles instructions au sujet des éléments de l’infraction de meurtre se rapportant spécifiquement aux différents chefs d’accusation. Dans le cas des trois premiers chefs, à l’égard desquels il avait été admis que chaque victime était décédée par suite d’un seul coup de feu à la tête, le juge du procès a donné la directive suivante en ce qui a trait à l’élément 3, qu’on a par la suite appelé la directive sur le « véritable tireur » :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime], vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve de cet élément. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l’accusé a abattu ou non la victime, vous devez alors rendre un verdict d’acquittement relativement à cette accusation de meurtre.

[47] Le sixième jour de ses délibérations, le jury a posé la question suivante :

[TRADUCTION] Lorsque nous examinons le troisième élément dans le cadre d’un ou de plusieurs des chefs d’accusation, pouvons-nous répondre « Oui » si nous déduisons que l’accusé a agi indirectement?

[48] Le juge du procès a d’abord renvoyé le jury au par. 8 de ses directives initiales — reproduit précédemment — et à un autre extrait de celles-ci où figurait la directive sur le « véritable tireur ». Puis, après une courte période de réflexion, il a rappelé les jurés et leur a donné, pour la deuxième fois, de nouvelles instructions. Il leur a dit de remplacer le passage correspondant de leurs instructions écrites par le paragraphe suivant, qui modifiait la directive sur le « véritable tireur » à l’égard des chefs d’accusation 1 à 3 :

[TRADUCTION] Si vous concluez que M. Pickton a abattu [nom de la victime] ou qu’il a autrement participé activement à l’infliction de la mort à cette personne, vous devez conclure que le ministère public a fait la preuve de

whether or not he was an active participant in her killing, you must return a verdict of not guilty. [Emphasis added.]

[49] Three days later, the jury convicted Mr. Pickton of six counts of second degree murder.

[50] Although both the Crown and the defence are entitled to advance their own theories of the case as they see fit, the logical middle ground which arose on the totality of the evidence here was the possibility that, although Mr. Pickton was not necessarily the “sole perpetrator” of each of the six killings, he was still involved in the circumstances of their deaths to such an extent that criminal liability ought to extend to him as a party to the offences. The issue on this appeal is whether the phrase “or was otherwise an active participant” in the killing, in context of the instructions as a whole, adequately conveyed to the jury the law of parties as it arose on the evidence presented at trial. In my view, it did not.

### III. Analysis

#### A. *Forms of Party Liability Under the Criminal Code*

[51] Generally speaking, there are two forms of liability for *Criminal Code* offences, primary or principal liability (actually or personally committing the offence), and secondary liability (also known as party liability), both codified in s. 21 of the *Criminal Code*. Whether an accused is found guilty either as a principal offender or as a party to the offence, the result is the same in law: the accused will be convicted of the substantive offence. It is for this reason that it is sometimes said that it is “a matter of indifference” at law whether an accused personally committed a crime, or alternatively, aided and/or abetted another to commit the offence: *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at p. 694; *Chow Bew v. The Queen*, [1956] S.C.R. 124, at p. 127. This is also why the Crown need not specify

cet élément. Par contre, si vous avez un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé a participé activement à l'infliction de la mort à cette victime, vous devez alors rendre un verdict d'acquiescement. [Je souligne.]

[49] Trois jours plus tard, le jury a déclaré M. Pickton coupable de six chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré.

[50] Bien que le ministère public et la défense puissent chacun faire valoir la position qu'ils jugent appropriée quant aux événements en cause, la thèse intermédiaire qui se dégage logiquement de l'ensemble de la preuve en l'espèce est la possibilité que, même si M. Pickton n'est pas nécessairement le « seul auteur » des six meurtres, il était néanmoins suffisamment impliqué dans les circonstances des infractions pour que sa responsabilité criminelle puisse être retenue à titre de participant à ces dernières. La question qui se pose dans le présent pourvoi consiste alors à déterminer si, au regard de l'ensemble des directives, les mots « ou qu'il a autrement participé activement » au meurtre ont exposé adéquatement au jury les règles de droit concernant les participants aux infractions eu égard à la preuve présentée au procès. Je suis d'avis que non.

### III. Analyse

#### A. *Les différentes formes de responsabilité des participants aux infractions prévues au Code criminel*

[51] En règle générale, la responsabilité des participants aux infractions prévues au *Code criminel* peut prendre deux formes, responsabilité primaire ou en tant qu'auteur de l'infraction (l'accusé commet réellement ou personnellement l'infraction) et responsabilité secondaire (aussi appelée responsabilité des participants), toutes deux codifiées à l'art. 21 du *Code*. Que l'accusé soit déclaré coupable en tant qu'auteur de l'infraction ou que participants à celle-ci, en droit le résultat est le même pour ce dernier : il est déclaré coupable de l'infraction substantielle. Pour cette raison, on affirme parfois qu'il n'est « pas important » en droit de savoir si un accusé a commis le crime personnellement ou s'il a aidé ou encouragé une autre personne à le commettre : *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, p. 694; *Chow Bew c.*

in an indictment the nature of an accused's participation in an offence: *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489; *Thatcher*, at p. 694.

[52] Section 21 of the *Criminal Code*, which codifies both co-principal and party modes of liability, provides as follows:

- 21.** (1) Every one is a party to an offence who
- (a) actually commits it;
  - (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or
  - (c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

[53] Section 21 makes it clear that an accused cannot escape liability simply because one or more other persons could also be found liable for the same offence. Thus, under s. 21(1)(a), every person who commits all of the elements of an offence will face criminal liability as a co-principal along with any others who also committed all elements of that offence. Under s. 21(1)(b) and (c), an accused will be found liable for an offence even if he or she did not commit all elements of that offence, but provided aid or encouragement, with the requisite *mens rea*, to another person who did commit the offence.

[54] Where, as here, an accused is charged with murder, the law of party liability under s. 21 therefore provides for the various ways in which an accused can be found guilty of murder under s. 229 of the *Criminal Code*, notwithstanding that under

*The Queen*, [1956] R.C.S. 124, p. 127. C'est également pourquoi le ministère public n'est pas tenu de préciser dans l'acte d'accusation la nature de la participation de l'accusé à l'infraction : *R. c. Harder*, [1956] R.C.S. 489; *Thatcher*, p. 694.

[52] L'article 21 du *Code criminel*, qui codifie à la fois la responsabilité en tant que co-auteur et la responsabilité en tant que participant, est ainsi rédigé :

- 21.** (1) Participant à une infraction :
- a) quiconque la commet réellement;
  - b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
  - c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

[53] Il ressort clairement de l'art. 21 que la responsabilité d'un accusé ne saurait être écartée du seul fait qu'une ou plusieurs autres personnes pourraient également être jugées responsables de la même infraction. Ainsi, suivant l'al. 21(1)a), lorsque tous les éléments d'une infraction ont été établis à l'égard d'une personne, celle-ci verra sa responsabilité criminelle engagée à titre de coauteur, de même que toute autre personne à l'égard de laquelle tous ces éléments ont également été établis. Dans le cas des al. 21(1)b) et c), même si tous les éléments de l'infraction n'ont pas été prouvés à son égard, un accusé sera déclaré coupable de cette infraction s'il a fourni aide ou encouragement à la personne qui l'a perpétrée, et s'il avait la *mens rea* requise.

[54] Par conséquent, dans les cas où comme, en l'espèce, un accusé est inculpé de meurtre, les règles de droit énoncées à l'art. 21 relativement à la participation aux infractions prévoient les différentes routes menant à une déclaration de culpabilité et

some of the modes of participation, the accused has not actually caused the death of the victim according to the standard set out in that offence. In essence, though it may not be the case that the accused actually did not kill the victim, he or she can still be held liable for the murder.

#### B. *Instructions About Party Liability*

[55] Where a trial is by judge and jury, the relevant principles of party liability must be carefully explained so that they can be properly applied to the evidence, and correctly set out in the jury instructions. This is particularly important where there is potential involvement of third parties in the offence, but that involvement is unclear, and the accused is the only person being tried in the trial. As stated by Martin J.A. in *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (Ont. C.A.), at p. 458, and quoted with favour in *R. v. Isaac*, [1984] 1 S.C.R. 74, at p. 81, and *Thatcher*, at p. 688:

I am of the view that it is also appropriate, where an accused is being tried alone and there is evidence that more than one person was involved in the commission of the offence, to direct the jury with respect to the provisions of s. 21 of the *Code*, even though the identity of the other participant or participants is unknown, and even though the precise part played by each participant may be uncertain.

[56] The decision of this Court in *Thatcher* provides some guidance as to the relevant principles of party liability and how they might be incorporated into jury instructions. The trial judge in *Thatcher* had read the contents of s. 21(1) to the jury and described what was meant by the term “aiding” or “abetting” by stating that it meant “intentional encouragement or assistance in the commission of the offence”, and noting that the actual perpetrator need not be identified. He then provided the following instruction to the jury:

font en sorte que l'accusé peut être déclaré coupable de meurtre en vertu de l'art. 229 du *Code criminel*, même si, suivant certaines formes de participation, il n'a pas causé réellement la mort de la victime selon la norme indiquée dans cet article. Essentiellement, bien qu'il soit possible que ce ne soit pas l'accusé lui-même qui ait réellement tué la victime, il peut néanmoins être jugé responsable du meurtre.

#### B. *Directives relatives à la responsabilité des participants aux infractions*

[55] Dans un procès devant juge et jury, les règles pertinentes à la responsabilité des participants aux infractions doivent être soigneusement expliquées aux jurés pour qu'ils puissent les appliquer adéquatement à la preuve, et elles doivent être exposées correctement dans les directives qui leur sont données. Ces mesures sont particulièrement importantes lorsqu'il est possible que d'autres personnes aient participé à l'infraction, mais que cette participation n'est pas clairement définie, et que l'accusé est la seule personne jugée au procès. Comme a affirmé le juge Martin dans *R. c. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (C.A. Ont.), à la p. 458, propos cités favorablement dans *R. c. Isaac*, [1984] 1 R.C.S. 74, à la p. 81, et *Thatcher*, à la p. 688 :

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il convient aussi, lorsqu'un seul accusé est jugé et que la preuve indique que plus d'une personne a participé à la perpétration de l'infraction, de donner au jury des directives concernant les dispositions de l'art. 21 du *Code*, même si on ignore l'identité de tout autre participant et même si le rôle précis de chaque participant peut être incertain.

[56] L'arrêt *Thatcher* de notre Cour donne des indications sur les règles pertinentes en matière de responsabilité des participants aux infractions et sur la façon d'incorporer ces règles dans les directives au jury. Dans l'affaire *Thatcher*, le juge du procès avait lu le texte du par. 21(1) au jury et avait expliqué comme suit le sens des termes « aider » ou « encourager » : [TRADUCTION] « encourager ou aider délibérément à commettre l'infraction ». Il avait en outre signalé qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur réel soit identifié. Le juge avait ensuite donné au jury la directive suivante :

It is not your concern whether some other person or persons have neither been charged or found guilty of the offence of murder. Nor is it your concern whether or not the person who actually committed the crime is known. If you are satisfied from the evidence that JoAnn Thatcher was murdered and that this accused aided or abetted in the commission of the murder, it is open to you to find him guilty of murder. But again if the Crown has failed to satisfy you that Colin Thatcher either committed the murder or that someone else did so, aided and abetted by Colin Thatcher, then you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty. [p. 688]

[57] This Court in *Thatcher* found that, since there was evidence to support the alternate theory of aiding and abetting, it was properly left to the jury and this instruction was adequate. It went on to consider whether the trial judge's failure to relate the law of aiding and abetting to the evidence was an error in that case. In finding that the failure to do so was not wrong in that case, our Court stated:

Instead of carving his jury charge into discrete sections in which he reviewed the evidence consistent with Thatcher having personally committed the murder, Thatcher having committed the murder by means of s. 21(1), and, finally, Thatcher not having committed the murder at all, the trial judge simply went through the evidence of each witness in turn. I do not think he was wrong in this. Much of the Crown evidence was consistent with either Crown theory, and much of the defence evidence was consistent with either Thatcher's innocence or his guilt under s. 21(1). It is not incumbent on a trial judge to go through the evidence in a repetitive fashion which could only have bored the jury. Nor do I think we should assume jurors are so unintelligent that they will fail to see the obvious: the presence of a government car at the home of the victim, when combined with evidence suggesting that the man in the car was not Thatcher, may point to Thatcher's having aided and abetted; and surely they can discern that the alibi evidence, if believed, when combined with the murder weapon evidence, may point to a similar conclusion.

[TRADUCTION] Vous n'avez pas à vous préoccuper de la question de savoir si une autre ou d'autres personnes n'ont pas été accusées ou déclarées coupables de l'infraction de meurtre. Vous n'avez pas non plus à vous préoccuper de la question de savoir si la personne qui a réellement commis le crime est connue. Si vous êtes convaincus d'après les éléments de preuve que JoAnn Thatcher a été assassinée et que l'accusé a aidé ou encouragé à commettre le meurtre, il vous est loisible de le déclarer coupable de meurtre. Mais encore une fois, si le ministère public ne vous a pas convaincus soit que Colin Thatcher a commis le meurtre soit que quelqu'un d'autre l'a fait avec l'aide et l'encouragement de Colin Thatcher, alors vous devez lui donner le bénéfice du doute et le déclarer non coupable. [p. 688]

[57] Dans l'arrêt *Thatcher*, notre Cour a conclu que, comme des éléments de preuve appuyaient la thèse fondée sur l'aide et l'encouragement à la perpétration de l'infraction, le juge avait eu raison de soumettre cette thèse au jury et sa directive était adéquate. La Cour s'est ensuite demandée si l'omission du juge du procès de rattacher les règles de droit relatives à l'aide et à l'encouragement aux éléments de preuve présentés constituait une erreur dans cette affaire. Elle a jugé que non et a affirmé ce qui suit :

Au lieu de séparer son exposé au jury en sections distinctes dans lesquelles il aurait passé en revue les éléments de preuve compatibles avec la possibilité que Thatcher ait personnellement commis le meurtre, que Thatcher ait commis le meurtre selon les termes du par. 21(1) et finalement, que Thatcher n'ait absolument pas commis le meurtre, le juge du procès a simplement examiné le témoignage de chaque témoin l'un après l'autre. Je ne crois pas qu'il a commis une erreur en agissant ainsi. De nombreux éléments de preuve du ministère public sont compatibles avec l'une ou l'autre de ses thèses et de nombreux éléments de preuve de la défense sont compatibles avec l'innocence de Thatcher ou avec sa culpabilité aux termes du par. 21(1). Il n'incombe pas au juge du procès d'examiner les éléments de preuve d'une manière répétitive qui aurait seulement pour effet d'ennuyer le jury. Je ne crois pas non plus que nous devrions présumer que les jurés ne sont pas suffisamment intelligents pour voir ce qui est évident : la présence d'une voiture du gouvernement à la maison de la victime, lorsqu'elle est combinée avec des éléments de preuve donnant à entendre que l'homme dans la voiture n'était pas Thatcher, peut indiquer que Thatcher a aidé ou encouragé; et ils peuvent certainement constater que l'élément de preuve d'alibi, si on y ajoute foi, peut entraîner une conclusion semblable lorsqu'il est combiné avec l'élément de preuve relatif à l'arme du crime.

Furthermore, it is obvious that the two Crown theories are not legally different views of what happened. The whole point of s. 21(1) is to put an aider or abettor on the same footing as the principal. To stress the difference between the Crown theories might leave a jury with the erroneous impression that it is vital for the jurors to decide individually and collectively which way the victim was killed. [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 689.]

[58] Three principles from the decision in *Thatcher* are relevant here. First, if there is evidence admitted at trial which properly supports an alternate mode of liability under s. 21, an instruction on that section should be left with the jury, even though the identity of the other participant or participants is unknown, and even though the precise part played by each participant may be uncertain. Second, it is not necessary for the trial judge to relate the law to the evidence which could support the alternate theory of aiding and abetting where evidence adduced by the Crown relates to either mode of participation, and evidence adduced by the defence relates to either the accused's innocence or the accused's guilt under the relevant subsection(s) of s. 21. Finally, a jury need not be unanimous on the nature of the accused's participation in the offence, so long as it is satisfied that the accused either committed the offence personally or, alternatively, aided and abetted another to commit the offence, provided the jury is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused did one or the other.

[59] The distinction between this case and the facts in *Thatcher* is that the jury instructions here are said to encompass only two possible forms of liability: principal liability and co-principal liability. The potential liability of Mr. Pickton as an aider and abettor was not before the jury in any meaningful way. It therefore cannot be said that the jury was properly informed of the legal principles which would have allowed them as triers of fact to

En outre, il est évident que les deux thèses du ministère public ne constituent pas des points de vue juridiquement différents sur ce qui s'est produit. Le paragraphe 21(1) a essentiellement pour but de placer la personne qui aide ou qui encourage sur le même pied que l'auteur de l'infraction. Mettre l'accent sur la différence entre les thèses du ministère public pourrait donner au jury la fausse impression qu'il est vital que les jurés décident individuellement et collectivement de quelle manière la victime a été tuée. [Je souligne; soulignement dans l'original supprimé; p. 689.]

[58] Trois principes ressortant de l'arrêt *Thatcher* sont pertinents en l'espèce. Premièrement, si des éléments de preuve admis au procès étaient adéquatement une autre forme de responsabilité prévue à l'art. 21, une directive concernant cet article devrait être présentée au jury, même si l'identité de l'autre participant — ou des autres participants — est inconnue et même si le rôle précis de chaque participant peut demeurer incertain. Deuxièmement, le juge du procès n'est pas tenu de rattacher les règles de droit aux éléments de preuve susceptibles d'étayer l'autre thèse, l'aide et l'encouragement à la perpétration de l'infraction, lorsque la preuve présentée par la poursuite se rapporte à l'une ou l'autre des formes de participation, et que celle présentée par la défense a trait à l'innocence ou à la culpabilité de l'accusé suivant les alinéas pertinents de l'art. 21. Enfin, il n'est pas nécessaire que le jury soit unanime quant à la nature de la participation de l'accusé à l'infraction, dès lors que les jurés sont convaincus que l'accusé a soit commis lui-même l'infraction, soit aidé et encouragé une autre personne à la commettre, pourvu qu'ils soient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé a fait l'une ou l'autre de ces choses.

[59] La distinction entre les faits du présent pourvoi et les faits de l'affaire *Thatcher* tient à ce que, selon ce qu'on prétend, les directives au jury en l'espèce ne portaient que sur deux formes possibles de responsabilité, la responsabilité en tant qu'auteur principal de l'infraction et la responsabilité en tant que coauteur de celle-ci. La responsabilité de M. Pickton en tant que personne qui aurait aidé et encouragé une autre personne à commettre

consider evidence of Mr. Pickton's aid and encouragement to an unknown shooter, as an alternative means of imposing liability for the murders.

[60] In relation to causation-based offences such as murder, the distinction in the *Criminal Code* between actually committing the offence under s. 229, and committing the offence as an aider and abettor under s. 21 relates in part to the fact that there can be a difference between factual and legal causation of death. As stated by the majority of this Court in *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488, factual causation can more properly be understood as the scientific “but-for” cause of death, whereas the issue of legal causation is directed at “whether the accused person should be held criminally responsible for the consequences that occurred” (para. 45). While the ultimate determination of criminal liability will be based on the principles of legal causation, a finding as to the factual cause of death can still inform which modes of liability are available on the evidence.

[61] A jury does not engage in a two-part analysis as to factual and legal causation. Rather, as noted in *Nette*, “in the charge to the jury, the trial judge seeks to convey the requisite degree of factual and legal causation that must be found before the accused can be held criminally responsible for the victim's death” (para. 46). In this way, party liability as codified in s. 21 of the *Criminal Code* often bridges the gap which might otherwise exist between factual and legal causation. But it remains the duty of the trial judge to convey to the jury as triers of fact the relevant legal principles and how they apply to the evidence adduced at trial, so as to

les infractions n'a donc pas vraiment été présentée au jury. Par conséquent, on ne peut dire que les jurés ont été adéquatement informés des principes juridiques qui leur auraient permis, en tant que juges des faits, d'examiner des éléments de preuve concernant l'aide et l'encouragement que M. Pickton aurait prodigués à un tireur inconnu, en tant qu'autre moyen de lui imputer la responsabilité des meurtres.

[60] En ce qui concerne les infractions fondées sur un lien de causalité, comme le meurtre, la distinction qu'établit le *Code criminel* entre le fait de commettre réellement l'infraction, prévu à l'art. 229, et le fait d'aider et d'encourager une personne à la commettre, prévu à l'art. 21, tient en partie à ce qu'il peut exister une différence entre la causalité factuelle et la causalité juridique du décès. Selon les juges majoritaires de notre Cour dans *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488, la causalité factuelle s'entend plus exactement de la cause scientifique — « n'eût été » ou « *sine qua non* » — du décès, alors que, dans le cas de la causalité juridique, il s'agit de déterminer « si l'accusé devrait être tenu criminellement responsable des conséquences qui ont résulté » (par. 45). Bien que la décision sur la responsabilité criminelle reposera en dernière analyse sur les principes de causalité juridique, une conclusion sur la cause factuelle du décès peut quand même éclairer le tribunal au sujet des formes de responsabilité susceptibles de s'appliquer eu égard à la preuve.

[61] Le jury ne procède pas à une analyse en deux temps en ce qui concerne la causalité factuelle et la causalité juridique. L'opinion de la majorité dans l'arrêt *Nette* explique plutôt la démarche du juge comme suit : « dans son exposé au jury, le juge du procès essaie d'expliquer le lien de causalité requis, tant sur le plan factuel que sur le plan juridique, pour que l'accusé puisse être tenu criminellement responsable de la mort de la victime » (par. 46). En conséquence, la notion de responsabilité des participants codifiée à l'art. 21 du *Code criminel* permet souvent de combler le vide qui, autrement, pourrait exister entre la causalité factuelle

avoid the legally irrelevant uncertainty which otherwise might arise.

[62] In some cases, the involvement of one or more persons other than the accused in the circumstances of the offence may be clear, but the extent of their involvement is uncertain. If the offence is murder, it may be clear that only one person, the accused or a third party or parties, factually caused the death of the victim and that the persons involved who did not factually cause the victim's death "aided or abetted" the person who did, but the uncertainty may lie with *which* one person, the accused or a third party, factually caused the death. In that case, the law has established that this uncertainty does not lead to the inevitable acquittal of the accused. The principles of legal causation then come into play and justify a conclusion that the accused committed the murder in both situations (legal cause), regardless of whether he or she was the principal (primary factual cause), or an aider and abettor (secondary legal cause): *Thatcher*, at p. 690.

[63] In certain circumstances, uncertainty as to the involvement of known or unknown third parties as co-principals in the offence may also be legally irrelevant. Co-principal liability is codified in s. 21(1)(a) of the *Criminal Code*: "Every one is a party to an offence who actually commits it". It therefore arises whenever two or more people "actually commit" an offence to make both people individually liable for that crime. It also arises where two or more persons together form an intention to commit an offence, are present at the commission of the crime, and contribute to it, although they do not personally commit all of the essential elements of that offence (*R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304 (Ont. C.A.), at p. 316). If the trier of fact is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused committed all elements of the crime, it does not matter

et la causalité juridique. Mais le juge du procès conserve néanmoins l'obligation d'expliquer aux jurés — le juge des faits — les principes juridiques appropriés et la façon de les appliquer à la preuve présentée au procès, pour éviter les incertitudes non pertinentes en droit qui, sans cela, pourraient surgir.

[62] Dans certains cas, bien qu'il soit évident qu'une ou plusieurs personnes autres que l'accusé ont participé à la perpétration de l'infraction, l'étendue de leur participation peut demeurer incertaine. Si l'infraction est un meurtre, il peut être clair qu'une seule personne — l'accusé ou une autre personne ou plusieurs — a dans les faits causé la mort de la victime et que les autres personnes impliquées qui n'ont pas factuellement causé la mort de la victime ont néanmoins « aidé ou encouragé » la personne qui l'a fait, sans toutefois qu'il soit possible d'affirmer avec certitude *quelle* personne, l'accusé ou une autre personne, a réellement causé la mort. Dans un tel cas, la loi a prévu que cette incertitude n'entraîne pas inévitablement l'acquiescement de l'accusé. Les principes de la causalité juridique entrent alors en jeu et permettent de conclure que l'accusé a commis le meurtre dans l'un ou l'autre cas (cause juridique). Il importe peu alors qu'il en ait été l'auteur (cause factuelle principale) ou qu'il ait aidé ou encouragé quelqu'un à le commettre (cause juridique secondaire) : *Thatcher*, p. 690.

[63] Dans certaines circonstances, l'incertitude quant à la participation d'autres personnes — connues ou inconnues — en tant que coauteurs peut également s'avérer non pertinente sur le plan juridique. La notion de responsabilité en tant que coauteur d'une infraction a été inscrite, dans les termes suivants, à l'al. 21(1)a) du *Code criminel* : « Participent à une infraction : quiconque la commet réellement ». Cette forme de responsabilité s'applique chaque fois que deux personnes ou plus « commettent réellement » une infraction, et elle rend chacune d'elles individuellement responsable de ce crime. Elle s'applique également lorsque deux personnes ou plus forment le projet de commettre ensemble une infraction, sont présentes lorsque le crime est commis et contribuent à sa perpétration, et ce, même si tous les éléments essentiels

whether another person may also have committed it.

[64] In relation to murder, which, as noted above, is premised on a causal requirement (the allegedly unlawful act must “cause” death), the classic scenario in which the potential for co-principal liability arises is when two or more persons assault the victim at the same time, by beating him or her to death: see, for example, *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740. In a joint beating case, since each accused commits each element of the offence of murder (the entire *actus reus* and *mens rea* of the offence), and only factual causation may be uncertain (which person delivered the “fatal” blow), legal causation will allow for uncertainty as to the actual act which caused the death. The only requirement for “causation of death” is that related to murder/manslaughter generally. It must be established that each accused’s assault of the victim was a “significant contributing cause” (for manslaughter or murder generally) or an “essential, substantial and integral part of the killing” (for first degree murder under s. 231(5)): *Nette*, at para. 73.

[65] Co-principal liability can also arise for offences other than murder, as s. 21 applies to all offences set out in the *Criminal Code*. Indeed, many other offences without causal requirements would lend themselves more clearly to a “co-principal” type situation, as they are offences which are often committed by more than one person, such as robbery, kidnapping, or breaking and entering. In those cases, the *actus reus* or acts that make up the offence can extend over minutes or hours or days, and different elements or portions of the offence can be completed by different persons (if

de l’infraction ne peuvent être imputés à chacune de ces personnes (*R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304 (C.A. Ont.), p. 316). Si le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable que tous les éléments du crime reproché à l’accusé ont été établis, il importe peu qu’une autre personne ait elle aussi commis ce crime.

[64] En ce qui a trait au meurtre — infraction qui, comme nous l’avons indiqué plus tôt, requiert l’existence d’un lien de causalité (l’acte prétendument illégal doit « avoir causé » la mort) —, le scénario classique dans lequel pourrait s’appliquer la responsabilité en tant que coauteur est la situation où deux personnes ou plus agressent la victime en même temps et la battent à mort : voir, par exemple, *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740. Dans un tel cas, comme on peut imputer à chacun des accusés tous les éléments de l’infraction de meurtre (l’*actus reus* au complet ainsi que la *mens rea* de l’infraction), et que seule la causalité factuelle peut demeurer incertaine (l’identité de la personne qui a porté le coup « fatal »), la notion de causalité juridique autorise l’incertitude relativement à l’acte qui a réellement causé la mort. Les seules situations requérant l’établissement du « lien de causalité entre l’acte et la mort » sont le meurtre et l’homicide involontaire coupable de façon générale. Il doit alors être démontré que les actes d’agression de chaque accusé à l’endroit de la victime ont constitué une « cause ayant contribué de façon appréciable » (pour l’homicide involontaire coupable ou le meurtre de façon générale) ou un « élément essentiel et substantiel du meurtre » (pour le meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5)) : *Nette*, par. 73.

[65] La responsabilité d’une personne en tant que coauteur d’une infraction peut également être retenue à l’égard d’autres infractions que le meurtre, car l’art. 21 s’applique à toutes les infractions prévues au *Code criminel*. De fait, bon nombre d’autres infractions n’exigeant pas l’existence d’un lien de causalité sont nettement plus susceptibles de faire intervenir la notion de « coauteur », puisque bien souvent ces infractions sont commises par plus d’une personne, par exemple le vol qualifié, l’enlèvement et l’introduction par effraction. Dans ces cas, l’*actus reus* ou les actes constituant l’infraction peuvent se produire

one person breaks the window of a premises, and both persons enter it, they are both still actually committing the same break and enter). In this way, co-principal liability can arise whether the acts of each accused are committed sequentially (one acts first, the other acts second, and the *actus reus* of the offence is only complete after the second act), or whether the acts are concurrent (both accused persons act at the same time, each committing the entire *actus reus*).

[66] For an assaultive act potentially to give rise to a charge of murder or manslaughter, two things must be established: the victim must actually die, and the assault must be a “significant contributing cause” of the death. This is why co-principal liability for murder or manslaughter in the latter sense (concurrent acts) is much more likely. If two people each individually assault the victim, it may be unclear which of the two assaults actually caused the victim’s death as opposed to other injuries. In law, there is no need to determine who struck the “fatal blow” for co-principal liability to flow to each participant in the assault. Whether one assault, or some combination of the two, caused the death is irrelevant for co-principal liability, as long as both assaults are found to be a “significant contributing cause” of death.

[67] Where the cause of death could clearly only have been inflicted on the victim by one person, however, and there is no evidence of any other force being applied to the victim prior to death, then absent any other evidence, likely the only logical inference is that there exists only a single

sur plusieurs minutes, plusieurs heures ou plusieurs jours, et divers éléments ou aspects de l’infraction peuvent être accomplis par différentes personnes (si une personne brise la fenêtre d’un logis et que cette personne et une autre s’y introduisent, toutes deux commettent la même introduction par effraction). En conséquence, la responsabilité en tant que coauteur peut être imputée, sans égard au fait que les actes de chaque accusé soient accomplis successivement (l’un agissant en premier, l’autre agissant après lui, et l’*actus reus* de l’infraction n’étant complet qu’après les actes du second), ou que les actes soient concomitants (les deux accusés agissent en même temps, chacun accomplissant en totalité l’*actus reus*).

[66] Deux éléments doivent être établis pour que des voies de fait donnent éventuellement lieu à une accusation de meurtre ou d’homicide involontaire coupable : la victime doit effectivement décéder, et les voies de fait doivent constituer une « cause ayant contribué de façon appréciable » au décès. Voilà pourquoi, dans les cas de meurtre ou d’homicide involontaire coupable, la responsabilité du coauteur dans la deuxième situation indiquée ci-dessus (actes concomitants) est beaucoup plus susceptible de se rencontrer. Si deux personnes commettent chacune des voies de fait contre la victime, il peut s’avérer difficile d’établir lesquelles des voies de fait ont causé la mort de la victime plutôt que des blessures. En droit, il n’est pas nécessaire de déterminer qui a porté le « coup fatal » pour que la responsabilité de chacun des participants aux voies de fait soit retenue en tant que coauteur de l’infraction. Une fois acquise la conclusion que les voies de fait commises par chacun des participants ont constitué une « cause ayant contribué de façon appréciable » au décès, il importe peu, relativement à la responsabilité du coauteur, que le décès résulte des voies de fait de l’un des participants ou d’une combinaison des voies de fait des deux.

[67] Toutefois, dans les cas où il est évident que la cause du décès de la victime n’a pu être que le fait d’une personne, et où aucune preuve n’indique qu’on a utilisé la force contre la victime avant son décès, alors, en l’absence de toute autre preuve, la seule conclusion logique est qu’il n’y a vraisemblablement

principal offender. The principles of criminal causation demand such a conclusion, as there cannot be said to be any other “significant contributing cause” to the death. In that situation, the potential of co-principal liability is eliminated.

[68] Some confusion exists in the co-principal cases as to whether two or more people are co-principals by virtue of the fact that they “acted in concert” as a part of a “common scheme” or “joint agreement”. The source of this confusion may stem in part from a misunderstanding of what decisions such as *R. v. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.), actually held and stood for. In *Suzack*, the accused and another man attacked and beat the victim and one of them fired the fatal shots, although each testified that the other had been the shooter. In *Suzack*, the Court of Appeal commented on the terminology used in the instructions by the trial judge as follows:

It is beyond question that where two persons, each with the requisite intent, act in concert in the commission of a crime, they are both guilty of that crime. Their liability may fall under one or more of the provisions of s. 21(1) of the *Criminal Code*: *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (Ont. C.A.) at 457-58. Trainor J. told the jury that if *Suzack* and Pennett jointly participated in the murder with the necessary intent, they were “liable as principals”. This is potentially a mischaracterization of their liability. They may have been principals or they may have been aiders or abettors depending on what each did in the course of the common design: *R. v. Simpson* (1988), 38 C.C.C. (3d) 481 (S.C.C.) at 488-91. As Griffiths J.A. said in *R. v. Wood* (1989), 51 C.C.C. (3d) 201 (Ont. C.A.) at 220:

Where evidence of concerted action in the commission of the offence exists, as in the present case, then it is open to a jury to convict all of the accused either as principals, under s. 229(a), or as aiders or abettors pursuant to s. 21 of the *Code*, even though the extent of the individual participation in the violence is unclear.

qu’un seul auteur. Les principes de la causalité en matière criminelle commandent une telle conclusion, puisqu’il est impossible d’affirmer qu’il existe une autre « cause ayant contribué de façon appréciable » au décès. Dans une telle situation, la possibilité de responsabilité en tant que coauteur de l’infraction est écartée.

[68] Il existe, dans les décisions traitant des coauteurs, une certaine confusion relativement à la question de savoir si deux personnes ou plus constituent des coauteurs du fait qu’elles ont « agi de concert » dans le cadre d’un « projet commun » ou d’une « entente concertée ». Cette confusion pourrait découler en partie d’une mauvaise interprétation des conclusions tirées dans des décisions tel l’arrêt *R. c. Suzack* (2000), 141 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.), et des principes qui s’en dégagent. Dans cette affaire, l’accusé et un autre homme ont attaqué et battu la victime, et l’un d’eux a tiré les coups fatals. Toutefois, chacun a dit que c’était l’autre qui avait fait feu. La Cour d’appel a formulé les observations suivantes au sujet des termes employés par le juge du procès dans ses directives au jury :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que, lorsque deux personnes possédant chacune l’intention requise agissent de concert dans la perpétration d’un crime, elles sont toutes deux coupables de ce crime. Leur responsabilité peut être visée par une ou plusieurs des dispositions du par. 21(1) du *Code criminel* : *R. c. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443 (C.A. Ont.), p. 457-458. Le juge Trainor a dit au jury que, si MM. *Suzack* et Pennett avaient participé ensemble au meurtre tout en ayant l’intention requise, ils en étaient « responsables en tant qu’auteurs ». Cela pourrait constituer une qualification erronée de leur responsabilité. En effet, ils peuvent avoir été les auteurs de l’infraction ou bien avoir aidé ou encouragé l’auteur de celle-ci, selon le rôle de chacun dans l’exécution du dessein commun : *R. c. Simpson* (1988), 38 C.C.C. (3d) 481 (S.C.C.), p. 488-491. Comme a affirmé le juge Griffiths dans *R. c. Wood* (1989), 51 C.C.C. (3d) 201 (C.A. Ont.), à la p. 220 :

En présence de la preuve d’une action concertée dans la perpétration de l’infraction, comme c’est le cas en l’espèce, il est alors loisible au jury de déclarer tous les accusés coupables soit comme auteurs de l’infraction, en vertu de l’al. 229a), soit comme participants ayant aidé ou encouragé, suivant l’art. 21 du *Code*, même si l’étendue de la participation de chacun aux actes de violence demeure incertaine.

I do not, however, regard Trainor J.'s error in terminology as having any significance. The crucial issue is not whether he properly labelled the nature of the appellants' liability, but whether he properly instructed the jury as to the essential elements which the Crown had to prove to establish joint liability for murder where the jury could not determine which of the two had fired the fatal shots. [Emphasis added; paras. 152-53.]

[69] In *Suzack*, both principal liability and aiding and abetting were properly before the jury. It was for this reason that if one or the other modes of liability was made out that it was “unnecessary to label the nature of his participation” (para. 155). In addition, both of these modes of liability, taken together, described “Suzack’s potential liability for murder as a participant in a common scheme . . . to commit murder” (para. 157). The decision in *Suzack*, however, also makes it clear that the phrases such as “concerted action”, “acted in concert”, “common design”, “participation in a common scheme”, and “joint participation” are phrases which properly capture the entire gamut of principal liability, co-principal liability and liability as an aider or abettor. They cover the entire range of party liability set out in s. 21(1) and are not limited to s. 21(1)(a).

### C. Application to the Record

[70] In this case, it was accepted in counts 1 through 3 that the factual cause of death of those victims was a gunshot wound to the head. Therefore, regardless of what else happened before or after each of the victims was murdered, only one person actually fired the bullet which caused the victims' deaths.

[71] There was no evidence of any other “significant contributing cause” to the deaths of the

Toutefois, je ne considère pas que l'erreur de terminologie commise par le juge Trainor revêt quelque importance que ce soit. La question primordiale n'est pas de savoir s'il a qualifié correctement la nature de la responsabilité des appelants, mais de savoir s'il a donné au jury des directives appropriées quant aux éléments essentiels de l'infraction que le ministère public devait prouver pour établir la responsabilité conjointe à l'égard du meurtre dans un cas où le jury n'était pas en mesure de déterminer lequel des deux individus avait tiré les coups fatals. [Je souligne; par. 152-153.]

[69] Dans l'arrêt *Suzack*, la thèse de la responsabilité en tant qu'auteur de l'infraction et celle de la responsabilité en tant que personne ayant aidé ou encouragé quelqu'un à la commettre avaient toutes deux été soumises adéquatement au jury. Pour cette raison, si l'une ou l'autre des formes de responsabilité était prouvée, il devenait [TRADUCTION] « inutile de qualifier la nature de [l]a participation » (par. 155) de l'accusé. En outre, considérées ensemble, ces deux formes de responsabilité décrivaient [TRADUCTION] « la possible responsabilité de M. Suzack pour meurtre en tant que participant à un dessein commun [à savoir] commettre un meurtre » (par. 157). Toutefois, l'arrêt *Suzack* indique en outre clairement que les expressions telles que « action concertée », « agir de concert », « dessein commun », « participation à un projet commun » et « participation conjointe » englobent vraiment toutes les formes de responsabilité — en tant qu'auteur de l'infraction, que coauteur de celle-ci et que personne ayant aidé à sa perpétration ou l'ayant encouragée. Ces expressions recouvrent toutes les formes de responsabilité des participants que prévoit le par. 21(1) et ne se limitent pas à celle prévue à l'al. 21(1)a).

### C. Application à l'espèce

[70] En l'espèce, relativement aux chefs 1 à 3, il a été admis que la cause factuelle du décès des victimes avait été un coup de feu à la tête. Par conséquent, indépendamment de ce qui s'est produit avant ou après le meurtre de chacune des victimes, une seule personne a réellement tiré le projectile qui a causé leur mort.

[71] Il n'a été présenté aucune preuve de quelque autre « cause ayant contribué de façon appréciable »

victims other than the gunshot wounds. There was no basis on the evidence admitted at trial to infer that two persons, acting together, caused the deaths of the victims in any of the six counts such that they would be rendered co-principals; there could only have been one shooter of the gunshot which caused the victims' deaths. I agree with the appellant that the potential for a situation such as in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, simply did not exist here. There was no evidence that there may have been one person holding the gun, and one person who pulled the trigger, and thus two participants in the unlawful act causing death. Potential liability for other forms of participation in those murders had to flow, not through co-principal liability, but through aiding and abetting.

[72] The majority of the Court of Appeal in this case did not appear to think it was necessary that the trial judge give particular instruction on the provisions of s. 21. The majority noted that s. 21(1) was "designed to make the difference between aiding and abetting and personally committing an offence legally irrelevant" (2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252, at para. 221, quoting Dickson C.J. in *Thatcher*), and that even if an instruction on aiding and abetting was legally available, the appellant likely benefited from its omission (para. 231).

[73] The problem with this line of reasoning is that it ignores the fact that aiding and abetting were not before the jury as alternate routes to liability, and co-principal liability was not available on the evidence. While it may be true that a separate party instruction on co-principal liability may not generally be necessary, given that its elements are the same as for sole principal liability, the same cannot be said of liability as an aider or abettor. Although the ultimate legal liability is the same for

au décès des victimes, hormis les blessures par balle. Rien dans la preuve admise au procès ne permettait d'inférer que deux individus, agissant de concert, auraient causé le décès de l'une ou l'autre des victimes mentionnées dans les six chefs et seraient devenus de ce fait coauteurs des infractions; un seul individu avait pu tirer le coup de feu ayant causé la mort de chaque victime. Je suis d'accord avec l'appelant pour dire que nous ne nous trouvons tout simplement pas en présence d'une situation analogue à celle en cause dans l'affaire *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680. Aucun élément de preuve ne tend à indiquer qu'une personne aurait tenu l'arme à feu tandis qu'une autre appuyait sur la détente, et donc que deux personnes auraient participé à l'acte illégal ayant causé la mort. La possibilité d'une responsabilité fondée sur d'autres formes de participation à ces meurtres ne pouvait donc pas découler de la notion de coauteur, mais plutôt de la notion de participation par aide ou encouragement à la perpétration des infractions.

[72] Dans la présente affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel ne semblent pas avoir considéré qu'il était nécessaire que le juge du procès donne des directives particulières au jury à propos des dispositions de l'art. 21. Ils ont souligné que le par. 21(1) vise à « rendre juridiquement sans importance la différence entre le fait d'aider et d'encourager à commettre une infraction et le fait de la commettre personnellement » (2009 BCCA 299, 272 B.C.A.C. 252, au par. 221, citant les propos du juge en chef Dickson dans *Thatcher*), et que même si des directives sur la participation par aide ou encouragement étaient légalement requises, l'appelant avait vraisemblablement bénéficié de l'omission de les donner (par. 231).

[73] La faille dans ce raisonnement se retrouve dans l'absence de toute prise en compte du fait que la participation aux infractions, soit par aide soit par encouragement, n'avait pas été soumise au jury comme autre route susceptible de lui permettre de conclure à la responsabilité de l'accusé, et que la preuve n'étayait pas la thèse de la responsabilité de celui-ci en tant que coauteur des infractions. Bien qu'effectivement une directive distincte sur la responsabilité en tant que coauteur de l'infraction ne

a principal or for an aider or abettor, the findings of fact necessary and the specific legal principles which apply to each are different.

[74] It was necessary on the evidence for the trier of fact to decide that Mr. Pickton was either liable for the murders as the actual shooter, or that he was liable through his assistance to an unknown third party who was the actual shooter. It was not relevant for the jury to direct their minds to the possibility that Mr. Pickton and a third party both caused the victims' deaths as co-principals, and not helpful to provide them with an instruction which opened up party liability, but stopped short of setting out its relevant principles as they applied to the evidence. The possibility that Mr. Pickton only aided and abetted the murders was legally relevant on the evidence in this case.

[75] In my view, then, the majority of the Court of Appeal erred when it found that there was "no difference" in the party liability analysis where, on one hand, there are two people, each of whom fires a gun at the victim and it cannot be determined forensically who fired the fatal shot, and where, on the other hand, two people are acting "in concert" to lure and kill the victim, although only one of them wields the gun which causes the death (para. 221). In the latter situation, an instruction on aiding and abetting should be put to the jury.

#### D. *Aiding and Abetting*

[76] The main focus of s. 21(1)(b) and (c) is on the intention with which the aid or encouragement

soit généralement pas nécessaire, puisque ses éléments sont les mêmes que ceux de la responsabilité en tant qu'auteur de l'infraction, la situation diffère dans le cas de la responsabilité des participants qui aident ou encouragent quelqu'un d'autre à commettre l'infraction. Même si, en définitive, la responsabilité juridique à l'égard de l'infraction est la même, qu'il s'agisse de l'auteur de l'infraction ou d'une personne qui a aidé à sa perpétration ou l'a encouragée, les conclusions de fait requises et les principes juridiques applicables diffèrent.

[74] Le juge des faits devait décider, au regard de la preuve, si M. Pickton était responsable des meurtres soit parce qu'il était le tireur véritable soit parce qu'il aurait aidé une personne inconnue qui aurait été le véritable tireur. Il n'était pas nécessaire que le jury considère la possibilité que M. Pickton et une autre personne aient tous deux causé la mort des victimes en tant que coauteurs des infractions, et il n'était pas utile de donner aux jurés des directives donnant ouverture à l'application de la responsabilité des participants, sans leur en exposer les principes pertinents eu égard à la preuve. La possibilité que M. Pickton ait pu uniquement aider et encourager l'auteur des meurtres *était* juridiquement pertinente à la lumière de la preuve au dossier dans la présente affaire.

[75] Par conséquent, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont, à mon avis, fait erreur en concluant que, dans le cadre de l'analyse relative à la responsabilité des participants, il n'y a [TRADUCTION] « aucune différence » entre, d'une part, le cas où deux individus font feu sur la victime et où l'analyse criminalistique ne permet pas d'attribuer le coup fatal à l'un ou à l'autre, et, d'autre part, le cas où deux individus agissent « de concert » pour attirer et tuer la victime, et où un seul a tenu l'arme à feu ayant causé la mort (par. 221). Dans ce dernier cas, des directives devraient être données au jury sur l'aide et l'encouragement à la perpétration d'une infraction.

#### D. *Aide et encouragement*

[76] Aux alinéas 21(1)(b) et c), l'analyse porte principalement sur l'intention dans laquelle l'aide ou

has been provided. The act or omission relied upon must in fact aid or abet, and it must also have been done with the particular intention to facilitate or encourage the principal's commission of the offence, with knowledge that the principal intends to commit the crime: *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at paras. 14 and 16-18. To be found liable for first degree murder as an aider and abettor of a planned and deliberate murder, an accused must have knowledge that the murder was planned and deliberate: *Briscoe*, at para. 17. Wilful blindness will satisfy the knowledge component of s. 21(1)(b) or (c): *Briscoe*, at para. 21.

[77] On the record in this case, the acts of aiding or abetting relied upon to make Mr. Pickton liable for the murders could have included many things, from the "luring" of the victims to the farm, to providing them with drugs or subduing them, to encouraging a third party killer by making it known that Mr. Pickton would help dismember and dispose of the bodies so that the killer would not get caught. This same evidence could similarly have provided the necessary evidence of intention and knowledge, including knowledge of the planned and deliberate nature of the murders.

[78] Again, for whatever reason, aiding and abetting was not left with the jury by the trial judge. The jury could not have convicted the appellant on the two alternative modes of liability legally available on the evidence, that is, that Mr. Pickton *either* committed the murders himself, *or* aided and abetted them. There was no air of reality to a co-principal mode of liability, and as such, any instruction suggesting its possibility was incorrectly left with the jury. An instruction as to "concerted action" between Mr. Pickton and one or more third parties needed to make clear to the jury that if they had a reasonable doubt that Mr. Pickton himself personally committed each of the murders

l'encouragement a été fournie. L'acte ou l'omission invoqué doit avoir pour effet réel d'aider ou d'encourager et doit également avoir été accompli dans le dessein précis de faciliter ou d'encourager la perpétration de l'infraction par son auteur, et la personne qui aide ou encourage devait connaître l'intention de ce dernier de commettre le crime : *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 14, 16-18. Pour que l'accusé puisse être déclaré coupable de meurtre au premier degré parce qu'il a fourni aide ou encouragement à la perpétration d'un meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré, il devait savoir que le meurtre allait être commis ainsi : *Briscoe*, par. 17. La preuve de l'ignorance volontaire permettra de satisfaire à l'élément de connaissance nécessaire pour l'application de l'al. 21(1)(b) ou c) : *Briscoe*, par. 21.

[77] Au vu du dossier en l'espèce, de nombreux actes d'aide ou d'encouragement auraient pu être invoqués à l'encontre de M. Pickton pour retenir sa responsabilité criminelle à l'égard des meurtres. Mentionnons notamment les suivants : « avoir attiré » les victimes à sa ferme, leur avoir fourni des drogues ou en avoir fait ses captives, avoir encouragé une autre personne, l'assassin, en indiquant qu'il aiderait à démembrer les victimes et à disposer des cadavres afin de lui éviter d'être capturé. Ces mêmes éléments de preuve auraient également pu permettre d'établir l'intention et la connaissance requises, y compris la connaissance de la nature des meurtres, c'est-à-dire qu'ils seraient commis avec préméditation et de propos délibéré.

[78] Pour une raison ou pour une autre, je tiens à le rappeler, la thèse de la participation aux infractions par voie d'aide ou d'encouragement n'a pas été soumise au jury par le juge du procès. Il n'était pas loisible au jury de déclarer l'appelant coupable suivant les deux formes de responsabilité auxquelles la preuve donnait ouverture sur le plan juridique, à savoir que M. Pickton aurait lui-même commis les meurtres *ou* aurait aidé et encouragé quelqu'un à le faire. La thèse de la responsabilité à titre de coauteur des infractions était dépourvue de vraisemblance et, de ce fait, toute directive évoquant cette possibilité qui a pu être soumise au jury constituait une erreur. Toute directive concernant une « action concertée »

in question, they needed to be satisfied beyond a reasonable doubt that he at least aided and abetted each of them.

[79] Both the general instruction set out in para. 44, and the amended “actual shooter” portions of the charge were misleading, and wrong in law to the extent they opened up party liability but failed to set out the law of aiding and abetting. As to the amendment of the “actual shooter” provisions, suffice it to say that, absent an aiding and abetting alternative, all that the trial judge could have said on Element 3 for counts 1 through 3 was, as stated in the original instructions, that the jury had to find beyond a reasonable doubt that Pickton was the “actual shooter”. That was the correct articulation of principal liability on the evidence presented at trial. The insertion of the words “or was otherwise an active participant in [the] killing” impermissibly opened up the possibility of Pickton’s having acted *as an aider and abettor* without any further instruction on that route of liability.

[80] The words “or was otherwise an active participant” did not convey the adequate causal requirement between the appellant’s acts and the deaths of the victims for principal liability. Given that there was no evidence in any of the counts that there was more than one operative cause of death, the instructions should have made it clear that the jury could only convict Mr. Pickton of the killings if they were satisfied beyond a reasonable doubt, having considered all the evidence, that he *either*

par M. Pickton et une ou plusieurs autres personnes devait clairement indiquer aux jurés que, s’ils avaient un doute raisonnable quant à la perpétration par M. Pickton lui-même de chacun des meurtres en question, ils devaient être convaincus, hors de tout doute raisonnable, qu’il avait à tout le moins aidé et encouragé quelqu’un d’autre à les commettre.

[79] Tant la directive générale au par. 44 que la version modifiée du passage de l’exposé au jury concernant le « véritable tireur » étaient de nature à induire en erreur, en plus d’être erronées en droit, dans la mesure où elles donnaient ouverture à l’application de la notion de responsabilité des participants sans exposer les règles relatives à l’aide et à l’encouragement à la perpétration d’une infraction. Quant à la modification de la directive sur le « véritable tireur », disons simplement que, en l’absence de la possibilité pour le jury de conclure à la responsabilité pour aide et encouragement à la perpétration des infractions, la seule directive qu’aurait pu donner le juge du procès à propos du troisième élément, relativement aux chefs 1 à 3, était — comme l’indiquaient ses directives initiales — que le jury devait conclure hors de tout doute raisonnable que M. Pickton était le « véritable tireur ». Ces propos énonçaient correctement la notion de responsabilité en tant qu’auteur de l’infraction eu égard à la preuve présentée au procès. L’insertion des mots [TRADUCTION] « ou qu’il a autrement participé activement à l’infliction de la mort » a eu pour effet de donner de manière inadmissible aux jurés la possibilité de conclure que M. Pickton avait agi *en aidant et en encourageant* quelqu’un d’autre à perpétrer les infractions, sans leur fournir de directives additionnelles sur cette forme de responsabilité.

[80] Les mots « ou qu’il a autrement participé activement » n’expliquaient pas adéquatement le lien de causalité requis entre les actes de l’appelant et le décès des victimes pour établir sa responsabilité en tant qu’auteur des infractions. Comme il n’y avait, à l’égard d’aucun des chefs d’accusation, aucune preuve de l’existence de plus d’une cause effective de décès, les directives auraient dû indiquer clairement que les jurés ne pouvaient déclarer M. Pickton coupable des meurtres qu’à la condition

personally shot the victims *or* aided and abetted another person in the killings.

### E. *Similar Fact Evidence*

[81] As a final note, there appears to have been some uncertainty, during the course of the trial, as to whether similar fact evidence could have been used to support an alternate theory of aiding and abetting, had Mr. Pickton's liability for the murders as a party under s. 21 been left with the jury (see the respondent's factum at p. 53, fn. 25, concerning the potential applicability of the decision in *R. v. Mercer*, 2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130, leave to appeal refused, [2005] 2 S.C.R. x). This may have been the source of the Crown's decision to proceed strictly on a "sole perpetrator" theory, as the admission of similar fact evidence was crucial to a conviction on all counts, and particularly in relation to counts 4 through 6.

[82] This problem was addressed by Low J.A. for the majority of the Court of Appeal, in finding that the admission of count-to-count similar fact evidence was not restricted to the sole perpetrator route to liability. Justice Low explained that such evidence "was admissible because of a pattern of events and a pattern of conduct linking the appellant to those events that merited consideration on each count of the evidence on all counts, and the evidence of Ellingsen [one of the witnesses] on all counts" (para. 177). Furthermore, he concluded that no special instruction to the jury was required with respect to that evidence, and that *R. v. Perrier*, 2004 SCC 56, [2004] 3 S.C.R. 228, did not apply to this case:

No such link [as explained in *Perrier*] became necessary in the present case. The evidence was capable of establishing that the appellant was the one constant in the sequence of events that I have described more

d'être convaincus hors de tout doute raisonnable, eu égard à l'ensemble de la preuve, que ce dernier avait *soit* personnellement abattu les victimes, *soit* aidé et encouragé une autre personne à le faire.

### E. *Preuve de faits similaires*

[81] Une dernière remarque. Il semble avoir régné, durant le procès, de l'incertitude quant à la question de savoir si une preuve de faits similaires aurait pu être invoquée au soutien d'une autre thèse — celle de la participation aux infractions par voie d'aide ou d'encouragement —, dans le cas où on aurait soumis au jury la question de la responsabilité de M. Pickton à l'égard des meurtres en tant que participant au sens de l'art. 21 (voir le mémoire de l'intimée, à la p. 53, note en bas de page 25, relativement à la possible applicabilité de l'arrêt *R. c. Mercer*, 2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130, autorisation de pourvoi refusée, [2005] 2 R.C.S. x). Cette incertitude pourrait être à l'origine de la décision du ministère public de se fonder strictement sur la thèse du « seul auteur », puisque l'admission d'une preuve de faits similaires était cruciale pour obtenir une déclaration de culpabilité sur tous les chefs d'accusation, particulièrement les chefs 4 à 6.

[82] Cette question a été tranchée par le juge Low de la Cour d'appel, dans la décision de la majorité, lorsqu'il a conclu que l'admission — chef par chef — de la preuve de faits similaires ne se limitait pas à la responsabilité fondée sur l'existence d'un seul auteur. Le juge Low a expliqué qu'une telle preuve [TRADUCTION] « était admissible en raison de la similitude des faits et des comportements établissant un lien entre l'appelant et les faits, similitude justifiant que l'on considère, pour chaque chef d'accusation, la preuve concernant tous les chefs ainsi que la preuve d'Ellingsen [un témoin] pour tous les chefs » (par. 177). En outre, il a conclu qu'il n'était pas nécessaire de donner au jury des directives particulières à l'égard de ce type de preuve, et il a écarté en ces termes l'application de l'arrêt *R. c. Perrier*, 2004 CSC 56, [2004] 3 R.C.S. 228 :

[TRADUCTION] L'établissement d'un tel lien [tel qu'on l'explique dans *Perrier*] ne s'est pas révélé nécessaire en l'espèce. La preuve permettait de démontrer que l'appelant constituait la seule constante dans la suite de faits

than once in these reasons. In admitting the similar fact evidence, the trial judge was satisfied that there was evidence tending to connect the appellant to all six murders, an issue not contested by the appellant at trial or on appeal. There was no suggestion, even by the defence, that there might have been a group of murderers and that the appellant might have been a participant in one or more of the murders but not in the others. The evidence supported the conclusion that the appellant committed each of the killings or that he actively participated in each of them (or one or more of them) in concert with another person. I agree with the Crown that the probative value of the similar fact evidence was the same regardless of the route to criminal liability each juror preferred. The concern addressed in *Perrier* does not arise. [para. 181]

[83] I agree with Low J.A. that similar fact evidence will be admissible not only to show that an accused personally committed each offence charged as a principal, but also to raise the possibility that the offences were committed, in the alternative, by an accused as an aider and abettor. But the requisite pattern of conduct must be sufficiently connected to both possibilities on all of the counts.

#### F. *The Curative Proviso*

[84] Having found an error on a question of law, I must now turn to the curative proviso found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. As our Court has held on many occasions, not every error will lead to the quashing of a verdict of guilty by an appellate court (*R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34).

[85] Some errors may be so innocuous or so irrelevant to the questions at issue that there is little likelihood that they would have had any impact on the verdict. Other errors may be more serious, but the proviso will also apply because there is overwhelming evidence of the guilt of the accused and, on that evidence, a properly instructed jury would necessarily return a verdict of guilty (*R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82). In my view, this is the case in the instant appeal. As

que j'ai décrite à plus d'une reprise dans les présents motifs. Lorsqu'il a admis la preuve de faits similaires, le juge du procès était convaincu qu'il existait des éléments de preuve tendant à rattacher l'appellant aux six meurtres, point qui n'a pas été contesté par l'appellant, ni au procès ni en appel. Personne n'a soulevé, pas même la défense, la possibilité qu'un groupe d'assassins soit responsable et que l'appellant ait participé à un ou à quelques-uns des meurtres, mais pas aux autres. La preuve étayait la thèse voulant que l'appellant ait commis chacun des meurtres ou qu'il ait participé activement à chacun d'eux (ou à au moins un d'eux) de concert avec une autre personne. Je partage l'avis du ministère public selon lequel la preuve de faits similaires avait le même poids, quelle que soit la voie privilégiée par chaque membre du jury pour conclure à la responsabilité criminelle. La question qui se posait dans l'affaire *Perrier* ne se pose pas en l'espèce. [par. 181]

[83] À l'instar du juge Low, j'estime que la preuve de faits similaires est admissible non seulement pour démontrer qu'un accusé a commis personnellement, en tant qu'auteur, chacune des infractions qu'on lui reproche, mais également pour soulever la possibilité qu'il les ait commises en aidant ou en encourageant quelqu'un d'autre à les perpétrer. Cependant, les comportements similaires requis doivent présenter un lien suffisant avec ces deux possibilités pour tous les chefs d'accusation.

#### F. *La disposition réparatrice*

[84] Ayant conclu à l'existence d'une erreur sur une question de droit, je dois maintenant considérer l'application de la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Comme l'a souligné à maintes reprises notre Cour, la présence d'une erreur ne justifie pas toujours l'annulation d'un verdict de culpabilité par la cour d'appel (*R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34).

[85] Il est possible que certaines erreurs soient si anodines ou si peu pertinentes à l'égard des questions en litige qu'elles risquent peu d'avoir influé de quelque façon que ce soit sur le verdict. Par ailleurs, même dans le cas d'autres erreurs plus graves, la disposition s'appliquera également lorsque le dossier renferme une preuve accablante de la culpabilité de l'appellant et que, au vu de cette preuve, un jury ayant reçu des directives adéquates rendrait inévitablement un verdict de culpabilité (*R. c. Trochym*,

mentioned above, there were serious errors in relation to a key issue at trial, criminal participation in the offences, in both the instructions to the jury and in response to its question. Nevertheless, in order to assess the possible impact of these errors, the context of the trial as a whole must be kept in mind.

[86] The trial was all about the participation of Mr. Pickton in the murders of the six victims. I will not attempt to review here all of the evidence offered by the Crown during what was a very long trial. However, on a review of the record, in my opinion, the Crown presented compelling, overwhelming evidence of the participation of Mr. Pickton in the murders. From whichever perspective we consider the participation of Mr. Pickton, on the evidence, he was necessarily either a principal or an aider or abettor. It would surpass belief that a properly instructed jury would not have found him guilty of murder in the presence of such cogent evidence of his involvement. Indeed, this properly instructed jury would likely have convicted Mr. Pickton of first degree rather than second degree murder.

[87] Certainly, this was a long and difficult trial — but it was also a fair one. Despite the errors set out above, there was no miscarriage of justice occasioned by the trial proceedings. Mr. Pickton was entitled to the same measure of justice as any other person in this country. He received it. He is not entitled to more.

#### IV. Disposition

[88] For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm the convictions.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 82). À mon avis, c'est le cas en l'espèce. Comme il a été mentionné précédemment, des erreurs graves ont été commises relativement à une question cruciale au procès — la participation criminelle aux infractions — tant dans les directives données au jury que dans la réponse du juge à la question posée par ce dernier. Néanmoins, c'est au regard du procès dans son ensemble qu'il faut évaluer l'incidence possible de ces erreurs.

[86] Le procès concernait essentiellement la participation de M. Pickton aux meurtres des six victimes. Je n'entends pas revenir ici sur l'ensemble de la preuve produite par le ministère public au cours de ce très long procès. Cependant, je suis d'avis, après examen du dossier, que le ministère public a présenté une preuve convaincante, voire accablante, de la participation de M. Pickton aux meurtres. Quel que soit l'angle sous lequel on considère sa participation, il ressort de la preuve qu'il est nécessairement l'auteur des meurtres, ou qu'il a aidé ou encouragé quelqu'un à les commettre. Il est inconcevable qu'un jury ayant reçu des directives adéquates ne l'aurait pas déclaré coupable de meurtre devant une preuve si solide de son implication. Du reste, un tel jury aurait vraisemblablement déclaré M. Pickton coupable de meurtre au premier degré et non de meurtre au second degré.

[87] Certes, le procès a été long et difficile, — mais il a aussi été équitable. En dépit des erreurs mentionnées précédemment, aucun déni de justice n'a découlé de l'instruction du procès. Comme tout autre citoyen du pays, monsieur Pickton avait le droit d'être traité avec justice. Il l'a été. Il ne saurait demander davantage.

#### IV. Dispositif

[88] Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le pourvoi et je confirmerais les déclarations de culpabilité.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appellant : Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General  
of British Columbia, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la  
Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Progressive Homes Ltd.** *Appellant*

v.

**Lombard General Insurance Company of Canada** *Respondent*

**INDEXED AS: PROGRESSIVE HOMES LTD. v. LOMBARD GENERAL INSURANCE CO. OF CANADA**

**2010 SCC 33**

File No.: 33170.

2010: April 20; 2010: September 23.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA**

*Insurance — Liability insurance — Insurer's duty to defend — Commercial general liability policy — Scope of coverage — Claims against insured for negligence in construction of buildings and for breach of contract — Insured alleging inadequate construction completed by subcontractors — Insurance policy covers property damage caused by an accident — Whether "property damage" limited to third-party property damage — Whether defective workmanship considered to be an "accident" — Whether insurer owes a duty to defend claims against insured.*

*Insurance — Liability insurance — Insurer's duty to defend — Policy exclusion — Whether exclusion for "work performed" includes work completed by subcontractors.*

The insured, Progressive Homes, was hired as a general contractor to build several housing complexes. After completion, four actions were initiated against Progressive claiming breach of contract and negligence. It was alleged that significant water damage caused rot, infestation and deterioration to all four buildings. Progressive had secured several commercial general liability insurance policies with the insurer, Lombard. The policies required Lombard to defend and indemnify Progressive when Progressive is legally obligated to pay damages because of property damage caused by an occurrence or accident. Lombard claimed that it

**Progressive Homes Ltd.** *Appelante*

c.

**Compagnie canadienne d'assurances générales Lombard** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : PROGRESSIVE HOMES LTD. c. CIE CANADIENNE D'ASSURANCES GÉNÉRALES LOMBARD**

**2010 CSC 33**

N° du greffe : 33170.

2010 : 20 avril; 2010 : 23 septembre.

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

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

*Assurance — Assurance de responsabilité — Obligation de défendre de l'assureur — Police d'assurance de responsabilité civile des entreprises — Portée de la protection — Poursuites contre l'assuré pour négligence dans la construction d'édifices et pour rupture de contrat — Pour l'assuré, des sous-traitants ont fait les travaux de construction inadéquats — Police d'assurance couvre les dommages matériels causés par un accident — Les « dommages matériels » sont-ils limités aux dommages causés aux biens d'autrui? — La malfaçon est-elle considérée comme un « accident »? — L'assureur a-t-il l'obligation de défendre l'assuré poursuivi?*

*Assurance — Assurance de responsabilité — Obligation de défendre de l'assureur — Exclusions prévues à la police — L'exclusion relative aux « travaux exécutés » vise-t-elle notamment les travaux exécutés par des sous-traitants?*

L'assuré, Progressive Homes, a été engagé comme entrepreneur général pour construire plusieurs complexes d'habitation. Après l'achèvement des travaux, quatre actions ont été intentées contre Progressive dans lesquelles il était allégué qu'il y avait eu rupture du contrat et négligence. La pénétration d'eau aurait entraîné l'apparition de beaucoup de pourriture et d'une infestation ainsi que la détérioration des quatre édifices. Progressive avait souscrit plusieurs polices d'assurance de responsabilité civile des entreprises auprès de Lombard. Aux termes des polices, Lombard est tenue de défendre et d'indemniser Progressive lorsque celle-ci est légalement

did not have a duty to defend because the claims were not covered under the insurance policies. Progressive brought an application for a declaration that Lombard was under a duty to defend in the four actions. The applications judge found that the claims did not fall within the initial grant of coverage under the policies and therefore Lombard did not owe a duty to defend. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

An insurer is required to defend a claim where the facts alleged in the pleadings, if proven to be true, would require the insurer to indemnify the insured for the claim. It is irrelevant whether the allegations in the pleadings can be proven in evidence. What is required is the mere possibility that a claim falls within the insurance policy. Where it is clear that the claim falls outside the policy, either because it does not come within the initial grant of coverage or is excluded by an exclusion clause, there will be no duty to defend. In examining the pleadings to determine whether the claims fall within the scope of coverage, what is determinative is the true nature or substance of the claim, not the labels selected by the plaintiff.

The focus of insurance policy interpretation should first and foremost be on the language of the policy at issue. For insurance policies that set out coverage, followed by exclusions, followed by exceptions, such as those found in this case, it is generally advisable to interpret the policy in the order of: coverage, exclusions and then exceptions. Each of the insurance policies in this case cover “property damage” caused by an “accident”. The onus is on Progressive to show that the pleadings fall within the initial grant of coverage. The plain and ordinary meaning of “property damage” in this case includes damage to any tangible property and is not limited to damage to third-party property. Hence, damage to one part of a building arising from another part of the same building could be included in the definition. “Accident” should also be given the plain meaning prescribed to it in the policies and should apply when an event causes property damage neither expected nor intended by the insured. The accident need not be a sudden event and can result from continuous or repeated exposure to conditions. Whether defective workmanship is an accident is necessarily a case-specific determination. It will depend both on the circumstances of

responsable de payer des dommages-intérêts qui résultent de dommages matériels causés par un événement ou un accident. Lombard a allégué n’avoir aucune obligation de défendre parce que les demandes d’indemnisation n’étaient pas couvertes par les polices d’assurance. Progressive a présenté une demande en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que Lombard avait l’obligation de la défendre dans le cadre des quatre actions. Le juge de première instance a conclu que les demandes n’emportaient pas l’application de la protection initiale offerte par les polices et que, par conséquent, Lombard n’avait pas l’obligation de défendre. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

L’assureur est tenu d’opposer une défense si les actes de procédure énoncent des faits qui, s’ils se révélaient véridiques, exigeraient qu’il indemnise l’assuré relativement à la demande. Il n’est pas pertinent de savoir si les allégations contenues dans les actes de procédure peuvent être prouvées. Ce qu’il faut, c’est la simple possibilité que la demande relève de la police d’assurance. Lorsqu’il ressort clairement que la demande ne relève pas de la portée de la police, soit parce qu’elle n’est pas visée par la protection initiale, soit en raison d’une clause d’exclusion, il n’y a pas d’obligation de défendre. En examinant les actes de procédure pour déterminer si les demandes relèvent de la portée de la police, ce qui compte, c’est la nature véritable ou le contenu de la demande et non pas la terminologie employée par le demandeur.

L’interprétation des polices d’assurance devrait d’abord et avant tout porter sur le libellé de la police en cause. Pour les polices d’assurance qui décrivent la protection, puis des exclusions et enfin des exceptions, comme les polices dont il est question en l’espèce, il est généralement recommandé de les interpréter dans l’ordre décrit précédemment : protection, exclusions, et enfin, exceptions. Chaque police d’assurance en cause dans la présente affaire couvre les « dommages matériels » causés par un « accident ». Il incombe à Progressive de prouver que les dommages allégués dans les actes de procédure relèvent de la protection initiale. Le sens ordinaire de « dommages matériels » en l’espèce inclut les dommages causés à tout bien matériel et ne se limite pas aux dommages aux biens d’autrui. Ainsi, des dommages causés à une partie d’un édifice par une autre partie de ce même édifice pourraient être visés par la définition. Le terme « accident » devrait aussi avoir le sens ordinaire qui lui est donné dans les polices et devrait s’appliquer quand un événement cause des dommages matériels qui ne sont ni prévus ni voulus par l’assuré. Un accident n’est pas nécessairement un événement soudain et il peut découler d’une exposition

the defective workmanship alleged in the pleadings and the way in which “accident” is defined in the policy.

The duty to defend only requires a possibility of coverage, and that possibility is made out in this case. The pleadings reveal a possibility of “property damage”. The pleadings describe water leaking in through windows and walls and allege deterioration of the building components resulting from water ingress and infiltration. The pleadings also describe defective property. The pleadings also sufficiently allege an “accident” for the purpose of deciding whether Lombard owes a duty to defend. There is no reference to intentional conduct by Progressive which would suggest that the property damage was expected or intended. The pleadings allege negligence, which, on its face, suggests that the damage was fortuitous. In addition, it is clear from the pleadings that the damage alleged is the result of “continuous or repeated exposure to conditions”, which squarely fits within the definition.

Having found the claims in the pleadings fall within the initial grant of coverage, the onus shifts to Lombard to show that coverage is precluded by an exclusion clause. Lombard has not discharged its burden of showing that the “work performed” exclusion clearly and unambiguously applies to all of the claims made against Progressive and there is thus a possibility of coverage under each version of the policy. Depending on which version of the policy applies, there is a possibility of coverage for damage to work completed by a subcontractor, for damage resulting from work performed by a subcontractor, or for damage resulting from the particular part of the Progressive’s work that was defective. Therefore, the duty to defend is triggered.

### Cases Cited

**Referred to:** *Swagger Construction Ltd. v. ING Insurance Co. of Canada*, 2005 BCSC 1269, 47 B.C.L.R. (4th) 75; *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801; *Monenco Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.*, 2001 SCC 49, [2001] 2 S.C.R. 699; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744; *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551; *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605; *Brissette*

continue ou répétée à certaines conditions. La question de savoir si la malfaçon constitue un accident est nécessairement propre aux faits de l’espèce. Elle dépend à la fois des circonstances de la malfaçon alléguée dans les actes de procédure et de la façon dont le terme « accident » est défini dans la police.

L’obligation de défendre n’exige qu’une possibilité de protection et cette possibilité est établie en l’espèce. Les actes de procédure font état d’une possibilité de « dommages matériels ». Ils décrivent l’infiltration d’eau par les fenêtres et les murs et comportent des allégations selon lesquelles la détérioration des éléments de l’édifice s’explique par l’infiltration d’eau. Ils décrivent également le bien défectueux. Les actes de procédure comportent aussi suffisamment d’allégations d’« accident » pour pouvoir décider si Lombard a l’obligation de défendre Progressive. Rien ne suggère que Progressive a agi intentionnellement, ce qui porterait à croire que les dommages matériels étaient prévus ou voulus. Les actes de procédure contiennent des allégations de négligence qui, à première vue, laissent entendre que les dommages étaient fortuits. De plus, il ressort clairement des actes de procédure que les dommages allégués découlent d’une « exposition continue ou répétée à certaines conditions », ce qui correspond parfaitement à la définition.

Comme il a été conclu que les demandes qui figurent dans les actes de procédure bénéficient de la protection initiale, il incombe alors à Lombard de prouver que la protection est écartée par une clause d’exclusion. Lombard ne s’est pas acquittée de son fardeau de démontrer que l’exclusion des « travaux exécutés » s’applique clairement et sans équivoque à toutes les actions intentées contre Progressive et il y a donc une possibilité de protection en application de chacune des versions de la police. Selon la version de la police qui s’applique, il y a une possibilité de protection contre les dommages causés aux travaux exécutés par un sous-traitant, contre les dommages découlant des travaux exécutés par un sous-traitant ou contre les dommages découlant d’une partie particulière des travaux de Progressive qui était défectueuse. Par conséquent, l’obligation de défendre est déclenchée.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Swagger Construction Ltd. c. ING Insurance Co. of Canada*, 2005 BCSC 1269, 47 B.C.L.R. (4th) 75; *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801; *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, 2001 CSC 49, [2001] 2 R.C.S. 699; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d’assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744; *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *Co-operators Compagnie d’assurance-vie c. Gibbens*,

*Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Bird Construction Co. v. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1996] 7 W.W.R. 609; *Alie v. Bertrand & Frère Construction Co.* (2002), 222 D.L.R. (4th) 687; *Bridgewood Building Corp. (Riverfield) v. Lombard General Insurance Co. of Canada* (2006), 266 D.L.R. (4th) 182; *Westridge Construction Ltd. v. Zurich Insurance Co.*, 2005 SKCA 81, 269 Sask. R. 1; *Celestica Inc. v. ACE INA Insurance* (2003), 229 D.L.R. (4th) 392; *Erie Concrete Products Ltd. v. Canadian General Insurance Co.*, [1969] 2 O.R. 372; *Harbour Machine Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada* (1985), 60 B.C.L.R. 360; *Supercrete Precast Ltd. v. Kansa General Insurance Co.* (1990), 45 C.C.L.I. 248; *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309; *Martin v. American International Assurance Life Co.*, 2003 SCC 16, [2003] 1 S.C.R. 158; *Fenton v. J. Thorley & Co., Ltd.*, [1903] A.C. 443; *American Family Mutual Insurance Co. v. American Girl, Inc.*, 673 N.W.2d 65 (2004).

#### Authors Cited

Audet, Maurice. "Broad Form Completed Operations: An extension of coverage or a trap?" (1984), 51:10 *Canadian Underwriter* 36.

*Couch on Insurance 3D*, 3rd ed., vol. 11, by Lee R. Russ and Thomas F. Segalla. Eagan, Minn.: West, 2005 (loose-leaf updated June 2010).

Lichty, Mark G. and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*, vols. 1 and 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated February 2010, release 14).

Wielinski, Patrick J. "CGL Coverage for Defective Workmanship: Current (and Ongoing) Issues". Paper presented at the 16th Annual Construction Law Conference, State Bar of Texas, Dallas, Texas, March 7, 2003.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Ryan, Huddart and Kirkpatrick JJ.A.), 2009 BCCA 129, 90 B.C.L.R. (4th) 297, 307 D.L.R. (4th) 460, 268 B.C.A.C. 235, 452 W.A.C. 235, [2009] 8 W.W.R. 261, 72 C.C.L.I. (4th) 163, 78 C.L.R. (3d) 171, [2009] I.L.R. ¶I-4826, [2009] B.C.J. No. 572 (QL), 2009 CarswellBC 744, affirming a decision of Cohen J., 2007 BCSC 439, 71 B.C.L.R. (4th) 113, [2007] 6 W.W.R. 734, 48 C.C.L.I. (4th) 64, 59 C.L.R. (3d) 225, [2007]

2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605; *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Bird Construction Co. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1996] 7 W.W.R. 609; *Alie c. Bertrand & Frère Construction Co.* (2002), 222 D.L.R. (4th) 687; *Bridgewood Building Corp. (Riverfield) c. Lombard General Insurance Co. of Canada* (2006), 266 D.L.R. (4th) 182; *Westridge Construction Ltd. c. Zurich Insurance Co.*, 2005 SKCA 81, 269 Sask. R. 1; *Celestica Inc. c. ACE INA Insurance* (2003), 229 D.L.R. (4th) 392; *Erie Concrete Products Ltd. c. Canadian General Insurance Co.*, [1969] 2 O.R. 372; *Harbour Machine Ltd. c. Guardian Insurance Co. of Canada* (1985), 60 B.C.L.R. 360; *Supercrete Precast Ltd. c. Kansa General Insurance Co.* (1990), 45 C.C.L.I. 248; *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309; *Martin c. American International Assurance Life Co.*, 2003 CSC 16, [2003] 1 R.C.S. 158; *Fenton c. J. Thorley & Co., Ltd.*, [1903] A.C. 443; *American Family Mutual Insurance Co. c. American Girl, Inc.*, 673 N.W.2d 65 (2004).

#### Doctrine citée

Audet, Maurice. « Broad Form Completed Operations : An extension of coverage or a trap? » (1984), 51:10 *Canadian Underwriter* 36.

*Couch on Insurance 3D*, 3rd ed., vol. 11, by Lee R. Russ and Thomas F. Segalla. Eagan, Minn. : West, 2005 (loose-leaf updated June 2010).

Lichty, Mark G. and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*, vols. 1 and 2. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated February 2010, release 14).

Wielinski, Patrick J. « CGL Coverage for Defective Workmanship : Current (and Ongoing) Issues ». Paper presented at the 16th Annual Construction Law Conference, State Bar of Texas, Dallas, Texas, March 7, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Ryan, Huddart et Kirkpatrick), 2009 BCCA 129, 90 B.C.L.R. (4th) 297, 307 D.L.R. (4th) 460, 268 B.C.A.C. 235, 452 W.A.C. 235, [2009] 8 W.W.R. 261, 72 C.C.L.I. (4th) 163, 78 C.L.R. (3d) 171, [2009] I.L.R. ¶I-4826, [2009] B.C.J. No. 572 (QL), 2009 CarswellBC 744, qui a confirmé une décision du juge Cohen, 2007 BCSC 439, 71 B.C.L.R. (4th) 113, [2007] 6 W.W.R. 734, 48 C.C.L.I. (4th) 64, 59 C.L.R. (3d)

I.L.R. ¶I-4626, [2007] B.C.J. No. 651 (QL), 2007 CarswellBC 635. Appeal allowed.

*Gordon Hilliker, Q.C., and Neo Tuytel, for the appellant.*

*Ward K. Branch, Michael J. Sobkin and Christopher Rhone, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The issue in this appeal is whether the insurer, Lombard General Insurance Company of Canada (“Lombard”), owes a duty to defend claims against the insured, Progressive Homes Ltd. (“Progressive”). For the reasons that follow, I conclude that Lombard owes a duty to defend.

## I. Overview

### A. *Facts*

[2] British Columbia Housing Management Commission (“BC Housing”) hired Progressive as a general contractor to build several housing complexes. After completion, BC Housing initiated four actions against Progressive alleging significant damage caused by water leaking into each of the four buildings. The claims allege breach of contract and negligence. The water damage has allegedly caused significant rot, infestation and deterioration to all four buildings. BC Housing alleges that the buildings are unsafe and pose a serious risk to the health and safety of the occupants.

[3] Progressive had secured five successive commercial general liability insurance policies (“CGL policies”) with Lombard. These successive policies were in place from the time of construction until the time the actions against Progressive were brought. There were three versions of the five successive policies: the first version being the first policy; the second version being the second, third and fourth policies; and the third version being the

225, [2007] I.L.R. ¶I-4626, [2007] B.C.J. No. 651 (QL), 2007 CarswellBC 635. Pourvoi accueilli.

*Gordon Hilliker, c.r., et Neo Tuytel, pour l’appelante.*

*Ward K. Branch, Michael J. Sobkin et Christopher Rhone, pour l’intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — La question soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si l’assureur, Compagnie canadienne d’assurances générales Lombard (« Lombard »), a l’obligation de défendre l’assurée, Progressive Homes Ltd. (« Progressive »), dans le cadre des actions intentées contre elle. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que Lombard a l’obligation de défendre l’assurée.

## I. Aperçu

### A. *Faits*

[2] La British Columbia Housing Management Commission (« BC Housing ») a engagé Progressive comme entrepreneur général pour construire plusieurs complexes d’habitation. Après l’achèvement des travaux, BC Housing a intenté quatre actions contre Progressive dans lesquelles elle alléguait que des dommages importants avaient été causés par la pénétration d’eau dans les quatre édifices. Elle soutenait qu’il y avait eu rupture du contrat et négligence. La pénétration d’eau aurait entraîné l’apparition de beaucoup de pourriture et d’une infestation ainsi que la détérioration des quatre édifices. BC Housing soutient que les édifices sont dangereux et posent un risque sérieux pour la santé et la sécurité des occupants.

[3] Progressive avait souscrit cinq polices successives d’assurance de responsabilité civile des entreprises (« polices ARCE ») auprès de Lombard. Ces polices successives étaient en vigueur du début de la construction jusqu’au moment où les actions ont été intentées contre Progressive. Il y a eu trois versions de la police : la première a été utilisée pour la première police, la deuxième pour les deuxième, troisième et quatrième polices et la troisième pour

fifth policy. The policies are “occurrence policies” which insure Progressive against damage caused by “occurrences” or “accidents”. The policies require Lombard to defend and indemnify Progressive when Progressive is legally obligated to pay damages because of property damage caused by an occurrence or accident.

[4] Lombard initially defended Progressive, but later withdrew claiming that it had no duty to defend because the claims were not covered under the insurance policies. The withdrawal was, at least in part, a result of a prior B.C. Supreme Court decision, *Swagger Construction Ltd. v. ING Insurance Co. of Canada*, 2005 BCSC 1269, 47 B.C.L.R. (4th) 75 (“*Swagger*”), which found that similar damage was not covered by a similar insurance policy.

[5] Progressive brought an application for a declaration that Lombard is under a duty to defend in the four actions.

#### B. Pleadings

[6] The issue of the duty to defend requires the consideration of the pleadings in the actions against Progressive to determine if there is a possibility of the claims falling within the insurance coverage. There are four actions against Progressive — one for each housing unit. The four sets of pleadings are very similar. The pleadings allege that Progressive was negligent in its construction of the housing units and that it breached its contract with BC Housing. The pleadings allege that Progressive’s conduct resulted in the following:

#### DEFECTS

29. As a result of the breaches of contract by Progressive and the negligence of the Defendants and others, and all of them, the Development has

la cinquième police. Il s’agit de « polices sur une base d’événement » qui offrent une couverture à Progressive contre les dommages causés par des « événements » ou des « accidents ». Aux termes des polices, Lombard est tenue de défendre et d’indemniser Progressive lorsque celle-ci est légalement responsable de payer des dommages-intérêts qui résultent de dommages matériels causés par un événement ou un accident.

[4] Lombard a initialement défendu Progressive, mais s’est ensuite désistée alléguant n’avoir aucune obligation de la défendre parce que les demandes d’indemnisation n’étaient pas couvertes par les polices d’assurance. Ce désistement faisait suite, du moins en partie, à une décision antérieure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, *Swagger Construction Ltd. c. ING Insurance Co. of Canada*, 2005 BCSC 1269, 47 B.C.L.R. (4th) 75 (« *Swagger* »), où la cour a conclu que des dommages semblables n’étaient pas couverts par une police d’assurance semblable.

[5] Progressive a présenté une demande en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que Lombard avait l’obligation de la défendre dans le cadre des quatre actions.

#### B. Actes de procédure

[6] La question de l’obligation de défendre nous impose d’examiner les actes de procédure produits dans le cadre des actions contre Progressive en vue de déterminer s’il est possible que les demandes d’indemnisation soient couvertes par les polices d’assurance. Il y a quatre actions contre Progressive — une pour chaque complexe d’habitation. Les quatre dossiers d’actes de procédure sont très semblables. Selon les actes de procédure, Progressive a fait preuve de négligence dans la construction des complexes d’habitation et a violé le contrat qu’elle avait conclu avec BC Housing. On y allègue, à ce titre, que la conduite de Progressive a donné lieu à ce qui suit :

#### [TRADUCTION]

#### VICES

29. En conséquence de la rupture du contrat par Progressive et de la négligence des défendeurs, d’autres et de l’ensemble de ceux-ci, le projet souffre, depuis

sustained since the date of construction and continues to sustain defects and ongoing damage including the following:

- (a) water leaking through the exterior walls;
- (b) improper and incomplete installation and construction of framing, stucco walls, vinyl siding, windows, sheathing paper, flashings, ventilation, walkway membranes, flashing membranes, eaves troughs, downspouts, gutters, drains, balcony decks, pedestrian walkways, railings, roofs, and patio doors;
- (c) insufficient venting and drainage of wall systems;
- (d) inadequate exhaust ventilation system;
- (e) water leaking through the windows;
- (f) improper use of caulking;
- (g) poorly assembled and installed windows;
- (h) deterioration of the building components resulting from water ingress and infiltration

all of which are collectively referred to as the “Defects” and were caused by the Defendants and all of which constitute further breaches of the terms of the agreements referenced above.

30. As a reasonably foreseeable consequence of Defects and particulars outlined above, significant portions of the Development have suffered since the date of construction and continue to suffer considerable moisture penetration, resultant rot and infestation which has caused the Development to be unsafe and hazardous and to pose a substantial physical danger to the health and safety of the occupants.

la date de construction, et continue de souffrir de vices et de dommages, y compris :

- a) d’infiltration d’eau par les murs extérieurs;
- b) d’une installation et d’une construction irrégulières et incomplètes de la charpente, des murs en stuc, du bardage en vinyle, des fenêtres, du papier de revêtement, des solins, de la ventilation, des membranes pour passerelle, des membranes à solin, des gouttières, des tuyaux de descente, des chéneaux, des drains, des balcons-terrasses, des allées piétonnes, des garde-corps, des toits et des portes panoramiques coulissantes;
- c) de ventilation et de drainage insuffisants des systèmes muraux;
- d) d’un système de ventilation par aspiration inapproprié;
- e) d’infiltration d’eau par les fenêtres;
- f) d’une utilisation inappropriée du calfeutrage;
- g) de fenêtres mal assemblées et mal installées;
- h) de détérioration des éléments de l’édifice à la suite de l’infiltration d’eau,

collectivement appelés les « vices ». Ils ont tous été causés par les défendeurs et ils constituent des violations additionnelles des conditions des ententes mentionnées précédemment.

30. Comme conséquence raisonnablement prévisible des vices et des éléments énumérés précédemment, des parties importantes du projet souffrent, depuis la date de construction, et continuent de souffrir, d’un excès d’humidité important, ce qui a entraîné de la pourriture et une infestation, de sorte que le projet est dangereux et pose un risque physique sérieux pour la santé et la sécurité des occupants.

#### DAMAGES

33. As a result of the Defects and of the negligence and breaches of contract by the Defendants the Plaintiffs have suffered damages including but not limited to the following:
- (a) inspection and professional advice concerning the Defects;

#### DOMMAGES

33. En raison des vices touchant les bâtiments, ainsi que de la négligence des défendeurs et de la rupture par eux du contrat, les demandeurs ont subi des dommages, notamment :
- a) l’inspection et l’avis professionnels portant sur les vices;

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>(b) cost to date of remedial work, both permanent and temporary;</li> <li>(c) cost of relocation and alternate housing of tenants during remediation work and other tenant expenses;</li> <li>(d) diminution in value of the Development; and</li> <li>(e) expense, inconvenience and hardship caused by the construction and design deficiencies and their repair.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>b) les frais engagés à ce jour pour les travaux de réparation, permanents et temporaires;</li> <li>c) les frais de réinstallation et de logement des locataires pendant les travaux de réparation et autres frais engagés pour les locataires;</li> <li>d) la diminution de la valeur du projet;</li> <li>e) les dépenses, les inconvénients et les difficultés qui résultent des vices de construction et de conception et de leurs réparations.</li> </ul> |
|---|---|

In essence, the pleadings allege that the condos were inadequately constructed, resulting in significant water damage.

[7] Progressive asserts that the inadequate construction was completed by subcontractors. The pleadings identify several subcontractors who were responsible for the installation of vinyl decking, a waterproof membrane and a ventilation system.

### C. *Insurance Policies*

[8] At all material times Progressive has had successive CGL policies in place from 1987 to 2005. While the details of the individual policies differ, the basic features of the policies are the same. Under each policy, Progressive is covered (subject to specific exclusions) for property damage caused by an accident. The description of coverage is not materially different in each version of the policy. The first policy states:

#### COVERAGE B – Property Damage Liability

To pay on behalf of the Insured all sums which the Insured shall become legally obligated to pay as damages because of property damage caused by accident.

[9] Under each policy, Lombard owes a duty to defend Progressive. For example, the first policy states:

As respects insurance afforded by this form, the Insurer shall:

Essentiellement, il est allégué dans les actes de procédure que les condominiums ont été mal construits, ce qui a entraîné des dégâts d'eau importants.

[7] Progressive affirme que les travaux de construction inadéquats ont été achevés par des sous-traitants. Plusieurs sous-traitants chargés de l'installation de panneaux de toit en vinyle, d'une membrane d'étanchéité et d'un système de ventilation sont identifiés dans les actes de procédures.

### C. *Polices d'assurance*

[8] Pendant toute la période pertinente, Progressive a souscrit des polices ARCE successives, lesquelles étaient en vigueur de 1987 à 2005. Bien que les détails des polices individuelles diffèrent, leurs caractéristiques fondamentales sont les mêmes. Selon chaque police, Progressive est assurée (sous réserve d'exceptions particulières) contre les dommages matériels causés par un accident. La description de la protection n'est pas véritablement différente d'une version de la police à l'autre. Voici le libellé de la première police :

[TRADUCTION]

#### COUVERTURE B – Responsabilité pour les dommages matériels

Verser pour le compte de l'assuré toute somme qu'il est légalement tenu de verser à titre de dommages-intérêts pour tout dommage matériel causé par un accident.

[9] Aux termes de chaque police, Lombard a l'obligation de défendre Progressive. Par exemple, la première police prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'assurance offerte par la présente police, l'assureur doit :

(1) defend in the name and on behalf of the Insured and at the cost of the Insurer any civil action which may at any time be brought against the Insured on account of such bodily injury or property damage but the Insurer shall have the right to make such investigation, negotiation and settlement of any claim as may be deemed expedient by the Insurer; [Emphasis added.]

[10] “Property damage” is a defined term in the policies. The first policy defines “property damage” as:

“Property damage” means (1) physical injury to or destruction of tangible property which occurs during the policy period, including the loss of use thereof at any time resulting therefrom, or (2) loss of use of tangible property which has not been physically injured or destroyed provided such loss of use is caused by an accident occurring during the policy period.

[11] “Accident” is a defined term in the first policy:

“Accident” includes continuous or repeated exposure to conditions which result in property damage neither expected nor intended from the standpoint of the Insured.

In subsequent policies, the term “occurrence” is used. It is defined in the second and third versions of the policy as:

“Occurrence” means an accident, including continuous or repeated exposure to substantially the same general harmful conditions.

[12] Even if the claims fall within the initial grant of coverage — that is, there is property damage caused by an accident — then coverage may still be excluded if the insurance company shows that an exclusion clause applies. Of particular importance to this appeal is the “work performed” exclusion, which appears in three forms in the successive policies. This exclusion precludes coverage for damage to the insured’s own work once it has been completed. The details of this exclusion will be examined more closely below.

(1) assumer à ses frais, au nom et pour le compte de l’assuré, la défense de toute action civile pouvant en tout temps être intentée contre l’assuré pour cause de lésions corporelles ou de dommages matériels, mais l’assureur se réserve le droit de faire toute enquête, de s’engager dans toute négociation et de conclure toute transaction, selon ce qu’il estime opportun; [Je souligne.]

[10] Les polices définissent le terme « dommages matériels ». Voici la définition qu’en donne la première police :

[TRADUCTION] « Dommages matériels » S’entend des (1) dommages causés à des biens matériels, ou de la destruction de tels biens, au cours de la période d’assurance, y compris la perte de jouissance consécutive à tels dommages, ou de (2) la perte de jouissance d’un bien matériel qui n’a pas été endommagé ou détruit, dans la mesure où cette perte de jouissance découle d’un accident survenu au cours de la période d’assurance.

[11] Le terme « accident » est ainsi défini dans la première police :

[TRADUCTION] « Accident » Est assimilée à un accident l’exposition continue ou répétée à des conditions qui entraînent des dommages matériels qui n’étaient ni prévus ni voulus par l’assuré.

Dans les polices ultérieures, figure le terme « événement ». Il est ainsi défini dans les deuxième et troisième versions de la police :

[TRADUCTION] « Événement » S’entend d’un accident, y compris l’exposition continue ou répétée à une situation préjudiciable essentiellement équivalente.

[12] Même si les demandes emportent l’application de la protection initiale — c’est-à-dire qu’il y a un dommage matériel causé par un accident — la couverture peut tout de même être écartée si la compagnie d’assurances démontre qu’une clause d’exclusion s’applique. Dans le présent pourvoi, la clause relative à l’exclusion des « travaux exécutés », dont il existe trois versions dans les polices successives, est particulièrement importante. Cette clause d’exclusion empêche l’application de la protection à l’égard des dommages causés aux travaux exécutés par l’assurée elle-même une fois qu’ils sont terminés. Les détails de cette exclusion feront l’objet d’un examen plus approfondi ci-après.

## II. Judicial History

### A. *Supreme Court of British Columbia, 2007 BCSC 439, 71 B.C.L.R. (4th) 113*

[13] Mr. Justice Cohen examined the pleadings and policies to determine whether there was a possibility that the claims in the pleadings fell within the insurance coverage. He concluded that Lombard did not owe a duty to defend. Cohen J. followed a line of authority, most recently the *Swagger* decision, that upheld the proposition that defective construction is not an “accident” unless it causes damage to the property of a third party. He found that the court could not artificially divide the insured’s work into its component parts for the purpose of establishing resulting property damage.

[14] Cohen J. concluded that the pleadings against Progressive were “simply [a] claim for the cost of remediating parts of the unified whole and not ‘property damage’” (para. 57). Therefore, the claims did not fall within the initial grant of coverage under the policies and Lombard did not owe a duty to defend.

### B. *Court of Appeal for British Columbia, 2009 BCCA 129, 90 B.C.L.R. (4th) 297*

[15] A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. Ryan J.A., writing for herself and Kirkpatrick J.A., accepted that the duty to defend must be resolved on the wording of the policy. She also accepted that the plain meaning of the insuring provisions could support the conclusion that the claims against Progressive fell within the insurance coverage. However, she concluded that “such an interpretation flies in the face of the underlying assumption that insurance is designed to provide for fortuitous contingent risk” (para. 69). In her view, damage resulting from faulty workmanship could not be considered fortuitous.

[16] In any event, Ryan J.A. examined the “work performed” exclusion contained in the contracts.

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2007 BCSC 439, 71 B.C.L.R. (4th) 113*

[13] Le juge Cohen a examiné les actes de procédure et les polices pour déterminer s’il était possible que les demandes soient couvertes. Il a conclu que Lombard n’avait pas l’obligation de défendre l’assurée. Il s’est appuyé sur un courant jurisprudentiel, dans lequel s’inscrit la récente décision *Swagger*, qui confirmait le principe selon lequel un vice de construction n’est pas un « accident », à moins qu’il ne cause des dommages aux biens d’un tiers. Le juge Cohen a conclu que la cour ne pouvait diviser artificiellement les travaux de l’assurée en parties dans le but d’établir les dommages matériels.

[14] Le juge Cohen a conclu que les actes de procédure déposés contre Progressive [TRADUCTION] « n’étaient qu’[une] demande pour recouvrer des frais de réparation de certaines parties d’un tout, et non des frais découlant de “dommages matériels” » (par. 57). Par conséquent, les demandes n’emportaient pas l’application de la protection initiale offerte par les polices et Lombard n’avait pas l’obligation de défendre.

### B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2009 BCCA 129, 90 B.C.L.R. (4th) 297*

[15] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel. La juge Ryan, s’exprimant en son nom et au nom de la juge Kirkpatrick, a reconnu que la question de l’obligation de défendre devait être tranchée en fonction du libellé de la police. Elle a également reconnu que le sens ordinaire des clauses d’assurance pouvait appuyer la conclusion selon laquelle les demandes d’indemnisation formulées contre Progressive étaient couvertes. Toutefois, elle a conclu qu’une [TRADUCTION] « telle interprétation contredit la présomption sous-jacente que l’assurance vise à parer au risque fortuit éventuel » (par. 69). À son avis, les dommages découlant d’une malfaçon ne pouvaient être considérés comme fortuits.

[16] Quoi qu’il en soit, la juge Ryan a examiné la clause d’exclusion des « travaux exécutés » qui

Ryan J.A. accepted that in some circumstances work performed by a subcontractor could be covered by the policies, but only if the damage was caused by a distinct item installed by a subcontractor, such as a boiler exploding. However, she found that this was not the situation in this appeal. On her reading, the pleadings alleged that integral parts of the building itself failed to function properly and were not “distinct” components that could be covered. Therefore, she held that Lombard did not owe a duty to defend.

[17] Madam Justice Huddart dissented. She found that the language of the policies supported the conclusion that damage resulting from subcontractor negligence is covered. In her view, the definition of property damage could apply where the damage was to the same building out of which the damage arose. On her reading of the policies, the exclusion clauses did not exclude damage resulting from work by subcontractors. Huddart J.A. would have found that Lombard owed a duty to defend.

### III. Issue

[18] The only issue in this appeal is whether Lombard owes a duty to defend the claims against Progressive.

### IV. Analysis

#### A. *The Duty to Defend*

[19] An insurer is required to defend a claim where the facts alleged in the pleadings, if proven to be true, would require the insurer to indemnify the insured for the claim (*Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801, at pp. 810-11; *Monenco Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.*, 2001 SCC 49, [2001] 2 S.C.R. 699, at para. 28; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744, at paras. 54-55). It is irrelevant whether the allegations in the pleadings can be proven in

figure dans les contrats. Elle a reconnu que, dans certaines circonstances, les travaux exécutés par un sous-traitant pouvaient être couverts par les polices, mais seulement si les dommages étaient causés par un élément distinct installé par un sous-traitant, comme une chaudière qui explose. Elle a toutefois conclu que ce n'était pas le cas en l'espèce. Selon son interprétation, il était allégué dans les actes de procédure que des parties intégrantes de l'édifice ne fonctionnaient pas correctement et n'étaient pas des éléments « distincts » couverts. Par conséquent, elle a décidé que Lombard n'avait pas l'obligation de défendre.

[17] La juge Huddart était dissidente. Elle était d'avis que le libellé des polices permettait de conclure que les dommages causés par la négligence d'un sous-traitant sont couverts. Selon elle, la définition de « dommages matériels » s'applique quand les dommages sont causés au même édifice d'où ils découlent. D'après son interprétation des polices, les clauses d'exclusion n'excluaient pas les dommages résultant du travail des sous-traitants. La juge Huddart aurait conclu que Lombard avait une obligation de défendre.

### III. Question en litige

[18] La seule question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si Lombard a une obligation de défendre Progressive dans le cadre des actions intentées contre cette dernière.

### IV. Analyse

#### A. *L'obligation de défendre*

[19] L'assureur est tenu d'opposer une défense si les actes de procédure énoncent des faits qui, s'ils se révélaient véridiques, exigeraient qu'il indemnise l'assuré relativement à la demande (*Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801, p. 810-811; *Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co.*, 2001 CSC 49, [2001] 2 R.C.S. 699, par. 28; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744, par. 54-55). Il n'est pas pertinent de savoir si les allégations contenues dans

evidence. That is to say, the duty to defend is not dependent on the insured actually being liable and the insurer actually being required to indemnify. What is required is the mere possibility that a claim falls within the insurance policy. Where it is clear that the claim falls outside the policy, either because it does not come within the initial grant of coverage or is excluded by an exclusion clause, there will be no duty to defend (see *Nichols*, at p. 810; *Monenco*, at para. 29).

[20] In examining the pleadings to determine whether the claims fall within the scope of coverage, the parties to the insurance contract are not bound by the labels selected by the plaintiff (*Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, at paras. 79 and 81). The use or absence of a particular term will not determine whether the duty to defend arises. What is determinative is the true nature or the substance of the claim (*Scalera*, at para. 79; *Monenco*, at para. 35; *Nichols*, at p. 810).

#### B. *General Principles of Insurance Policy Interpretation*

[21] Principles of insurance policy interpretation have been canvassed by this Court many times and I do not intend to give a comprehensive review here (see, e.g., *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605, at paras. 20-28; *Jesuit Fathers*, at paras. 27-30; *Scalera*, at paras. 67-71; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, at pp. 92-93; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 899-902). However, a brief review of the relevant principles may be a useful introduction to the interpretation of the CGL policies that follow.

[22] The primary interpretive principle is that when the language of the policy is unambiguous, the court should give effect to clear language, reading the contract as a whole (*Scalera*, at para. 71).

les actes de procédure peuvent être prouvées. Autrement dit, l'obligation de défendre ne dépend ni du fait que l'assuré soit réellement responsable ni du fait que l'assureur soit réellement tenu de l'indemniser. Ce qu'il faut, c'est la simple possibilité que la demande relève de la police d'assurance. Lorsqu'il ressort clairement que la demande ne relève pas de la portée de la police, soit parce qu'elle n'est pas visée par la protection initiale, soit en raison d'une clause d'exclusion, il n'y a pas d'obligation de défendre (voir *Nichols*, p. 810; *Monenco*, par. 29).

[20] En examinant les actes de procédure pour déterminer si les demandes relèvent de la portée de la police, les parties au contrat d'assurance ne sont pas liées par la terminologie employée par le demandeur (*Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, par. 79 et 81). L'utilisation ou l'absence d'un terme particulier ne sera pas déterminant quant à l'existence ou non d'une obligation de défendre. Ce qui compte, c'est la nature véritable ou le contenu de la demande (*Scalera*, par. 79; *Monenco*, par. 35; *Nichols*, p. 810).

#### B. *Principes généraux applicables à l'interprétation des polices d'assurance*

[21] Les principes applicables à l'interprétation des polices d'assurance ont été examinés par la Cour à de nombreuses reprises et je n'ai pas l'intention d'en faire ici un examen exhaustif (voir, p. ex., *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 20-28; *Jesuit Fathers*, par. 27-30; *Scalera*, par. 67-71; *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, p. 92-93; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 899-902). Toutefois, un bref rappel des principes pertinents peut être une introduction utile à l'interprétation qui suit des polices ARCE.

[22] Selon le premier principe d'interprétation, lorsque le texte de la police n'est pas ambigu, le tribunal doit l'interpréter en donnant effet à son libellé non équivoque et en le considérant dans son ensemble (*Scalera*, par. 71).

[23] Where the language of the insurance policy is ambiguous, the courts rely on general rules of contract construction (*Consolidated-Bathurst*, at pp. 900-902). For example, courts should prefer interpretations that are consistent with the reasonable expectations of the parties (*Gibbens*, at para. 26; *Scalera*, at para. 71; *Consolidated-Bathurst*, at p. 901), so long as such an interpretation can be supported by the text of the policy. Courts should avoid interpretations that would give rise to an unrealistic result or that would not have been in the contemplation of the parties at the time the policy was concluded (*Scalera*, at para. 71; *Consolidated-Bathurst*, at p. 901). Courts should also strive to ensure that similar insurance policies are construed consistently (*Gibbens*, at para. 27). These rules of construction are applied to resolve ambiguity. They do not operate to create ambiguity where there is none in the first place.

[24] When these rules of construction fail to resolve the ambiguity, courts will construe the policy *contra proferentem* — against the insurer (*Gibbens*, at para. 25; *Scalera*, at para. 70; *Consolidated-Bathurst*, at pp. 899-901). One corollary of the *contra proferentem* rule is that coverage provisions are interpreted broadly, and exclusion clauses narrowly (*Jesuit Fathers*, at para. 28).

[25] With these interpretive principles in mind, I turn to the insurance policies at issue in this appeal.

### C. *The Lombard Insurance Policies*

[26] The insurance contracts in this appeal are CGL policies. CGL insurance policies typically consist of several sections (see *Jesuit Fathers*, at para. 34; see also M. G. Lichty and M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (loose-leaf), vol. 1, at p. 1-9). The policy will set out the types of coverage contained in the agreement, for example, property damage caused by an accident.

[27] This is typically followed by specific exclusions to coverage. Exclusions do not create coverage — they preclude coverage when the claim

[23] Lorsque le libellé de la police d'assurance est ambigu, les tribunaux s'appuient sur les règles générales d'interprétation des contrats (*Consolidated Bathurst*, p. 900-902). Par exemple, les tribunaux devraient privilégier des interprétations qui sont conformes aux attentes raisonnables des parties (*Gibbens*, par. 26; *Scalera*, par. 71; *Consolidated Bathurst*, p. 901), tant que le libellé de la police peut étayer de telles interprétations. Les tribunaux devraient éviter les interprétations qui aboutiraient à un résultat irréaliste ou que n'auraient pas envisagé les parties au moment où la police a été contractée (*Scalera*, par. 71; *Consolidated Bathurst*, p. 901). Les tribunaux devraient aussi faire en sorte que les polices d'assurance semblables soient interprétées d'une manière uniforme (*Gibbens*, par. 27). Ces règles d'interprétation visent à lever toute ambiguïté. Elles n'ont pas pour objet de créer d'ambiguïté lorsqu'il n'y en a pas au départ.

[24] Lorsque ces règles d'interprétation ne permettent pas de dissiper l'ambiguïté, les tribunaux interprètent la police *contra proferentem* — contre l'assureur (*Gibbens*, par. 25; *Scalera*, par. 70; *Consolidated Bathurst*, p. 899-901). Ce principe a pour corollaire que les dispositions concernant la protection reçoivent une interprétation large, et les clauses d'exclusion, une interprétation restrictive (*Jesuit Fathers*, par. 28).

[25] En tenant compte de ces principes d'interprétation, je vais examiner les polices d'assurance en cause dans le présent pourvoi.

### C. *Les polices d'assurance de Lombard*

[26] Les contrats d'assurance en l'espèce sont des polices ARCE qui sont généralement composées de plusieurs clauses (voir *Jesuit Fathers*, par. 34; voir aussi M. G. Lichty et M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-9). Elles préciseront les types de protection offerts dans le contrat, par exemple les dommages matériels causés par un accident.

[27] En général, le contrat stipule ensuite les exclusions particulières de garantie. Ces exclusions ne créent pas une protection — elles empêchent

otherwise falls within the initial grant of coverage. Exclusions, should, however, be read in light of the initial grant of coverage (*Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 1, at p. 1-10).

[28] A CGL policy may also contain exceptions to exclusions. Exceptions also do not create coverage — they bring an otherwise excluded claim back within coverage, where the claim fell within the initial grant of coverage in the first place (*Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 1, at p. 1-10). Because of this alternating structure of the CGL policy, it is generally advisable to interpret the policy in the order described above: coverage, exclusions and then exceptions.

#### (1) Coverage

[29] Each insurance policy covers property damage caused by an accident. The question, then, is what are the meanings of “property damage” and “accident” in these policies. The onus is on the insured, Progressive, to show that the pleadings fall within the initial grant of coverage.

#### (a) *Property Damage*

[30] The definition of “property damage” in the first policy is:

“Property damage” means (1) physical injury to or destruction of tangible property which occurs during the policy period, including the loss of use thereof at any time resulting therefrom, or (2) loss of use of tangible property which has not been physically injured or destroyed provided such loss of use is caused by an accident occurring during the policy period.

In later versions of the policies, the references to destruction were removed:

“Property damage” means:

- a. Physical injury to tangible property, including all resulting loss of use of that property; or

l’application de la protection lorsque la demande d’indemnisation relève par ailleurs de la protection initiale. Elles doivent toutefois être lues à la lumière de la protection initiale (*Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 1, p. 1-10).

[28] Les polices ARCE peuvent aussi prévoir des exceptions aux exclusions. Ces exceptions ne créent pas non plus une protection — elles font en sorte qu’une demande d’indemnisation autrement exclue soit couverte, lorsque la demande en question relevait de la protection initiale (*Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 1, p. 1-10). En raison de cette structure alternative des polices ARCE, il est généralement recommandé de les interpréter dans l’ordre décrit précédemment : protection, exclusions puis exceptions.

#### (1) Protection

[29] Chaque police d’assurance couvre les dommages matériels causés par un accident. La question est alors de savoir quel est le sens des termes « dommages matériels » et « accident » qui figurent dans ces polices. Il incombe à l’assurée, Progressive en l’occurrence, de prouver que les dommages allégués dans les actes de procédure relèvent de la protection initiale.

#### a) *Dommages matériels*

[30] Voici comment la première police définit l’expression « dommages matériels » :

[TRADUCTION] « Dommages matériels » S’entend des (1) dommages causés à des biens matériels, ou de la destruction de tels biens, au cours de la période d’assurance, y compris la perte de jouissance consécutive à tels dommages, ou de (2) la perte de jouissance d’un bien matériel qui n’a pas été endommagé ou détruit, dans la mesure où cette perte de jouissance découle d’un accident survenu au cours de la période d’assurance.

Dans les versions subséquentes des polices, la notion de « destruction » a été supprimée :

[TRADUCTION] « Dommages matériels »

- a. Dommages à des biens matériels, y compris la perte de jouissance consécutive à tels dommages;

b. Loss of use of tangible property that is not physically injured.

[31] Lombard's main argument is that "property damage" does not result from damage to one part of a building arising from another part of the same building. According to Lombard, damage to other parts of the same building is pure economic loss, not property damage. What follows from this argument is that "property damage" is limited to third-party property.

[32] Lombard's argument stems from a distinction between property damage and pure economic loss that is drawn in tort law. It relies on a passage from this Court's decision in *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85. This was a claim in negligence against a general contractor, subcontractor and architect after a storey-high section of cladding fell from the side of a building to the ground below. The Court found that the loss was not property damage, but a recoverable form of economic loss. The passage on which Lombard relies is the adoption of an excerpt from a House of Lords decision, which rejects the notion that a building can be subdivided into its component parts for the purpose of finding resulting property damage. At para. 15 of *Winnipeg Condominium*, La Forest J. stated:

In [*Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.)], at pp. 926-28, Lord Bridge reconsidered and rejected the "complex structure" theory he had suggested in *D & F Estates*, criticizing the theory on the following basis (at p. 928):

The reality is that the structural elements in any building form a single indivisible unit of which the different parts are essentially interdependent. To the extent that there is any defect in one part of the structure it must to a greater or lesser degree necessarily affect all other parts of the structure. Therefore any defect in the structure is a defect in the quality of the whole and it is quite artificial, in order to impose a legal liability which the law would not otherwise

b. Perte de jouissance d'un bien matériel qui n'a pas été endommagé.

[31] Le principal argument avancé par Lombard est que les « dommages matériels » ne découlent pas des dommages causés à une partie d'un édifice par une autre partie de ce même édifice. Selon elle, les dommages causés à d'autres parties du même édifice ne représentent qu'une perte purement financière, et non des dommages matériels. Il découle de cet argument que les « dommages matériels » sont limités aux biens d'autrui.

[32] Lombard tire son argument de la distinction établie en droit de la responsabilité délictuelle entre les dommages matériels et la perte purement financière. Elle s'appuie sur un extrait de l'arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, de notre Cour. Dans cette affaire, il était question d'une poursuite pour négligence contre l'entrepreneur général, le sous-traitant et l'architecte après qu'une partie du revêtement, d'une hauteur d'un étage, se soit détachée de l'immeuble et soit tombée au sol. La Cour a conclu que la perte ne constituait pas des dommages matériels, mais représentait une perte économique susceptible de donner lieu à indemnisation. L'extrait sur lequel s'appuie Lombard est un passage, auquel a souscrit la Cour, d'une décision de la Chambre des lords, qui rejette l'idée qu'un édifice puisse être fractionné en parties dans le but de déterminer les dommages matériels. Au paragraphe 15 de *Winnipeg Condominium*, le juge La Forest a affirmé ce qui suit :

Dans l'arrêt [*Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.)], aux pp. 926 à 928, lord Bridge a réexaminé et rejeté la théorie de la « structure complexe » qu'il avait proposée dans l'arrêt *D & F Estates*, formulant à l'égard de cette théorie la critique suivante (à la p. 928) :

[TRADUCTION] En réalité, les éléments structurels de n'importe quel bâtiment forment un tout indivisible dont les différentes parties sont essentiellement interdépendantes. Si une partie de la structure comporte un vice, celui-ci a nécessairement une incidence plus ou moins grande sur chacune des autres parties. Tout vice de la structure compromet donc la qualité de l'ensemble, et il est tout à fait artificiel, dans le but d'imposer une responsabilité que la loi

impose, to treat a defect in an integral structure, so far as it weakens the structure, as a dangerous defect liable to cause damage to 'other property'.

A critical distinction must be drawn here between some part of a complex structure which is said to be a 'danger' only because it does not perform its proper function in sustaining the other parts and some distinct item incorporated in the structure which positively malfunctions so as to inflict positive damage on the structure in which it is incorporated. Thus, if a defective central heating boiler explodes and damages a house or a defective electrical installation malfunctions and sets the house on fire, I see no reason to doubt that the owner of the house, if he can prove that the damage was due to the negligence of the boiler manufacturer in the one case or the electrical contractor in the other, can recover damages in tort on *Donoghue v. Stevenson* principles.

I am in full agreement with Lord Bridge's criticisms of the "complex structure" theory. [Emphasis added.]

[33] After the defendants were found liable in *Winnipeg Condominium*, the general contractor, Bird, sought indemnification from its insurer in *Bird Construction Co. v. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1996] 7 W.W.R. 609. The Manitoba Court of Appeal relied on the passage from *Winnipeg Condominium* to conclude that the claim was not covered because it was not a claim for property damage (para. 11). However, the court also found that coverage was precluded because of a specific exclusion for work performed by or on behalf of the policyholder (para. 12).

[34] Lombard relies on this reasoning to assert its position that "property damage" in the CGL policies cannot mean damage caused by other parts of the same building. Lombard argues that property damage is limited to third-party property damage and does not include damage to the insured's own work.

n'imposerait pas par ailleurs, de considérer un vice d'une structure intégrale, dans la mesure où il affaiblit cette structure, comme dangereux et susceptible d'endommager un « autre bien ».

Une distinction cruciale doit être faite ici entre une partie quelconque d'une structure complexe que l'on dit « dangereuse » du seul fait qu'elle ne remplit pas bien son rôle de soutien des autres parties, et quelque élément distinct incorporé dans la structure, qui fonctionne indéniablement mal au point de causer des dommages à la structure dans laquelle il est incorporé. Ainsi, si une chaudière défectueuse, dans un système de chauffage central, explose et endommage une maison, ou si une installation électrique défectueuse fonctionne mal et cause un incendie dans la maison, je ne vois aucune raison de douter que le propriétaire des lieux, pour peu qu'il soit en mesure de prouver que les dommages ont résulté de la négligence du fabricant de la chaudière dans le premier cas, ou de l'entrepreneur électricien dans l'autre cas, peut obtenir une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle selon les principes de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*.

Je souscris entièrement aux critiques formulées par lord Bridge à l'égard de la théorie de la « structure complexe ». [Je souligne.]

[33] Après que la Cour eut conclu à la responsabilité des défenderesses dans *Winnipeg Condominium*, l'entrepreneur général, Bird, a cherché à être indemnisé par son assureur dans *Bird Construction Co. c. Allstate Insurance Co. of Canada*, [1996] 7 W.W.R. 609. La Cour d'appel du Manitoba s'est fondée sur le passage de *Winnipeg Condominium* cité précédemment pour conclure que la demande n'était pas couverte parce que ce n'était pas une demande pour dommages matériels (par. 11). Cependant, la cour a aussi conclu que la protection ne pouvait s'appliquer à cause d'une exclusion particulière relative aux travaux exécutés par le titulaire de la police ou en son nom (par. 12).

[34] Lombard se fonde sur ce raisonnement pour faire valoir sa thèse selon laquelle l'expression « dommages matériels » figurant dans les polices ARCE ne saurait s'entendre des dommages causés par les autres parties du même édifice. Lombard soutient que les dommages matériels sont limités aux dommages matériels causés à un tiers et ne comprennent pas les dommages causés aux travaux dont l'assurée est responsable.

[35] I cannot agree with Lombard’s interpretation of “property damage”. The focus of insurance policy interpretation should first and foremost be on the language of the policy at issue. General principles of tort law are no substitute for the language of the policy. I see no limitation to third-party property in the definition of “property damage”. Nor is the plain and ordinary meaning of the phrase “property damage” limited to damage to another person’s property. Indeed, the Ontario and Saskatchewan Courts of Appeal reached the same conclusion with respect to similar definitions of “property damage” in CGL policies: *Alie v. Bertrand & Frère Construction Co.* (2002), 222 D.L.R. (4th) 687 (Ont. C.A.), at paras. 26, 41 and 45, and *Bridgewood Building Corp. (Riverfield) v. Lombard General Insurance Co. of Canada* (2006), 266 D.L.R. (4th) 182 (Ont. C.A.), at paras. 6-7; *Westridge Construction Ltd. v. Zurich Insurance Co.*, 2005 SKCA 81, 269 Sask. R. 1, at para. 38.

[36] I would construe the definition of “property damage”, according to the plain language of the definition, to include damage to any tangible property. I do not agree with Lombard that the damage must be to third-party property. There is no such restriction in the definition.

[37] The plain meaning of “property damage” is consistent with reading the policy as a whole. Qualifying the meaning of “property damage” to mean third-party property would leave little or no work for the “work performed” exclusion (discussed in more detail below). Lombard argues that the exclusion clauses do not create coverage. This is true. But reading the insurance policy as a whole is not the same as conjuring up coverage when there was none in the first place. Consistency with the exclusion clauses is a further indicator that the plain meaning of “property damage” is the definition intended by the parties.

[35] Je ne peux souscrire à l’interprétation que propose Lombard de l’expression « dommages matériels ». L’interprétation des polices d’assurance devrait d’abord et avant tout porter sur le libellé de la police en cause. Les principes généraux du droit de la responsabilité délictuelle ne sauraient remplacer le libellé de la police. Je ne vois aucune restriction aux biens d’autrui dans la définition de « dommages matériels ». Le sens ordinaire de « dommages matériels » ne se limite pas non plus aux dommages causés aux biens d’une autre personne. De fait, les cours d’appel de l’Ontario et de la Saskatchewan sont arrivées à la même conclusion relativement à des définitions semblables de « dommages matériels » figurant dans des polices ARCE : *Alie c. Bertrand & Frère Construction Co.* (2002), 222 D.L.R. (4th) 687 (C.A. Ont.), par. 26, 41 et 45, et *Bridgewood Building Corp. (Riverfield) c. Lombard General Insurance Co. of Canada* (2006), 266 D.L.R. (4th) 182 (C.A. Ont.), par. 6 et 7; *Westridge Construction Ltd. c. Zurich Insurance Co.*, 2005 SKCA 81, 269 Sask. R. 1, par. 38.

[36] J’interprétera la définition de « dommages matériels » selon son sens ordinaire, de manière à inclure les dommages causés à tout bien matériel. Je ne suis pas d’accord avec Lombard pour dire que les dommages doivent avoir été causés aux biens d’autrui. Il n’y a aucune restriction de ce genre dans la définition.

[37] Le sens ordinaire de « dommages matériels » est compatible avec l’objet de la police, dégagé de la lecture du texte dans son ensemble. Si l’expression « dommages matériels » devait être interprétée comme ne s’appliquant qu’aux biens d’autrui, peu de travaux, voire aucun, seraient visés par l’exclusion relative aux « travaux exécutés » (examinée plus en détail plus loin). Lombard soutient que les clauses d’exclusion ne créent pas une protection. C’est vrai. Cependant, interpréter la police d’assurance dans son ensemble n’est pas la même chose que créer une protection alors qu’il n’y en avait pas au départ. Le fait que le sens ordinaire de l’expression « dommages matériels » soit compatible avec les clauses d’exclusion est un autre indice que c’est le sens que les parties ont voulu y donner.

[38] Does the definition of “property damage” exclude defects? Or, can defective property constitute “property damage” as defined in the policies? Progressive concedes that the effect of the definition of “property damage” is to exclude coverage for a claim to repair a defect. Lombard agrees that defects are not included in the definition of “property damage”.

[39] While this point was not contested and nothing turns on it in this appeal, it is not obvious to me that defective property cannot also be “property damage”. In particular, it may be open to argument that a defect could not amount to a “physical injury”, especially where the harm to the property is “physical” in the sense that it is visible or apparent (see, e.g., *Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 1, at p. 10-10). Moreover, where a defect renders the property entirely useless it may be arguable that defective property may be covered under “loss of use”, the second portion of the definition of “property damage”.

[40] I would also note that not barring defective property from the definition of “property damage” at the outset gives meaning to the exclusion clauses discussed below. Specifically, the second version of the policies expressly excludes coverage for defects. This would be redundant if defects were excluded from “property damage” at the outset. While perfect mutual exclusivity in an insurance contract is not required, this redundancy supports the view that the definition of “property damage” may not categorically exclude defective property.

[41] Do the pleadings allege “property damage”? In my view, they do. The pleadings describe water leaking in through windows and walls and allege “deterioration of the building components resulting from water ingress and infiltration”. The pleadings also describe defective property, which may also be “property damage”: e.g., improperly built walls,

[38] La définition de « dommages matériels » exclut-elle les vices? Ou, un bien défectueux peut-il constituer un « dommage matériel » tel que défini dans les polices? Progressive reconnaît que la définition de « dommages matériels » a pour effet d'exclure la protection relative à une demande pour le recouvrement des frais de réparation visant à remédier à un vice. Lombard convient que les vices sont exclus de la définition de « dommages matériels ».

[39] Bien que ce point ne soit pas contesté et qu'il n'ait aucune incidence sur le présent pourvoi, il ne m'apparaît pas évident qu'un bien défectueux ne peut pas également être un « dommage matériel ». Plus particulièrement, on pourrait débattre du fait qu'un vice ne constitue pas un « préjudice physique » surtout lorsque les dommages matériels sont « physiques », en ce sens qu'ils sont visibles ou apparents (voir, p. ex., *Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 1, p. 10-10). De plus, lorsque le vice rend le bien complètement inutilisable, on pourrait soutenir que le bien défectueux pourrait être couvert en raison de la « perte de jouissance », la deuxième partie de la définition de « dommages matériels ».

[40] Je mentionnerais aussi que le fait de ne pas exclure d'emblée les biens défectueux de la définition de « dommages matériels » donne un sens aux clauses d'exclusion dont il est question plus loin. Plus particulièrement, la deuxième version des polices exclut expressément la protection relative aux vices. Cela serait redondant si les vices étaient exclus de la définition de « dommages matériels » dès le départ. Bien qu'une exclusivité mutuelle parfaite ne soit pas obligatoire dans un contrat d'assurance, cette redondance étaye la thèse selon laquelle la définition n'exclut pas catégoriquement les biens défectueux.

[41] Les actes de procédure contiennent-ils des allégations de « dommages matériels »? À mon avis, ils en contiennent. Ils décrivent l'infiltration d'eau par les fenêtres et les murs et invoquent [TRADUCTION] « la détérioration des éléments de l'édifice à la suite de l'infiltration d'eau ». Ils décrivent également le bien défectueux, ce qui

inadequate ventilation system, poorly installed windows. Whether specific property actually falls within the definition of “property damage” is a matter to be determined on the evidence at trial. This meets the low threshold of showing that the pleadings reveal a possibility of property damage for the purpose of deciding whether Lombard owes a duty to defend.

(b) *Accident*

[42] Progressive must also show that the property damage described above was caused by an accident.

[43] “Accident” is defined in the first policy as:

“Accident” includes continuous or repeated exposure to conditions which result in property damage neither expected nor intended from the standpoint of the Insured.

As indicated before, essentially the same definition applies to “occurrence” which is used in later versions of the policies.

[44] Progressive again relies on the plain meaning of the definition of accident. It argues that “accident” includes the negligent act that caused damage that was neither expected nor intended by Progressive.

[45] Lombard disagrees. Lombard argues that when a building is constructed in a defective manner, the end result is a defective building, not an accident. It relies on case law that, in its view, supports its argument that faulty workmanship is not an accident (e.g., *Celestica Inc. v. ACE INA Insurance* (2003), 229 D.L.R. (4th) 392 (Ont. C.A.); *Erie Concrete Products Ltd. v. Canadian General Insurance Co.*, [1969] 2 O.R. 372 (H.C.J.); *Harbour Machine Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada* (1985), 60 B.C.L.R. 360 (C.A.); *Supercrete Precast Ltd. v. Kansa General Insurance Co.* (1990), 45

peut aussi constituer des « dommages matériels » : p. ex. les murs mal construits, le système de ventilation inapproprié, les fenêtres mal installées. La question de savoir si un bien particulier répond effectivement à la définition de « dommages matériels » est une question qui doit être tranchée en fonction de la preuve présentée lors du procès. Cela satisfait au critère peu élevé auquel il faut satisfaire pour prouver que les actes de procédure révèlent une possibilité de dommages matériels pour décider si Lombard a une obligation de défendre.

b) *Accident*

[42] Progressive doit aussi prouver que les dommages matériels décrits précédemment ont été causés par un accident.

[43] Le terme « accident » est ainsi défini dans la première version de la police :

[TRADUCTION] « Accident » Est assimilée à un accident l'exposition continue ou répétée à des conditions qui entraînent des dommages matériels qui n'étaient ni prévus ni voulus par l'assuré.

Comme je l'ai déjà indiqué, le terme « événement », qui est utilisé dans les versions subséquentes des polices, a essentiellement la même définition.

[44] Progressive se fonde encore une fois sur le sens ordinaire de la définition d'« accident ». Elle soutient que ce terme vise la conduite négligente ayant causé les dommages, lesquels n'étaient ni prévus ni voulus par Progressive.

[45] Lombard n'est pas d'accord. Elle prétend que lorsque la construction d'un édifice est défectueuse, il en résulte un édifice défectueux, pas un accident. Elle s'appuie sur la jurisprudence qui, à son avis, étaye son argument selon lequel la malfaçon ne constitue pas un accident (p. ex. *Celestica Inc. c. ACE INA Insurance* (2003), 229 D.L.R. (4th) 392 (C.A. Ont.); *Erie Concrete Products Ltd. c. Canadian General Insurance Co.*, [1969] 2 O.R. 372 (H.C.J.); *Harbour Machine Ltd. c. Guardian Insurance Co. of Canada* (1985), 60 B.C.L.R. 360 (C.A.); *Supercrete Precast Ltd. c. Kansa General*

C.C.L.I. 248 (B.C.S.C.)). It relies on Ryan J.A.'s conclusion, in the court below, that this interpretation would offend the assumption that insurance provides for fortuitous contingent risk. Lombard argues that interpreting accident to include defective workmanship would convert CGL policies into performance bonds. In my opinion, these general propositions advanced by Lombard do not hold upon closer examination.

[46] First, whether defective workmanship is an accident is necessarily a case-specific determination. It will depend both on the circumstances of the defective workmanship alleged in the pleadings and the way in which "accident" is defined in the policy. I, therefore, cannot agree with Lombard's view that faulty workmanship is *never* an accident. This Court's jurisprudence shows that there is no categorical bar to concluding in any particular case that defective workmanship is an accident. In *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309, at pp. 315-17, the Court found that the negligent repair of a crane constituted an accident. Therefore, I see no impediment to concluding the same in the present case, unless of course it is not supported by the specific language of the policy.

[47] Second, I cannot agree with Justice Ryan's conclusion that such an interpretation offends the assumption that insurance provides for fortuitous contingent risk. Fortuity is built into the definition of "accident" itself as the insured is required to show that the damage was "neither expected nor intended from the standpoint of the Insured". This definition is consistent with this Court's core understanding of "accident": "an unlooked-for mishap or an untoward event which is not expected or designed" (*Gibbens*, at para. 22; *Martin v. American International Assurance Life Co.*, 2003 SCC 16, [2003] 1 S.C.R. 158, at para. 20; *Canadian Indemnity*, at pp. 315-16; originating in *Fenton v. J. Thorley & Co., Ltd.*, [1903] A.C. 443, at p. 448).

*Insurance Co.* (1990), 45 C.C.L.I. 248 (C.S.C.-B.)). Elle s'appuie en outre sur la conclusion de la juge Ryan, de la Cour d'appel, selon laquelle cette interprétation serait contraire à la présomption voulant que le contrat d'assurance couvre le risque fortuit éventuel. Selon Lombard, interpréter le terme « accident » de manière à inclure la malfaçon équivaldrait à faire des polices ARCE une garantie de bonne exécution. À mon avis, ces arguments généraux invoqués par Lombard ne résistent pas à un examen approfondi.

[46] Premièrement, la question de savoir si la malfaçon constitue un accident est nécessairement propre aux faits de l'espèce. Elle dépend à la fois des circonstances de la malfaçon alléguée dans les actes de procédure et de la façon dont le terme « accident » est défini dans la police. Par conséquent, je ne peux souscrire à la thèse de Lombard selon laquelle la malfaçon n'est *jamais* un accident. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que rien n'empêche catégoriquement de conclure dans un cas particulier que la malfaçon est un accident. Dans *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309, aux p. 315-317, la Cour a conclu que la négligence dans les travaux de réparation d'une grue constituait un accident. Par conséquent, je ne vois aucun obstacle à conclure dans le même sens en l'espèce, à moins bien entendu que cela ne soit pas corroboré par le libellé de la police.

[47] Deuxièmement, je ne puis souscrire à la conclusion de la juge Ryan selon laquelle une telle interprétation va à l'encontre de la présomption voulant que le contrat d'assurance couvre le risque fortuit éventuel. La fortuité est intrinsèque à la définition d'« accident » puisque l'assuré est tenu de prouver que les dommages [TRADUCTION] « n'étaient ni prévus ni voulus par l'assuré ». Cette définition s'accorde avec notre interprétation d'« accident » : « une mésaventure inattendue ou [. . .] un malheur qui n'était ni prévu, ni recherché » (*Gibbens*, par. 22; *Martin c. American International Assurance Life Co.*, 2003 CSC 16, [2003] 1 R.C.S. 158, par. 20; *Canadian Indemnity*, p. 315-316; provenant de *Fenton c. J. Thorley &*

When an event is unlooked for, unexpected or not intended by the insured, it is fortuitous. This is a requirement of coverage; therefore, it cannot be said that this offends any basic assumption of insurance law.

[48] Finally, I am not persuaded by Lombard's argument that equating faulty workmanship to an accident will convert CGL policies into performance bonds. There seems to be a fairly significant difference between a performance bond and the CGL policies at issue in this case: a performance bond ensures that a work is *brought to completion* (*Couch on Insurance 3D* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 11, by L. R. Russ and T. F. Segalla, at p. 163-20), whereas the CGL policies in this case only cover damage to the insured's own work *once completed* (see *Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 2, at p. 22-1: "products-completed operations hazard"). In other words, the CGL policy picks up where the performance bond leaves off and provides coverage once the work is completed.

[49] "Accident" should be given the plain meaning prescribed to it in the policies and should apply when an event causes property damage neither expected nor intended by the insured. According to the definition, the accident need not be a sudden event. An accident can result from continuous or repeated exposure to conditions.

[50] In my view, the pleadings sufficiently allege an "accident". There is no reference to intentional conduct by Progressive which would suggest that the property damage was expected or intended. The pleadings allege negligence, which, on its face, suggests that the damage was fortuitous. In addition, it is clear from the pleadings that the damage alleged is the result of "continuous or repeated exposure to conditions", which squarely fits within the definition. If at trial it emerges that the damage was expected or intended by Progressive, then Lombard would not be required to indemnify Progressive.

*Co., Ltd.*, [1903] A.C. 443, p. 448). Quand un événement est imprévu, inattendu ou non recherché par l'assuré, il est fortuit. Il s'agit d'une condition de la protection; c'est pourquoi on ne peut pas dire qu'elle contrevient à une présomption fondamentale du droit des assurances.

[48] Enfin, l'argument de Lombard selon lequel interpréter la malfaçon comme un accident transformera les polices ARCE en garanties de bonne exécution ne me convainc pas. Il semble y avoir une différence assez importante entre une garantie de bonne exécution et les polices ARCE dont il est question en l'espèce : la garantie de bonne exécution garantit que les travaux seront *menés à terme* (*Couch on Insurance 3D* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 11, par L. R. Russ et T. F. Segalla, p. 163-20), alors que les polices ARCE en l'espèce ne couvrent que les dommages causés aux travaux exécutés par l'assuré *une fois qu'ils sont terminés* (voir *Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 2, p. 22-1 : [TRADUCTION] « risque après travaux »). Autrement dit, la police ARCE s'applique lorsque la garantie de bonne exécution ne s'applique plus et elle offre une protection une fois les travaux terminés.

[49] Le terme « accident » devrait avoir le sens ordinaire qui lui est donné dans les polices et devrait s'appliquer quand un événement cause des dommages matériels qui ne sont ni prévus ni voulus par l'assuré. Selon cette définition, un accident n'est pas nécessairement un événement soudain. Un accident peut découler d'une exposition continue ou répétée à certaines conditions.

[50] À mon avis, les actes de procédure comportent suffisamment d'allégations d'« accident ». Rien ne suggère que Progressive a agi intentionnellement, ce qui porterait à croire que les dommages matériels étaient prévus ou voulus. Les actes de procédure contiennent des allégations de négligence qui, à première vue, laissent entendre que les dommages étaient fortuits. De plus, il ressort clairement des actes de procédure que les dommages allégués découlent d'une [TRADUCTION] « exposition continue ou répétée à certaines conditions », ce qui correspond parfaitement à la définition. Si, au

However, the duty to defend only requires a possibility of coverage and I am satisfied that possibility is made out in this case.

## (2) Exclusions From Coverage

[51] Having found that the claims in the pleadings fall within the initial grant of coverage, the onus now shifts to Lombard to show that coverage is precluded by an exclusion clause. Because the threshold for the duty to defend is only the possibility of coverage, Lombard must show that an exclusion clearly and unambiguously excludes coverage (*Nichols*, at p. 808). For example, in *Nichols*, this Court found that an exclusion clause that stated that the policy did not apply to “any dishonest, fraudulent, criminal or malicious act or omission of an Insured” (p. 807) clearly and unambiguously precluded coverage for a claim against the insured for fraudulent conduct. Thus there was no possibility that the insurer would have to indemnify the insured on the claim as pleaded.

### (a) “*Work Performed*” Exclusion

[52] The central exclusion in this appeal is the “work performed” exclusion. This common exclusion clause and its relationship to work completed by subcontractors have received a great deal of attention, both in Canada and the United States (*Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 2, at pp. 22-4 and 22-11). The standard form version of the “work performed” exclusion precludes coverage for damage to the insured’s own work once it is completed. However, the text of this exclusion has been modified several times during Progressive’s coverage by Lombard. There are three versions of the “work performed” exclusion in Progressive’s successive CGL policies.

[53] Lombard’s primary submissions in this appeal were with respect to the proper construction

procès, il ressort que les dommages étaient prévus ou voulus par Progressive, Lombard ne serait donc pas tenue d’indemniser Progressive. Cependant, l’obligation de défendre n’exige qu’une possibilité de protection et je suis convaincu que cette possibilité est établie en l’espèce.

## (2) Exclusions de la protection

[51] Comme il a été conclu que les demandes qui figurent dans les actes de procédure bénéficient de la protection initiale, il incombe alors à Lombard de prouver que la protection est écartée par une clause d’exclusion. L’obligation de défendre n’exigeant qu’une possibilité de protection, Lombard doit démontrer qu’une exclusion écarte clairement et sans équivoque la protection (*Nichols*, p. 808). Par exemple, dans *Nichols*, la Cour a conclu que la clause d’exclusion selon laquelle la police ne s’appliquait pas « à un acte ou à une omission malhonnêtes, frauduleux, criminels ou malicieux d’un assuré » (p. 807) empêchait clairement et sans équivoque l’application de la protection dans le cadre d’une action pour conduite frauduleuse intentée contre l’assuré. Par conséquent, compte tenu de la demande telle qu’elle a été formulée, il n’y avait aucune possibilité que l’assureur soit tenu d’indemniser l’assuré.

### a) *Exclusion des « travaux exécutés »*

[52] L’exclusion qui est au cœur du présent pourvoi est celle des « travaux exécutés ». Cette clause d’exclusion courante et son rapport avec les travaux exécutés par des sous-traitants ont fait couler beaucoup d’encre, tant au Canada qu’aux États-Unis (*Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 2, p. 22-4 et 22-11). La formule type de la clause d’exclusion des « travaux exécutés » empêche l’application de la protection pour les dommages causés aux travaux effectués par l’assuré une fois qu’ils sont terminés. Toutefois, le texte de cette exclusion a été modifié à plusieurs reprises au cours de la période où Progressive était assurée par Lombard. Il en existe trois versions dans les polices ARCE successives de Progressive.

[53] Les principales observations formulées par Lombard dans le cadre du présent

of “property damage” and “accident”. Its submissions on the work performed exclusion are very brief. It argues that the “work performed” exclusion excludes coverage for damage to the worked performed by Progressive — in this case the four housing units in their entirety. It argues there is no “subcontractor exception” in the first or second versions of the CGL policies, which could operate to bring the damage caused by subcontractors or damage to the subcontractors’ work back within coverage. Therefore, it says, the claims are clearly outside the scope of coverage and the duty to defend does not arise. The third version of the policy expressly includes a subcontractor exception, which provides coverage for damage caused by subcontractors or damage to the subcontractors’ work. Lombard argues that the pleadings do not trigger the duty to defend under the third version because they do not allege that subcontractors caused the damage. This is the full extent of Lombard’s submissions on the “work performed” exclusion.

[54] Lombard has not discharged its burden of showing that the “work performed” exclusion clearly and unambiguously applies to all of the claims made against Progressive. In my view, there is a possibility of coverage under each version of the policy.

[55] In the first version of the policy the original “work performed” exclusion was modified by what was called a General Liability Broad Form Extension Endorsement, which Progressive purchased in addition to the basic CGL policy. The original “work performed” exclusion read:

This insurance does not apply to:

. . .

pourvoi concernaient l’interprétation qu’il convient de donner aux termes « dommages matériels » et « accident ». Ses observations sur l’exclusion des travaux exécutés sont très brèves. Elle soutient que cette exclusion empêche l’application de la protection relative aux dommages causés aux travaux exécutés par Progressive — en l’espèce, aux quatre complexes d’habitation dans leur ensemble. Elle prétend qu’il n’y a pas d’« exception applicable aux sous-traitants », dans la première ou la deuxième version des polices ARCE, qui pourrait permettre l’application de la protection aux dommages causés par les sous-traitants ou aux dommages causés aux travaux exécutés par les sous-traitants. Par conséquent, selon Lombard, les demandes échappent clairement à l’application de la protection et il n’y a pas d’obligation de défendre. La troisième version de la police comprend expressément une exception applicable aux sous-traitants, qui prévoit une protection contre les dommages causés par les sous-traitants ou aux travaux exécutés par les sous-traitants. Lombard soutient que les actes de procédure ne déclenchent pas l’obligation de défendre aux termes de la troisième version parce qu’ils ne comportent aucune allégation selon laquelle les sous-traitants ont causé les dommages. Voilà toute l’étendue des observations formulées par Lombard sur l’exclusion des « travaux exécutés ».

[54] Lombard ne s’est pas acquittée de son fardeau de démontrer que l’exclusion des « travaux exécutés » s’applique clairement et sans équivoque à toutes les actions intentées contre Progressive. À mon avis, il y a une possibilité de protection en application de chacune des versions de la police.

[55] Dans la première version de la police, la clause d’exclusion des « travaux exécutés » initiale a été modifiée par ce qui était appelé l’avenant à formule étendue quant à la responsabilité générale, que Progressive a souscrit en plus de la police ARCE de base. La clause d’exclusion initiale se lisait comme suit :

[TRADUCTION]

Ne sont pas couverts par la présente assurance :

. . .

(i) property damage to work performed by or on behalf of the Named Insured arising out of the work or any portion thereof, or out of materials, parts or equipment furnished in connection therewith; [Emphasis added.]

Clause (i) was replaced by clause (Z) in the Broad Form Extension Endorsement, which read:

(Z) With respect to the completed operations hazard to property damage to work performed by the Named Insured arising out of the work or any portion thereof, or out of materials, parts or equipment furnished in connection therewith. [Emphasis added.]

[56] The clause (Z) exclusion is limited to work performed *by* the insured. Unlike the clause that it replaced, it does not apply to work performed *on behalf of* the insured. The plain language is unambiguous and only excludes damage caused by Progressive to its own completed work. It does not exclude property damage:

- that is caused by the subcontractor's work;
- to the subcontractor's work, regardless of whether the damage is caused by the subcontractor itself, another subcontractor, or the insured.

[57] Had there been any ambiguity in the language of clause (Z), interpretive principles lead to the same result. In accordance with the rule of *contra proferentem*, the "work performed" exclusion should be interpreted narrowly — this favours limiting the exclusion to only damage caused by Progressive to its own work. Further, this result appears to support the reasonable expectations of the parties. In purchasing the Broad Form Extension Endorsement, Progressive would have expected to receive something different from the standard CGL form. To give clause (Z) the same meaning as the standard form clause would deprive the replacement of any meaning. Indeed, coverage for work completed by subcontractors seems to be the purpose of upgrading to the Broad Form

(i) les dommages matériels causés aux travaux exécutés par l'assuré désigné ou pour son compte découlant des travaux ou de toute partie de ceux-ci, ou des matériaux, pièces ou équipements fournis en rapport avec les travaux; [Je souligne.]

La clause (i) a été remplacée par la clause (Z) dans l'avenant à formule étendue, laquelle était ainsi libellée :

[TRADUCTION]

(Z) en ce qui concerne les risques après travaux, les dommages matériels causés aux travaux exécutés par l'assuré désigné découlant des travaux ou de toute partie de ceux-ci, ou des matériaux, pièces, ou équipements fournis en rapport avec les travaux. [Je souligne.]

[56] La clause d'exclusion (Z) se limite aux travaux exécutés *par* l'assuré. Contrairement à la clause qu'elle a remplacée, elle ne s'applique pas aux travaux exécutés *pour le compte de* l'assuré. Le libellé est clair et non équivoque et il exclut seulement les dommages causés par Progressive à ses propres travaux. Cette clause n'exclut pas les dommages matériels :

- causés par les travaux du sous-traitant;
- causés aux travaux du sous-traitant, peu importe que les dommages soient causés par le sous-traitant lui-même, par un autre sous-traitant ou par l'assuré.

[57] Même s'il y avait eu ambiguïté dans le libellé de la clause (Z), les principes d'interprétation mènent au même résultat. Conformément à la règle *contra proferentem*, l'exclusion des « travaux exécutés » devrait être interprétée de façon restrictive — ce qui incite à limiter l'exclusion aux dommages causés par Progressive à ses propres travaux. De plus, ce résultat semble répondre aux attentes raisonnables des parties. En souscrivant l'avenant à formule étendue, Progressive aurait voulu recevoir autre chose que le formulaire type ARCE. Si on donnait à la clause (Z) le même sens que la clause type, le remplacement serait dénué de sens. Certes, la protection des travaux exécutés par les sous-traitants semble être ce qui explique l'adoption de l'avenant à formule étendue

Extension (see *American Family Mutual Insurance Co. v. American Girl, Inc.*, 673 N.W.2d 65 (Wis. 2004), at para. 68; see also M. Audet, “Broad Form Completed Operations: An extension of coverage or a trap?” (1984), 51:10 *Canadian Underwriter* 36, at p. 38; *Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 2, at p. 22-11).

[58] The pleadings indicate the involvement of subcontractors (see para. 7, above), which is sufficient to trigger the duty to defend. If, at trial, it materializes that the damage was caused to a subcontractor’s work, or that a subcontractor’s work caused the damage, these claims will fall within the scope of coverage.

[59] The “work performed” exclusion takes on a different form in the second version of the CGL policies:

J. ‘Property damage’ to ‘that particular part of your work’ arising out of it or any part of it and included in the ‘products - completed operations hazard.’

“Your work” means:

- a. Work or operations performed by you or on your behalf; and
- b. Materials, parts or equipment furnished in connection with such work or operations.

[60] Lombard again argues that under this version of the policy there is no subcontractor exception and coverage for damage is excluded.

[61] Lombard is correct that there is no exception for subcontractors in this version of the exclusion, nor is the text limited in the same way as the Broad Form Extension Endorsement. However, this does not end the matter. On my reading of the exclusion, all that is excluded is coverage for defects.

[62] Unlike the standard form version of the “work performed” exclusion (clause (i)) reproduced above, this version expressly contemplates

(voir *American Family Mutual Insurance Co. c. American Girl, Inc.*, 673 N.W.2d 65 (Wis. 2004), par. 68; voir également M. Audet, « Broad Form Completed Operations : An extension of coverage or a trap? » (1984), 51:10 *Canadian Underwriter* 36, p. 38; *Annotated Commercial General Liability Policy*, vol. 2, p. 22-11).

[58] Les actes de procédure traitent de la participation des sous-traitants (voir par. 7), ce qui suffit pour déclencher l’obligation de défendre. Si, au procès, il est prouvé que des dommages ont été causés aux travaux d’un sous-traitant ou que les travaux exécutés par un sous-traitant ont causé les dommages, les demandes relèveront de la protection.

[59] La clause d’exclusion des « travaux exécutés » prend une forme différente dans la deuxième version des polices ARCE :

[TRADUCTION]

J. « Dommages matériels » à « cette partie particulière de vos travaux » découlant de vos travaux ou d’une partie de vos travaux et compris dans l’avenant de « risque après travaux ».

« Vos travaux »

- a. Travaux ou opérations exécutés par vous ou pour votre compte;
- b. Matériaux, parties ou équipements fournis en rapport avec ces travaux ou opérations.

[60] Lombard prétend encore une fois qu’aux termes de cette version de la police, il n’y a aucune exception applicable aux sous-traitants et que la protection contre les dommages est exclue.

[61] Lombard a raison de dire qu’il n’existe aucune exception applicable aux sous-traitants dans cette version de l’exclusion et que le texte n’est pas limité de la même façon que l’avenant à formule étendue. Toutefois, cela ne règle pas la question. Selon mon interprétation de l’exclusion, seuls les vices sont exclus de la protection.

[62] Contrairement à la formule type de l’exclusion des « travaux exécutés » (clause (i)) reproduite précédemment, la version dont il est question ici prévoit

the division of the insured's work into its component parts by the use of the phrase "that particular part of your work". For example, the exclusion could read:

"Property damage" to "the window" arising out of "the window" or any part of "the window" and included in the "products-completed operations hazard".

[63] This means that coverage for repairing defective components would be excluded, while coverage for resulting damage would not (see P. J. Wielinski, "CGL Coverage for Defective Workmanship: Current (and Ongoing) Issues", paper presented at the 16th Annual Construction Law Conference, State Bar of Texas, March 7, 2003, at pp. lxi-iv and lxxviii). This interpretation was not refuted by Lombard.

[64] Much like the first version of the policy, this version of the "work performed" exclusion was a specific endorsement which amended the standard version of the exclusion. The phrase "that particular part of your work" replaced the phrase "your work". The presumption must be that this change in language represents a change in meaning. Lombard has not provided any contrary rationale for the change in language.

[65] Again, I find there is a possibility of coverage under the second version of the policy. It will have to be determined at trial which "particular parts" of the work caused the damage. Repairs to those defective parts will be excluded from coverage under this version, regardless of whether they were the result of Progressive's own work or the work of subcontractors. If, as Lombard alleges, the buildings are wholly defective, then the exclusion will apply and Lombard will not have to indemnify Progressive. However, the pleadings allege that there was resulting damage: deterioration of the building components resulting from water ingress and infiltration. This is sufficient to trigger the duty to defend under the second version of the policy.

expressément la division des travaux de l'assuré en parties en utilisant l'expression [TRADUCTION] « cette partie particulière de vos travaux ». Par exemple, l'exclusion pourrait se lire ainsi :

« Dommages matériels » à « la fenêtre » découlant de « la fenêtre » ou de toute partie de « la fenêtre » et compris dans l'avenant de « risque après travaux ».

[63] Cela signifie que la protection relative à la réparation des pièces défectueuses serait exclue, alors que la protection contre les dommages qui en découlent ne le serait pas (voir P. J. Wielinski, « CGL Coverage for Defective Workmanship: Current (and Ongoing) Issues », document présenté à la 16<sup>e</sup> conférence annuelle sur le droit de la construction, Barreau de l'État du Texas, 7 mars 2003, p. lxi-iv et lxxviii). Cette interprétation n'a pas été réfutée par Lombard.

[64] À l'instar de la première version de la police, cette version de l'exclusion des « travaux exécutés » était un avenant particulier qui modifiait la formule type de l'exclusion. L'expression [TRADUCTION] « cette partie particulière de vos travaux » a remplacé « vos travaux ». Il faut donc présumer que ce changement de formulation emporte un changement de sens. Lombard n'a fourni aucun motif contraire expliquant le changement de formulation.

[65] Encore une fois, j'estime qu'il y a une possibilité de protection en application de la deuxième version de la police. Il faudra déterminer au procès quelles « parties particulières » des travaux ont causé les dommages. Les réparations effectuées sur ces parties défectueuses seront exclues de la protection en application de cette version, peu importe qu'elles résultent des travaux de Progressive ou des travaux des sous-traitants. Si, comme le soutient Lombard, les édifices sont totalement défectueux, l'exclusion s'appliquera et Lombard n'aura pas à indemniser Progressive. Cependant, les actes de procédure contiennent des allégations selon lesquelles des dommages ont découlé des travaux exécutés : détérioration des éléments de l'édifice par suite d'une infiltration d'eau. Cela est suffisant pour donner lieu à l'obligation de défendre en application de la deuxième version de la police.

[66] In the third and final version of the policy, the “work performed” exclusion reads:

- j. “Property damage” to that particular part of “your work” arising out of it or any part of it and included in the “products-completed operations hazard”.

This exclusion does not apply if the damaged work or the work out of which the damage arises was performed on your behalf by a subcontractor.

[67] Lombard bears the burden of showing that this exclusion does not apply to any of the claims in the pleadings. Lombard accepts that there is an express subcontractor exception in this version of the policy but argues that the pleadings do not trigger the exception.

[68] The third version of the “work performed” exclusion is simply a combination of the first and second versions. The “exclusion” portion of this clause is identical to the second version of the policy, thus it only excludes coverage for defective property. Coverage would remain for resulting damage. This version of the policy also expressly incorporates the “subcontractor exception”, which was previously implicit in the Broad Form Extension Endorsement. The subcontractor exception expands coverage again. It would allow for coverage of defective work where it is work completed by a subcontractor.

[69] As there was a possibility of coverage under both the first and second versions of the policies, there is a possibility of coverage under this version as well.

[70] I conclude that the “work performed” exclusions in each version of the policies do not clearly and unambiguously exclude the claims alleged in the pleadings. There is still a possibility of coverage; therefore, the duty to defend is triggered.

[66] Dans la troisième et dernière version de la police, l’exclusion des « travaux exécutés » est ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

- j. « Dommages matériels » causés à une partie en particulier de « vos travaux », découlant de vos travaux ou de toute partie de ceux-ci et compris dans l’avenant de « risque après travaux ».

La présente exclusion ne s’applique pas si les travaux endommagés ou les travaux ayant causé les dommages ont été exécutés par un sous-traitant pour votre compte.

[67] Il incombe à Lombard de démontrer que cette exclusion ne s’applique pas aux demandes formulées dans les actes de procédure. Lombard reconnaît qu’il y a une exception expresse du sous-traitant dans cette version de la police, mais soutient que les actes de procédure ne justifient pas le recours à cette exception.

[68] La troisième version de la clause d’exclusion des « travaux exécutés » est simplement une combinaison des première et deuxième versions. La partie « exclusion » de cette clause est identique à la deuxième version de la police; par conséquent, elle n’exclut que la protection relative aux biens défectueux. Les dommages en découlant seraient toujours visés par la protection. Cette version prévoit aussi expressément l’« exception applicable aux sous-traitants », qui était auparavant implicite dans l’avenant à formule étendue. Cette exception étend la protection encore une fois. Ainsi, la malfaçon serait couverte lorsque les travaux sont exécutés par un sous-traitant.

[69] Comme il y avait une possibilité de protection en application des première et deuxième versions des polices, il y a aussi une possibilité de protection en application de cette version.

[70] Je conclus que les clauses d’exclusion des « travaux exécutés » qui figurent dans chaque version n’écartent pas clairement et sans équivoque les demandes formulées dans les actes de procédure. Il y a toujours une possibilité de protection; par conséquent, l’obligation de défendre est déclenchée.

(b) *Other Exclusions*

[71] Finally, Lombard mentioned in passing that two other exclusions — the “contract” exclusion and “product” exclusion — may apply to remove the claims in this case from the scope of coverage. As the onus is on Lombard to show that these exclusions clearly and unambiguously apply, and it did not offer argument on these points, I am not satisfied that it has discharged its burden.

V. Conclusion

[72] I conclude that Lombard owes a duty to defend Progressive in the four actions initiated by BC Housing. Under the first version of the CGL policy, there is a possibility of coverage for damage to work completed by a subcontractor and for damage resulting from work performed by a subcontractor. Under the second version of the policy, there is a possibility of coverage for damage resulting from the particular part of the insured’s work that was defective. Under the third version of the policy, there is a possibility of coverage both for resulting damage and for any damage to work completed by a subcontractor.

[73] I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Gordon Hilliker, Belcarra, British Columbia.*

*Solicitors for the respondent: Branch MacMaster, Vancouver.*

b) *Autres exclusions*

[71] Enfin, Lombard a dit en passant que deux autres exclusions — la clause d’exclusion du « contrat » et la clause d’exclusion du « produit » — pouvaient s’appliquer de manière à soustraire les demandes en l’espèce à l’étendue de la protection. Comme il incombe à Lombard de démontrer que ces exclusions s’appliquent clairement et sans équivoque et qu’elle n’a pas fait valoir son point de vue à cet égard, je ne suis pas convaincu qu’elle s’est acquittée de son fardeau.

V. Conclusion

[72] Je conclus que Lombard a l’obligation de défendre Progressive dans le cadre des quatre actions intentées par BC Housing. Aux termes de la première version de la police ARCE, il y a une possibilité de protection contre les dommages causés aux travaux exécutés par un sous-traitant et contre les dommages découlant des travaux exécutés par un sous-traitant. Aux termes de la deuxième version, il y a une possibilité de protection contre les dommages découlant d’une partie particulière des travaux de l’assurée qui était défectueuse. Aux termes de la troisième version, il y a une possibilité de protection tant contre les dommages causés aux travaux exécutés par un sous-traitant que contre les dommages découlant de ces travaux.

[73] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur de l’appelante: Gordon Hilliker, Belcarra, Colombie-Britannique.*

*Procureurs de l’intimée: Branch MacMaster, Vancouver.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*

Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non livraison, retourner à :*

Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2010 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 2010 Vol. 2**

**Cited as [2010] 2 S.C.R. 273-570**

**Renvoi [2010] 2 R.C.S. 273-570**

---

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
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 / Arrêtiiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
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	

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

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes	ROSALIE TO-THANH-HIEN
MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU	CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	ANNE-MARIE NOËL
NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

*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.*

## CONTENTS

### **Burke v. Hudson's Bay Co. .... 273**

Pensions — Pension plans — Surplus — Ongoing defined benefit pension plan — Sale of division of company resulting in employees being transferred to new company — Transferred employees removed from former employer's pension plan and incorporated into new pension plan — At time of transfer, former employer's pension plan had significant projected surplus — Former employer transferred enough pension funds to cover transferred employees defined benefits but no surplus funds transferred — Whether there was an obligation on former employer to transfer a pro rata portion of surplus on sale — Whether former employer's obligations to transferred employees were satisfied by assuring their defined benefits — Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35.

Pensions — Pension plans — Expenses — Whether pension plan documentation allowed employer to charge plan administration expenses to fund.

### **Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association ..... 536**

Constitutional law — Division of powers — Interjurisdictional immunity — Federal power over aeronautics — Provincial legislation prohibiting land use in designated agricultural region for any purpose other than agriculture without prior authorization — Aerodrome built on agricultural land without authorization — Whether legislation *intra vires* province — If so, whether legislation constitutionally inapplicable to the extent it prohibits aerodromes in agricultural zones — An Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1, s. 26 — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(13), (16), 95.

Constitutional law — Division of powers — Federal paramountcy — Federal power over aeronautics — Provincial legislation prohibiting land use in designated agricultural region for any purpose other than agriculture without prior authorization — Aerodrome built on agricultural land without authorization — Whether doctrine of federal paramountcy can be invoked — An Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1, s. 26 — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(13), (16), 95.

### **Quebec (Attorney General) v. Lacombe ..... 453**

Constitutional law — Division of powers — Aeronautics — Ancillary powers — Municipal by-law prohibiting construction of aerodromes on lake and throughout much of municipality's territory — Company operating aerodrome on lake in violation of by-law — Whether by-law valid provincial legislation — Whether by-law relates, in pith and

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Burke c. Cie de la Baie d'Hudson ..... 273**

Pensions — Régimes de retraite — Excédent — Régime de retraite à prestations déterminées qui continue d'exister — La vente d'une division de la société ayant donné lieu à la mutation d'employés à une autre société — Les employés mutés ont été dissociés du régime de retraite de leur ancien employeur et ont intégré un nouveau régime — Lors du transfert, le régime de l'ancien employeur affichait un excédent projeté important — L'ancien employeur a transféré suffisamment d'éléments d'actif de la caisse de retraite pour financer les prestations déterminées des employés mutés, mais a conservé l'excédent — L'ancien employeur était-il tenu de transférer une portion de l'excédent, déterminée au prorata, lors de la vente? — L'ancien employeur a-t-il honoré ses obligations envers les employés mutés en garantissant leur régime à prestations déterminées? — Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, ch. 35.

Pensions — Régimes de retraite — Frais — Les documents relatifs au régime de retraite autorisaient-ils l'employeur à imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite?

### **Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association ..... 536**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Exclusivité des compétences — Compétence fédérale en matière d'aéronautique — Loi provinciale interdisant l'utilisation non autorisée, dans une région agricole désignée, d'un lot à une fin autre que l'agriculture — Aérodrome construit sur une terre agricole sans autorisation préalable — La loi provinciale est-elle valide? — Si oui, est-elle constitutionnellement inapplicable dans la mesure où elle interdit les aérodromes dans les régions agricoles? — Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., ch. P-41.1, art. 26 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(13), (16), 95.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Prépondérance fédérale — Compétence fédérale en matière d'aéronautique — Loi provinciale interdisant l'utilisation non autorisée, dans une région agricole désignée, d'un lot à une fin autre que l'agriculture — Aérodrome construit sur une terre agricole sans autorisation préalable — La doctrine de la prépondérance fédérale peut-elle être invoquée? — Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., ch. P-41.1, art. 26 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(13), (16), 95.

### **Québec (Procureur général) c. Lacombe ..... 453**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Aéronautique — Pouvoirs accessoires — Règlement municipal interdisant la construction d'aérodromes sur un lac et sur une grande partie du territoire de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

substance, to federal jurisdiction over aeronautics — If so, whether by-law valid under ancillary powers doctrine — Constitution Act, 1867, s. 91.

### **R. v. McCrimmon ..... 402**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Custodial interrogation — Presence of counsel — Renewed opportunity to consult counsel — Accused's counsel of choice unavailable — Accused spoke instead to duty counsel — Neither counsel present during police interrogation — Repeated requests for further consultation — Incriminating statements made during interrogation — Whether accused's right to counsel breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

### **R. v. Sinclair ..... 310**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Custodial interrogation — Presence of counsel — Renewed opportunity to consult counsel — Accused spoke to counsel of choice prior to police interrogation — Repeated requests for further consultation — Incriminating statements made during interrogation — Whether detainee who has been properly accorded right to counsel at outset of detention has constitutional right to further consultations with counsel during course of interrogation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

### **R. v. Willier ..... 429**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Counsel of choice — Accused's counsel of choice unavailable — Accused spoke instead to duty counsel — Adequacy of advice received — Incriminating statement made during police interrogation — Whether accused's right to counsel breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

## SOMMAIRE (Fin)

municipalité — Société exploitant un aéroport sur le lac en violation du règlement — Le règlement est-il un texte législatif provincial valide? — Le règlement se rattache-t-il, de par son caractère véritable, à la compétence fédérale sur l'aéronautique? — Si oui, le règlement est-il valide en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91.

### **R. c. McCrimmon ..... 402**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Interrogatoire sous garde — Présence de l'avocat — Nouvelle possibilité de consulter l'avocat — Non-disponibilité de l'avocat choisi par l'accusé — Consultation par l'accusé de l'avocat de garde au lieu de l'avocat de son choix — Ni l'un ni l'autre des avocats n'étaient présents pendant l'interrogatoire de la police — Demandes répétées de l'accusé de consulter de nouveau un avocat — Déclarations incriminantes faites pendant l'interrogatoire — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

### **R. c. Sinclair ..... 310**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Interrogatoire sous garde — Présence de l'avocat — Possibilité de consulter de nouveau l'avocat — Consultation par l'accusé de l'avocat de son choix avant l'interrogatoire de la police — Demandes répétées de consultation supplémentaire — Déclarations incriminantes faites pendant l'interrogatoire — Le détenu qui s'est vu accorder comme il se doit, dès le commencement de la détention, le droit à l'assistance d'un avocat possède-t-il en vertu de la Constitution le droit de consulter de nouveau un avocat pendant l'interrogatoire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

### **R. c. Willier ..... 429**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Choix de l'avocat — Non-disponibilité de l'avocat choisi par l'accusé — Consultation par l'accusé de l'avocat de garde au lieu de l'avocat de son choix — Caractère adéquat des conseils reçus — Déclaration incriminante faite aux policiers pendant l'interrogatoire — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

**Peter Christopher Burke, Richard Fallis and A. Douglas Ross, personally and in a representative capacity** *Appellants*

v.

**Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay and Investors Group Trust Company Ltd.** *Respondents*

INDEXED AS: BURKE v. HUDSON'S BAY CO.

2010 SCC 34

File No.: 32789.

2010: May 18; 2010: October 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Pensions — Pension plans — Surplus — Ongoing defined benefit pension plan — Sale of division of company resulting in employees being transferred to new company — Transferred employees removed from former employer's pension plan and incorporated into new pension plan — At time of transfer, former employer's pension plan had significant projected surplus — Former employer transferred enough pension funds to cover transferred employees defined benefits but no surplus funds transferred — Whether there was an obligation on former employer to transfer a pro rata portion of surplus on sale — Whether former employer's obligations to transferred employees were satisfied by assuring their defined benefits — Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35.*

*Pensions — Pension plans — Expenses — Whether pension plan documentation allowed employer to charge plan administration expenses to fund.*

In 1961, the Hudson's Bay Company ("HBC") provided a contributory, defined benefits pension plan for

**Peter Christopher Burke, Richard Fallis et A. Douglas Ross, agissant en leur qualité personnelle et en leur qualité de représentants** *Appelants*

c.

**Gouverneur et Compagnie des aventuriers d'Angleterre faisant le commerce dans la Baie d'Hudson et la Compagnie de Fiducie du Groupe Investors Ltée** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : BURKE c. CIE DE LA BAIE D'HUDSON

2010 CSC 34

N<sup>o</sup> du greffe : 32789.

2010 : 18 mai; 2010 : 7 octobre.

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

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

*Pensions — Régimes de retraite — Excédent — Régime de retraite à prestations déterminées qui continue d'exister — La vente d'une division de la société ayant donné lieu à la mutation d'employés à une autre société — Les employés mutés ont été dissociés du régime de retraite de leur ancien employeur et ont intégré un nouveau régime — Lors du transfert, le régime de l'ancien employeur affichait un excédent projeté important — L'ancien employeur a transféré suffisamment d'éléments d'actif de la caisse de retraite pour financer les prestations déterminées des employés mutés, mais a conservé l'excédent — L'ancien employeur était-il tenu de transférer une portion de l'excédent, déterminée au prorata, lors de la vente? — L'ancien employeur a-t-il honoré ses obligations envers les employés mutés en garantissant leur régime à prestations déterminées? — Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, ch. 35.*

*Pensions — Régimes de retraite — Frais — Les documents relatifs au régime de retraite autorisaient-ils l'employeur à imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite?*

En 1961, la Compagnie de la Baie d'Hudson (« HBC ») offrait à ses employés un régime de retraite contributif

its employees. Under this defined benefit pension plan members of the plan were guaranteed a specified benefit upon retirement. For the first twenty years of existence, the plan was in deficit and HBC made additional payments to keep the plan solvent. In 1982, the plan generated its first actuarial surplus and HBC began paying plan administration expenses out of the fund.

In 1987, HBC sold its Northern Stores Division to the North West Company ("NWC") and approximately 1,200 employees were transferred from HBC to NWC. The companies entered into an agreement to protect the pensions of the transferred employees. The agreement provided that NWC would establish a new pension plan and would provide the transferred employees with benefits at least equal to those provided under the HBC plan. HBC agreed to transfer assets sufficient to cover the defined benefits of the transferred employees. At the time of the transfer, HBC's pension plan had an actuarial surplus of about \$94 million. The companies discussed whether a portion of the actuarial surplus should be transferred; however, HBC suggested that transferring part of the surplus would increase the purchase price and the matter went no further.

The transferred employees allege that HBC, as plan administrator, breached its fiduciary duty to treat all pension plan members with an even hand. They argue that HBC was required to transfer a portion of the actuarial surplus to the successor plan and that HBC improperly charged pension plan administration expenses to the pension fund for approximately six years prior to their transfer. The trial judge found in favour of HBC on the issue of administration expenses, but held that the surplus was subject to trust principles, and that the transferred employees, as beneficiaries of the trust, had an equitable interest in the actuarial surplus. The disparate treatment of the beneficiaries was found to be a breach of an equitable trust which required the transfer of a portion of the actuarial surplus to remedy the breach. HBC appealed the issue of surplus and the transferred employees cross-appealed on the issue of administration expenses. The Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the cross-appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

An employer is obligated to pay for administration expenses when such an obligation is imposed by statute or common law. In this case, there were no statutory or common law obligations on HBC to pay administration

à prestations déterminées. Par ce régime de retraite à prestations déterminées, les participants étaient assurés d'obtenir une prestation fixe à la retraite. Au cours de ses vingt premières années d'existence, le régime accusait un déficit et HBC a versé des cotisations supplémentaires afin d'en assurer la solvabilité. En 1982, le régime a affiché son premier excédent actuariel et HBC a commencé à imputer à la caisse les frais d'administration du régime.

En 1987, HBC a vendu sa division des Magasins du Nord à la Compagnie du Nord-Ouest (« CNO ») et environ 1 200 employés de HBC ont été mutés à CNO. Les sociétés ont conclu une entente visant à protéger le régime de retraite des employés mutés. Cette entente prévoyait la constitution, par CNO, d'un nouveau régime de retraite qui offrirait aux employés mutés des prestations au moins égales à celles prévues par le régime HBC. HBC a consenti à transférer des éléments d'actif suffisants pour assurer les prestations déterminées des employés mutés. Au moment du transfert, le régime de retraite de HBC affichait un excédent actuariel d'environ 94 millions de dollars. Les sociétés ont discuté de la possibilité de transférer une partie de cet excédent, mais HBC a laissé entendre qu'une telle transaction ferait augmenter le prix d'achat et la question n'a plus été débattue.

Les employés mutés soutiennent que HBC, à titre d'administratrice du régime, a manqué à son devoir fiduciaire d'accorder un traitement égalitaire à tous les participants au régime de retraite. Selon eux, HBC était tenue au transfert d'une portion de l'excédent actuariel au régime subséquent et elle a imputé à tort les frais d'administration du régime à la caisse de retraite pendant une période d'environ six ans précédant le transfert. Le juge du procès a donné gain de cause à HBC sur la question des frais d'administration, mais il a conclu que l'excédent du régime était assujéti aux principes de la fiducie et que les employés mutés, en tant que bénéficiaires de la fiducie, avaient un intérêt en equity dans l'excédent actuariel. Il était d'avis que le traitement différent accordé aux bénéficiaires contrevenait à une fiducie régie par l'equity et que, pour y remédier, une partie de l'excédent actuariel devait être transférée. HBC a interjeté appel à l'égard de la question de l'excédent, et les employés mutés ont formé un appel incident sur la question des frais d'administration. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a rejeté l'appel incident.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'employeur est obligé d'acquitter les frais d'un régime de retraite si une telle obligation est imposée par une source de nature législative ou jurisprudentielle. En l'espèce, aucune loi ni règle de common law n'imposait

expenses. The original trust agreement as well as the plan text do not expressly address plan administrative expenses. Subsequent trust agreements included a provision which expressly allowed HBC to charge plan administration expenses to the fund. The new trust agreements merely confirmed what was already implicitly provided for in the original trust agreement. HBC was therefore permitted to charge plan administration expenses to the pension fund.

The issue as to whether HBC was required to transfer a portion of the actuarial surplus when it sold its Northern Stores Division to NWC raises a novel question in pension law as the sale occurred in the context of an ongoing pension plan, rather than a terminated or wound-up plan. In all cases the interests in the surplus of a pension plan have to be determined according to the words of the relevant documents and applicable contract and trust principles and statutory provisions. Each situation must be evaluated on a case-by-case basis.

Here, subject to the text of the plan, the terms of the trust agreement, and relevant statutes, HBC, as plan administrator, had wide discretion with respect to the pension plan, which it could exercise unilaterally and which could affect the interests of the employees and to which exercise of discretion the employees were vulnerable. Therefore, a fiduciary relationship existed between HBC as administrator and the employees/beneficiaries under the pension plan.

Pensions legislation is not a complete code but rather it establishes minimum standards and regulatory supervision in order to protect and safeguard the pension benefits and rights of those entitled to receive them under private pension plans. Here, HBC complied with the 1987 *Pension Benefits Act* when it transferred the pension assets to NWC. The terms of the relevant plan and trust documentation may impose a higher standard. Thus, HBC's compliance with the 1987 *Pension Benefits Act* is not a complete answer to the transferred employees' claim. It is necessary to examine the common law and equitable principles that govern interpretation of the plan and trust documentation.

In a defined benefit pension governed by trust principles, as in this case, legal ownership of the defined benefits lies with the trustee. The funds needed to pay the employees' defined benefits are held in trust on their behalf. As beneficiaries, the employees have

à HBC l'obligation de payer ces frais. La convention de fiducie originale, ainsi que le texte du régime, ne traitent pas expressément des frais d'administration du régime. Les conventions de fiducie subséquentes autorisaient expressément HBC à imputer à la caisse les frais d'administration du régime. Les nouvelles conventions de fiducie n'ont fait que confirmer expressément ce que prévoyait implicitement la convention originale. Par conséquent, HBC pouvait imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite.

La question de savoir si HBC était tenue de transférer une portion de l'excédent actuariel lorsqu'elle a vendu sa division des Magasins du Nord à CNO soulève une question nouvelle intéressant le droit applicable aux régimes de retraite, car le régime de retraite a continué d'exister après la vente; il n'y a pas été mis fin et il n'a pas été liquidé. Dans toutes les affaires, le droit à l'excédent d'un régime de retraite doit être déterminé en fonction du libellé des documents pertinents, des principes du droit des contrats et du droit des fiducies et des textes législatifs applicables. Chaque situation appelle un examen au cas par cas.

En l'espèce, sous réserve du texte du régime, de la convention de fiducie et des lois applicables, HBC, en qualité d'administratrice du régime, avait à l'égard du régime de retraite un vaste pouvoir discrétionnaire, qu'elle pouvait exercer unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts des employés et auquel ces derniers étaient vulnérables. Par conséquent, un lien fiducial unissait HBC, en tant qu'administratrice du régime, à ses employés, en tant que bénéficiaires du régime de retraite.

La loi sur les régimes de retraite n'est pas un code exhaustif; elle établit des normes minimales et une supervision réglementaire afin de protéger et de garantir les prestations et les droits des personnes qui y ont droit en vertu des régimes de retraite complémentaires. En l'espèce, HBC a respecté les dispositions de la *Pension Benefits Act* de 1987 lors du transfert des éléments d'actif de la caisse de retraite à CNO. Les documents constituant le régime et la fiducie peuvent imposer une norme supérieure. Par conséquent, le respect des dispositions de la *Pension Benefits Act* de 1987 par HBC ne suffit pas à réfuter l'argument des employés mutés. Il est nécessaire d'analyser les principes de common law et d'equity régissant l'interprétation des documents relatifs au régime et à la fiducie.

Dans le cadre d'un régime de retraite à prestations déterminées régi par les principes de la fiducie, comme en l'espèce, le fiduciaire détient le titre en common law sur les prestations déterminées. Les fonds nécessaires au versement des prestations déterminées aux employés

an equitable interest in the funds needed to cover their defined benefits. A review of the original and subsequent pension plan documentation indicates that the only employee benefits that are provided for under the terms of the plan are the employees' defined retirement benefits. Additionally, the pension plan documents (the pension plan text and trust agreement), having regard to the operative language of the plan as a whole, do not contain any of the language that would typically give employees an entitlement to surplus. Based on the provisions of the pension plan documentation, it cannot be said that the transferred employees had an equitable interest in the surplus on termination, and therefore no floating equity in the actuarial surplus during continuation of the plan.

The fact that HBC may have voluntarily chosen to increase pension benefits out of surplus funds or otherwise, does not change the nature of the employees' interest in the pension fund or extend fiduciary obligations to voluntary actions of the employer. Moreover, employees have no right to compel surplus funding to provide a cushion against insolvency. As a defined benefit plan, HBC's duty was to ensure that funds at all times meet the fixed benefits promised by the employer. The right of the employees is that their defined benefits be adequately funded, not that an actuarial surplus be funded. Just because HBC had fiduciary duties as plan administrator does not obligate it under any purported duty of evenhandedness to confer benefits upon one class of employees to which they have no right under the plan. Neither the retained nor the transferred employees had an equitable interest in the plan surplus. Thus, there was no duty of evenhandedness applicable to the surplus.

Finally, a beneficiary of a trust has the right to compel its due administration even if it does not have an equitable interest in all of the assets of the trust. In this case, because the transferred employees had an equitable interest in their defined benefits, they have the right to compel the due administration of the trust and to ensure that the employer, trustee and plan administrator are complying with their legal obligations in the pension plan documents. The circumstances of this case do not suggest that the actuarial surplus was abused by HBC or used for an improper purpose.

sont détenus en fiducie au profit de ces derniers. En leur qualité de bénéficiaires, les employés ont un intérêt en equity dans ces fonds. Un examen des documents initiaux et subséquents relatifs au régime de retraite indique que les prestations déterminées de retraite sont les seules prestations auxquelles les employés ont droit aux termes du régime. En outre, les documents relatifs au régime de retraite (le texte du régime et la convention de fiducie), eu égard aux termes performatifs du régime dans son ensemble, ne contiennent aucune des formules qui confèrent normalement aux employés un droit à l'excédent. Vu les dispositions des documents relatifs au régime de retraite, on ne saurait dire que les employés mutés avaient un intérêt en equity sur l'excédent à la cessation du régime, et donc aucun droit flottant en equity dans l'excédent actuariel pendant l'existence du plan.

Le fait que HBC ait librement décidé d'augmenter les prestations de retraite au moyen notamment d'une réaffectation de l'excédent ne change rien à la nature de l'intérêt que détiennent les employés dans la caisse de retraite ni n'a pour effet d'étendre les obligations fiduciaires de l'employeur à ses actes gratuits. En outre, les employés n'ont pas le droit d'exiger que l'excédent actuariel soit utilisé pour parer au risque d'insolvabilité. Dans le cadre d'un régime à prestations déterminées, le devoir de HBC consistait à faire en sorte que les fonds soient en tout temps suffisants pour assurer le versement des prestations déterminées qu'il a promises. Le droit des employés se rapporte à la capitalisation suffisante de leurs prestations déterminées et non d'un excédent actuariel. Le fait que HBC avait des obligations fiduciaires, en qualité d'administratrice du régime, ne la contraint pas, en raison d'un quelconque devoir de traitement égalitaire, à reconnaître à un groupe d'employés des avantages que le régime ne leur confère pas. Ni les employés mutés ni ceux qui sont demeurés en poste chez HBC ne possédaient d'intérêt en equity dans l'excédent. Partant, aucun devoir de traitement égalitaire ne s'appliquait à l'égard de l'excédent.

Enfin, le bénéficiaire d'une fiducie est en droit d'exiger la bonne administration, et ce, même s'il ne possède pas d'intérêt en equity dans tous les éléments d'actif de la fiducie. En l'espèce, comme les employés mutés possédaient un intérêt en equity dans les prestations déterminées, ils avaient le droit d'exiger la bonne administration de la fiducie et de s'assurer que l'employeur, le fiduciaire et l'administrateur du plan s'acquittent des obligations juridiques prévues dans les documents relatifs au régime. Les circonstances de l'espèce ne laissent pas croire que HBC a utilisé l'excédent actuariel d'une façon ou à une fin irrégulière.

What occurred between HBC and NWC was a legitimate commercial transaction. HBC and NWC negotiated over the purchase price of the assets, including the pension plan. HBC was agreeable to transferring a portion of the surplus so long as NWC was willing to pay for the benefit of acquiring a plan in surplus. NWC was not willing to pay. Both companies complied with the legislative requirements, lending further support to the legitimacy of the transaction. In executing the transfer, HBC was entitled to rely on the terms of the plan. Under the plan documentation, the employees' rights and interests were limited to their defined benefits. HBC's legal obligations with respect to its employees, including the fiduciary duties that it owed to the transferred employees, were satisfied in this case by protecting their defined benefits. Based on the plan documentation, HBC did not have a fiduciary obligation to transfer a portion of the actuarial surplus.

#### Cases Cited

**Applied:** *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; **distinguished:** *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973; **referred to:** *North West Co. v. Hudson's Bay Co.*, [1991] O.J. No. 2449 (QL); *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Pension Benefits Act*, S.O. 2010, c. 9, s. 68.  
*Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, c. 96.  
*Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c. 35, ss. 56(1), 81.

#### Authors Cited

Hepburn, Samantha J. *Principles of Equity and Trusts*, 4th ed. Sydney: Federation Press, 2009.  
 Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006.  
*Snell's Equity*, 31st ed. by John McGhee, ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.  
*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

HBC et CNO ont conclu une opération commerciale légitime. HBC et CNO ont négocié le prix d'achat des éléments d'actif, y compris le régime de retraite. HBC était disposée à transférer une portion de l'excédent si CNO acceptait de payer davantage pour acquérir un régime excédentaire, ce que cette dernière n'était pas disposée à faire. L'opération est d'autant plus légitime que les deux sociétés se sont conformées aux prescriptions de la loi. Lorsqu'elle a conclu le transfert, HBC pouvait se fonder sur les dispositions du régime. Aux termes des documents relatifs à ce dernier, les droits et les intérêts des employés se limitaient à leurs prestations déterminées. En l'espèce, HBC a honoré ses obligations juridiques envers ses employés, et notamment ses devoirs fiduciaires envers les employés mutés, en protégeant leurs prestations déterminées. Selon les documents relatifs au régime, HBC n'avait aucune obligation fiduciaire de transférer quelque portion que ce soit de l'excédent actuariel.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; **distinction d'avec l'arrêt :** *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973; **arrêts mentionnés :** *North West Co. c. Hudson's Bay Co.*, [1991] O.J. No. 2449 (QL); *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; *Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245.

#### Lois et règlements cités

*Loi modifiant la Loi sur les régimes de retraite*, L.O. 2010, ch. 9, art. 68.  
*Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96.  
*Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, ch. 35, art. 56(1), 81.

#### Doctrine citée

Hepburn, Samantha J. *Principles of Equity and Trusts*, 4th ed. Sydney : Federation Press, 2009.  
 Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006.  
*Snell's Equity*, 31st ed. by John McGhee, ed. London : Sweet & Maxwell, 2005.  
*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Weiler and Gillese JJ.A.), 2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140, 67 C.C.P.B. 1, 40 E.T.R. (3d) 157, [2008] O.J. No. 1945 (QL), 2008 CarswellOnt 2801, reversing in part a decision of Campbell J. (2005), 51 C.C.P.B. 66, 25 E.T.R. (3d) 161, 2005 CanLII 47086, [2005] O.J. No. 5434 (QL), 2005 CarswellOnt 7334. Appeal dismissed.

*David C. Moore and Kenneth G. G. Jones*, for the appellants.

*J. Brett Ledger, Christopher P. Naudie and Craig T. Lockwood*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

### I. Introduction

[1] This appeal arises out of the sale of a division of the Hudson's Bay Company ("HBC") to the North West Company ("NWC"). The employees of the division were retained, but transferred to NWC in the sale, and their pensions were assured. The transferred employees were removed from the HBC pension plan and incorporated into a new successor plan. At the time of the transfer, the HBC plan had a projected surplus. HBC transferred enough of the pension fund to cover the transferred employees' defined benefits but did not transfer any of the surplus funds.

[2] The transferred employees allege that the employer breached its fiduciary duty to treat all pension plan members with an even hand. They argue that HBC was required to transfer a portion of the projected surplus to the successor plan. They argue that the result was uneven treatment: the remaining HBC employees benefited from a plan in surplus but the transferred employees did not. As a subsidiary issue, the transferred employees also argue that HBC improperly charged pension plan administration expenses to the pension

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Weiler et Gillese), 2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140, 67 C.C.P.B. 1, 40 E.T.R. (3d) 157, [2008] O.J. No. 1945 (QL), 2008 CarswellOnt 2801, qui a infirmé en partie une décision du juge Campbell (2005), 51 C.C.P.B. 66, 25 E.T.R. (3d) 161, 2005 CanLII 47086, [2005] O.J. No. 5434 (QL), 2005 CarswellOnt 7334. Pourvoi rejeté.

*David C. Moore et Kenneth G. G. Jones*, pour les appelants.

*J. Brett Ledger, Christopher P. Naudie et Craig T. Lockwood*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

### I. Introduction

[1] Le pourvoi découle de la vente d'une division de la Compagnie de la Baie d'Hudson (« HBC ») à la Compagnie du Nord-Ouest (« CNO »). Au moment de la vente, les employés de la division n'ont pas été mis à pied; ils ont été mutés à CNO, et leur régime de retraite a été garanti. Les employés mutés ont été dissociés du régime de retraite de HBC et ont intégré un régime subséquent, créé à ce moment. Lors du transfert, le régime de HBC affichait un excédent projeté. HBC a transféré suffisamment d'éléments d'actif de la caisse de retraite pour financer les prestations déterminées des employés mutés, mais a conservé l'excédent.

[2] Les employés mutés soutiennent que l'employeur a manqué à son devoir fiduciaire d'accorder un traitement égalitaire à tous les participants au régime de retraite. Selon eux, HBC était tenue au transfert d'une portion de l'excédent projeté au régime subséquent et son défaut d'y procéder a donné lieu à un traitement inégal : les employés demeurés en poste chez HBC ont bénéficié d'un régime excédentaire, contrairement aux employés mutés. Subsidiairement, les employés mutés font valoir que HBC a imputé à tort les frais

fund for approximately six years prior to their transfer.

[3] In the reasons that follow, I conclude that the transferred employees' claims fail on both grounds. I conclude that the pension plan documentation allowed HBC to charge plan administration expenses to the fund. I also conclude that there was no obligation on HBC to transfer a pro rata portion of the surplus on the sale. HBC's obligations to the transferred employees were satisfied by assuring their defined benefits.

[4] At the outset, it might be useful to set out the pension terminology relevant to the facts of this case. HBC provided a defined benefit pension plan to its employees. This means that the members of the plan were guaranteed a specified benefit upon retirement. A defined benefit plan stands in contrast to a defined contribution plan, where retirement benefits are based on contributions and the earnings on the contributions set out in the pension plan. Under either type of plan, contributions may be made by both the employer and employees or just the employer. In order to fund the defined benefits in this case, both HBC and the employees made contributions to the pension plan. For employees who obtained five years seniority, pension plan participation was a mandatory condition of employment at HBC. Employees were required to contribute to their pensions. The basic employee contribution requirement was set at 5% of annual earnings. HBC contributed any additional amount needed to ensure coverage of the employees' defined benefits. HBC's contribution was based on the assessment of an actuary. The actuary's calculations rested on certain assumptions — inflation rates, investment returns, and future employees, amongst other things. This is an exercise in estimation that frequently results in deviation between the actuary's assessment and the real state of the pension fund.

[5] An ongoing pension fund may be said to have an actuarial surplus when the actuary's prediction is that the fund has more assets than liabilities (i.e. the

d'administration du régime à la caisse de retraite pendant une période d'environ six ans précédant le transfert.

[3] Dans les motifs qui suivent, je rejette les deux moyens d'appel soulevés par les employés mutés. Je conclus que les documents relatifs au régime de retraite autorisaient HBC à prélever les frais d'administration du régime sur la caisse de retraite. Je conclus également que HBC n'était pas tenue de transférer une portion de l'excédent, déterminée au prorata, lors de la vente. Elle a honoré ses obligations envers les employés mutés en garantissant leur régime à prestations déterminées.

[4] Pour commencer, il serait utile d'exposer la terminologie pertinente des régimes de retraite eu égard aux faits de l'espèce. HBC offrait à ses employés un régime de retraite à prestations déterminées. Ainsi, elle garantissait aux participants une prestation fixe à la retraite. Cette formule se distingue du régime à cotisations déterminées, où les prestations de retraite sont fonction des cotisations, établies par le régime, et des revenus générés par celles-ci. Dans l'un et l'autre cas, les cotisations peuvent être versées par l'employeur et l'employé, ou par l'employeur seul. En l'espèce, à la fois HBC et les employés cotisaient au régime. La participation au régime de retraite était une condition impérative d'emploi à HBC après une période d'emploi de cinq ans. Les employés étaient tenus d'y cotiser. La cotisation de base d'un employé correspondait à 5 p. 100 de son revenu annuel. HBC versait le reste de la somme requise pour financer les prestations déterminées des employés. Le montant des cotisations de HBC était fixé par un actuairé dont les calculs s'appuyaient sur certaines hypothèses — taux d'inflation, rendement du capital investi, employés à venir, etc. Un tel exercice d'estimation se traduit fréquemment par des écarts entre l'évaluation de l'actuaire et l'état réel de la caisse de retraite.

[5] On peut dire d'une caisse de retraite qu'elle enregistre un excédent actuariel lorsque l'actuaire conclut que l'actif du régime est supérieur à son

defined benefits). Where the prediction is that the liabilities are greater than the assets, the fund is said to be in deficit. Because of the nature of the actuarial predictions, it is sometimes said that an actuarial surplus or deficit only exists on paper. If the pension plan is terminated, or wound-up, the assets and liabilities can be tallied and whether a fund is *actually* in deficit or surplus can be determined. Therefore, it is sometimes said that an actual surplus only crystallizes on plan termination.

[6] The employer's and employees' respective rights and obligations with respect to the defined benefits, contributions and surplus are set out in the pension plan documentation. In the present case there are two types of pension plan documents: the pension plan text and the fund management agreement (also referred to as the trust agreement). Gillese J.A. succinctly described the role of each document in her reasons (2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140, at paras. 35-36). To paraphrase her reasons, the pension plan text is a contract between the employer and the employee. The plan text sets out the administration of the pension plan and addresses matters such as funding obligations of the employer and employees, defined benefits and the method by which the plan will be administered. The plan text is not a stand-alone document, however, as it is not a tool for accumulating funds. Therefore, a second document is required. In this case, there is a trust agreement between HBC and the trustees of the pension fund. This document established and requires the maintenance of the HBC pension trust fund. Certain provisions of the pension text and the trust agreement will be reviewed in more detail in the analysis that follows below.

## II. Facts

[7] HBC provided a pension plan for its employees ("the plan"). It is a contributory, defined benefits pension plan.

[8] The plan was established in 1961. For the first twenty years of existence, the plan was in deficit — the fund did not contain enough assets to cover the defined benefits of the employees. HBC made

passif (c.-à-d. les prestations déterminées). Par contre, s'il conclut que le passif est supérieur à l'actif, la caisse est tenue pour déficitaire. À cause de la nature des avis actuariels, on dit parfois que l'excédent ou le déficit actuariel n'existe qu'en théorie. S'il est mis fin au régime de retraite, ou si le régime est liquidé, on peut comptabiliser l'actif et le passif et déterminer si la caisse est *réellement* déficitaire ou excédentaire. C'est pourquoi on dit parfois que l'excédent réel d'un régime ne se cristallise qu'à la date à laquelle on met fin au régime.

[6] Les droits et les obligations respectifs de l'employeur et des employés au regard des prestations déterminées, des cotisations et de l'excédent sont définis dans les documents relatifs au régime de retraite. En l'espèce, le régime est constitué par deux types de documents : le texte du régime et la convention de gestion de la caisse (aussi appelée la convention de fiducie). Dans ses motifs, la juge Gillese a décrit brièvement le rôle de chaque document (2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140, par. 35-36). Pour paraphraser ses propos, le texte du régime est un contrat entre l'employeur et l'employé. Il explique le fonctionnement du régime et traite de questions telles que l'obligation de cotiser de l'employeur et des employés, les prestations déterminées et le mode d'administration du régime. Or, il n'est pas un document autonome puisqu'il ne prévoit pas l'accumulation des fonds, d'où la nécessité d'un deuxième document qui, en l'espèce, consiste en une convention de fiducie entre HBC et les fiduciaires de la caisse de retraite. Ce document a constitué en fiducie la caisse de retraite de HBC et en prévoit la continuation. J'examinerai en détail certaines dispositions du texte du régime et de la convention de fiducie dans l'analyse qui suit.

## II. Les faits

[7] HBC offrait à ses employés un régime de retraite contributif à prestations déterminées (« le régime »).

[8] Le régime a été constitué en 1961. Au cours de ses vingt premières années d'existence, il accusait un déficit — l'actif de la caisse ne suffisait pas à couvrir les prestations déterminées des employés.

additional payments to keep the plan solvent. In 1982, the plan generated its first actuarial surplus. In response to the surplus, HBC began taking contribution holidays — meaning that it did not have to continue contributing to cover the defined benefits. The actuarial surplus also allowed HBC to pay for plan administration expenses out of the fund without affecting the defined benefits. In 1986, HBC attempted to withdraw \$35 million of the estimated \$76 million surplus in the fund. It abandoned this process, at least in part, because of the employees' adverse reaction.

[9] Although the original 1961 plan documentation provided that HBC's contributions were "entirely voluntary" and that payment of defined benefits under the plan were not guaranteed, the documentation also states that HBC intended to contribute the amounts deemed necessary on the basis of actuarial computations to provide the retirement benefits under the plan (art. 4 and 11.01). As indicated, HBC did make the payments that were required to fund the defined benefits under the plan when it was in deficit.

[10] In 1965, *The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, c. 96, came into force which required employers to pre-fund their defined benefit pension plans to maintain prescribed solvency levels (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at p. 43). In the *Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c. 35 ("1987 PBA") (the Act in force at the time relevant to this appeal), s. 56(1) provided:

A pension plan is not eligible for registration unless it provides for funding sufficient to provide the pension benefits, ancillary benefits and other benefits under the pension plan in accordance with this Act and the regulations.

[11] In the 1985 plan that was amended and restated on January 1, 1985, art. 4.04 provided that HBC was obligated to make contributions sufficient

Afin d'assurer la solvabilité du régime, HBC a versé des cotisations supplémentaires. En 1982, le régime a affiché son premier excédent actuariel, ce qui a incité HBC à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations, son apport n'étant plus nécessaire pour couvrir le montant des prestations déterminées. L'excédent actuariel lui permettait également de payer les frais d'administration du régime à même la caisse sans entamer les fonds réservés aux prestations déterminées. En 1986, HBC a voulu retirer 35 millions de dollars de l'excédent de la caisse estimé à 76 millions de dollars. Elle a abandonné l'idée, entre autres, en raison de la réaction négative des employés.

[9] Même si les documents initiaux relatifs au régime, qui datent de 1961, précisaient à propos des cotisations de HBC qu'elles seraient [TRADUCTION] « tout à fait volontaires » et que le versement des prestations déterminées par le régime n'était pas assuré, ils prévoyaient également que HBC entendait cotiser les fonds jugés nécessaires, suivant des calculs actuariels, au versement des prestations de retraite prévues au régime (art. 4 et 11.01). Comme il est indiqué précédemment, HBC a cotisé des sommes suffisantes pour financer le régime de prestations déterminées quand ce dernier était déficitaire.

[10] En 1965, la *Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96, a exigé des employeurs la capitalisation anticipée de leurs régimes de retraite à prestations déterminées afin d'en assurer le degré de solvabilité prescrit (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 43). Le paragraphe 56(1) de la *Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, ch. 35 (« PBA de 1987 »), en vigueur à l'époque visée par le litige, dispose :

[TRADUCTION] Un régime de retraite n'est pas admissible à l'enregistrement s'il ne prévoit pas de financement suffisant pour assurer les prestations de retraite, les prestations accessoires et les autres prestations aux termes du régime de retraite, conformément à la présente loi et aux règlements.

[11] Dans le texte du régime modifié en date du 1<sup>er</sup> janvier 1985, l'art. 4.04 prévoyait l'obligation pour HBC de cotiser des fonds suffisants pour financer

to cover the defined benefits under the plan. Article 4.04 provided in part:

The company shall from time to time, but not less frequently than annually, contribute such amounts to the Plan as are necessary, in the opinion of the Actuary, to provide the pension benefits accruing to Members during the current year and to amortize any initial unfunded liability or experience deficiency in accordance with the requirements of the Act, after taking into account the assets in the Trust Fund, the earnings thereon, the required contributions of Members during the year and all other relevant factors.

[12] Therefore, notwithstanding the apparent voluntary nature of HBC's contributions at the outset in 1961, HBC did make all contributions necessary to fund the defined benefits under the plan. In any event, HBC, pursuant to art. 4.04, expressly undertook and was required to satisfy the defined benefits prescribed under the plan.

[13] In 1987, HBC sold its Northern Stores Division to NWC. NWC agreed to retain the Northern Stores employees. This resulted in approximately 1,200 employees being transferred from HBC to NWC. As part of the sale, HBC and NWC entered into an agreement to protect the pensions of the transferred employees. The agreement provided that NWC would establish a new pension plan and would provide the transferred employees with benefits "at least equal to those presently provided under [the HBC plan]". HBC agreed to transfer assets sufficient to cover the defined benefits of the transferred employees. The actuarial report showed that HBC had to transfer approximately \$12.6 million to cover the defined pension benefits of the transferred employees.

[14] At the time of the transfer, the HBC plan had a significant actuarial surplus estimated to be about \$94 million. HBC and NWC discussed whether a portion of the actuarial surplus should be transferred. However, HBC suggested that transferring part of the surplus would increase the purchase price and the matter went no further.

[15] NWC contested the transferred amount on the basis that it did not sufficiently account for early

les prestations déterminées prévues au régime. Suit un extrait de l'art. 4.04 :

[TRADUCTION] Au moins une fois l'an, la société cotise au régime la somme nécessaire, selon l'actuaire, pour verser aux participants les prestations de retraite accumulées pendant l'année en cours et pour amortir tout déficit actuariel ou perte actuarielle conformément aux prescriptions de la loi, compte tenu des facteurs pertinents, notamment l'actif du fonds en fiducie, ses revenus et les cotisations que sont tenus de verser les participants au cours de l'année.

[12] Ainsi, en dépit du caractère apparemment volontaire de ses cotisations à l'époque de la constitution du régime, en 1961, HBC a versé tous les fonds nécessaires pour financer le régime de prestations déterminées. Du reste, à l'art. 4.04, HBC s'était engagée expressément à financer les prestations déterminées prévues au régime, et elle y était tenue.

[13] En 1987, HBC a vendu sa division des Magasins du Nord à CNO, qui a convenu de garder à son service les employés des Magasins du Nord. Environ 1 200 employés de HBC ont donc été mutés à CNO. Dans le cadre de la vente, HBC et CNO ont conclu une entente visant à protéger le régime de retraite des employés mutés. Cette entente prévoyait la constitution, par CNO, d'un nouveau régime de retraite qui offrirait aux employés mutés des prestations [TRADUCTION] « au moins égales à celles prévues par [le régime HBC] ». HBC a consenti à transférer des éléments d'actif suffisants pour assurer les prestations déterminées des employés mutés, soit environ 12,6 millions de dollars, selon le rapport de l'actuaire.

[14] Au moment du transfert, le régime de HBC affichait un excédent actuariel important estimé à quelque 94 millions de dollars. HBC et CNO ont discuté de la possibilité de transférer une partie de cet excédent, mais HBC a laissé entendre qu'une telle transaction ferait augmenter le prix d'achat et la question n'a plus été débattue.

[15] CNO a contesté la somme transférée, faisant valoir qu'elle ne suffirait pas au versement des

retirement benefits. The matter was heard before the Superintendent of the Pension Commission of Ontario. The Superintendent agreed with NWC and found that the transferred amount did not account for early retirement benefits. However, the Superintendent found that he did not have the jurisdiction to order a transfer of further funds to cover the shortfall. NWC brought an application in court to determine its rights under the agreement. Gotlib J. of the Ontario Court of Justice agreed with NWC and ordered the transfer of an additional \$1.27 million to cover early retirement benefits (*North West Co. v. Hudson's Bay Co.*, [1991] O.J. No. 2449 (QL)).

[16] The issue of transferring the actuarial surplus was presented to the Superintendent. He held that he did not have the jurisdiction to determine issues of surplus entitlement.

### III. Lower Court Decisions

#### A. *Ontario Superior Court of Justice (2005), 51 C.C.P.B. 66*

[17] Peter Burke, Richard Fallis and A. Douglas Ross were Northern Stores employees who were transferred to NWC. They were appointed representatives of all the pension plan beneficiaries who were transferred to NWC. In their personal and representative capacity they claimed to be entitled to a portion of the actuarial surplus that existed in the HBC pension at the time of the transfer. They also sought to recover plan administration expenses that HBC charged to the fund, as well as the actuarial surplus funds that HBC used to take contribution holidays.

[18] Campbell J. heard the transferred employees' claims at the Ontario Superior Court of Justice. He concluded that the surplus was subject to trust principles, and that the transferred employees, as beneficiaries of the trust, had an equitable interest in the actuarial surplus. Campbell J. reasoned that the remaining employees stood to benefit from a greater pool of assets, because the entire actuarial surplus remained with HBC. Conversely, the transferred

prestations de retraite anticipée. L'affaire a été soumise au surintendant de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario, qui a donné raison à CNO. Cependant, à son avis, il n'avait pas compétence pour ordonner le transfert de fonds supplémentaires pour combler la différence. CNO s'est alors adressée au tribunal afin que soient déterminés les droits que lui conférait l'entente. Le juge Gotlib de la Cour de justice de l'Ontario a souscrit à la thèse de CNO et a ordonné le transfert d'une somme additionnelle de 1,27 million de dollars qui servirait au versement des prestations de retraite anticipée (*North West Co. c. Hudson's Bay Co.*, [1991] O.J. No. 2449 (QL)).

[16] La question du transfert de l'excédent actuariel a été soumise au surintendant, qui s'est dit incompétent pour trancher les questions relatives au droit à l'excédent.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (2005), 51 C.C.P.B. 66*

[17] Peter Burke, Richard Fallis et A. Douglas Ross font partie des employés des Magasins du Nord qui ont été mutés à CNO. Ils ont été désignés à titre de représentants de l'ensemble des bénéficiaires du régime de retraite mutés à CNO. En leur qualité personnelle et en leur qualité de représentants, ils ont prétendu avoir droit à une partie de l'excédent actuariel qu'affichait le régime de HBC au moment du transfert. Ils ont également demandé le remboursement des frais d'administration du régime prélevés sur la caisse par HBC, de même que des fonds provenant de l'excédent actuariel dont cette dernière s'était servie pour s'accorder des périodes d'exonération de cotisations.

[18] Le juge Campbell de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a instruit les demandes présentées par les employés mutés. Il a conclu que l'excédent du régime était assujéti aux principes de la fiducie et que les employés mutés, en tant que bénéficiaires de la fiducie, avaient un intérêt en equity dans l'excédent actuariel. Le juge Campbell a estimé que les employés demeurés en poste chez HBC auraient la chance de bénéficier d'une caisse

employees were deprived of the actuarial surplus that would have provided greater security for the payment and potential improvement of their benefits. The trial judge concluded that the disparate treatment of the beneficiaries was a breach of an equitable trust which required the transfer of a portion of the actuarial surplus to remedy the breach. The details of the remedy would be determined after further submissions from the parties.

[19] Campbell J. found in favour of HBC on the issue of expenses and concluded, based on contract principles, that HBC was entitled to charge plan administration expenses to the pension fund. Campbell J. also concluded that HBC was permitted to take contribution holidays. His conclusion on the latter issue was not appealed.

B. *Ontario Court of Appeal, 2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140*

[20] HBC appealed the issue of surplus to the Court of Appeal and the transferred employees cross-appealed on the issue of expenses. Gillese J.A., for a unanimous court, allowed the appeal and dismissed the cross-appeal.

[21] On the issue of surplus, Gillese J.A. determined that the matter could only be resolved by first determining whether the transferred employees had any entitlement to the actuarial surplus at the time of the transfer. If they did not, then HBC could not have had any obligation to transfer a portion of the actuarial surplus. Surplus entitlement is a matter of construction. Gillese J.A. analysed the language of the plan documentation and found that the documents did not contain any of the language that courts have found to establish employee entitlement to surplus. On the basis of several provisions in the plan text, Gillese J.A. found that the employees were entitled to only the defined benefits provided by the terms of the plan.

mieux garnie, parce que HBC avait conservé la totalité de l'excédent actuariel, tandis que les employés mutés se voyaient privés de ces fonds qui auraient mieux garanti leurs prestations et qui étaient susceptibles de les bonifier. Le juge du procès a conclu que le traitement différent accordé aux bénéficiaires contrevenait à une fiducie régie par l'équité et que, pour y remédier, une partie de l'excédent actuariel devait être transférée. Les détails de cette mesure de réparation seraient déterminés une fois que les parties auraient présenté leurs observations à cet égard.

[19] Le juge Campbell a donné gain de cause à HBC sur la question des frais d'administration et, se fondant sur les principes du droit des contrats, a conclu que HBC pouvait imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite. Le juge Campbell a également conclu que HBC était autorisée à s'exonérer du versement des cotisations. Il n'a pas été interjeté appel de sa conclusion sur cette dernière question.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2008 ONCA 394, 236 O.A.C. 140*

[20] HBC s'est pourvue devant la Cour d'appel sur la question de l'excédent, et les employés mutés ont formé un appel incident sur la question des frais d'administration. Dans une décision unanime, la juge Gillese a accueilli l'appel et a rejeté l'appel incident.

[21] Au sujet de l'excédent, la juge Gillese a conclu qu'elle ne pouvait trancher cette question qu'après avoir déterminé si les employés mutés avaient un droit quelconque à l'excédent actuariel au moment du transfert. Dans la négative, HBC ne pouvait avoir eu l'obligation d'en transférer une portion. Le droit à l'excédent est une affaire d'interprétation. Après avoir analysé le libellé des documents relatifs au régime, la juge Gillese était d'avis qu'ils ne contenaient aucune des formules reconnues par les tribunaux comme conférant un droit à l'excédent aux employés. Se fondant sur plusieurs dispositions du texte du régime, la juge Gillese a conclu que les employés n'avaient droit qu'aux prestations déterminées que leur accordait le régime.

[22] Gillese J.A. agreed with the trial judge that a fundamental principle of trust law is that the beneficiaries are to be treated with impartiality and an even hand. However, she noted, this principle is subject to the terms of the trust instrument. Gillese J.A. found that the plan documentation displaced the duty of even-handedness with respect to the actuarial surplus. Because the employees were only entitled to the defined benefits at the time of the transfer, the duty of even-handedness only required ensuring that the defined benefits were protected. In her opinion, the considerable discretion afforded to the employer on the use of actuarial surplus supported her conclusion.

[23] Based on the text of the plan documentation, Gillese J.A. found that HBC was entitled to charge plan administration expenses to the fund. Silence does not create a positive obligation on the employer to pay expenses. The plan text was silent on plan administration expenses; therefore, HBC was not obliged to pay out of its own pocket. Subsequent amendments to the documentation made this explicit, stating that administration costs could be paid out of the pension fund.

[24] Mr. Burke et al. (“Burke”) appeal the decision on both issues.

#### IV. Issues

[25] I will deal with the issues in the reverse order of the Court of Appeal. First, did HBC properly pay the plan administration expenses from the pension fund? Second, was HBC obligated to transfer a portion of the actuarial surplus in the sale of Northern Stores?

#### V. Analysis

[26] Both issues in this appeal concern HBC's obligations with respect to surplus in the pension plan. Pension surpluses raise contentious issues that this Court has considered previously: *Schmidt*

[22] La juge Gillese a souscrit à la conclusion du juge du procès qu'un principe fondamental du droit des fiducies exige que les bénéficiaires soient traités de manière impartiale et égalitaire. Toutefois, a-t-elle fait remarquer, ce principe est assujéti à la convention de fiducie. Selon elle, les documents relatifs au régime supplantent le devoir de traitement égalitaire relativement à l'excédent actuariel. Comme les employés n'avaient droit qu'aux prestations déterminées au moment du transfert, le devoir de traitement égalitaire se limitait à la protection de ces prestations. À son avis, l'important pouvoir discrétionnaire conféré à l'employeur quant à l'utilisation de l'excédent actuariel était sa conclusion.

[23] Se fondant sur le libellé des documents relatifs au régime, la juge Gillese a conclu que HBC pouvait imputer les frais d'administration du régime à la caisse. L'absence d'une disposition sur le paiement des frais n'impose pas à l'employeur l'obligation positive de les acquitter. Le texte du régime ne prévoyait rien à l'égard des frais d'administration du régime; en conséquence, HBC n'était pas tenue de les payer de sa poche. Des modifications subséquentes aux documents ont clarifié la question, en permettant expressément le paiement des frais d'administration à même la caisse de retraite.

[24] M. Burke et les autres appelants (« le groupe de M. Burke ») ont interjeté appel du jugement rendu sur les deux questions.

#### IV. Questions en litige

[25] J'analyserai les questions dans l'ordre inverse de celui adopté par la Cour d'appel. Premièrement, HBC a-t-elle agi à bon droit en payant les frais d'administration du régime à même la caisse de retraite? Deuxièmement, HBC était-elle tenue de transférer une portion de l'excédent actuariel dans le cadre de la vente des Magasins du Nord?

#### V. Analyse

[26] Les deux questions dont notre Cour est saisie en l'espèce portent sur les obligations de HBC à l'égard de l'excédent accumulé par le régime de retraite. L'excédent d'une caisse de retraite soulève

v. *Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678. In all these cases the interests in the surplus of the pension plan have been determined according to the words of the relevant documents and applicable contract and trust principles and statutory provisions.

#### A. Plan Administration Expenses

[27] In 1982, when the pension fund had its first actuarial surplus, HBC began paying plan administration expenses out of the fund. Burke alleges that HBC improperly charged these expenses to the fund and that HBC, itself, should have paid the expenses. They seek to reclaim the funds used to pay expenses from 1982 until they were transferred to NWC in 1987.

[28] This Court recently addressed the issue of plan administration expenses in *Kerry*. While this Court's reasons in *Kerry* were released after the Court of Appeal's decision in the present appeal, my view is that the issue was correctly decided by Gillese J.A. I will briefly address why HBC properly paid the expenses from the fund in accordance with the principles in *Kerry*, but the Court of Appeal's decision correctly analyses this issue in more detail.

[29] In *Kerry*, this Court determined that absent a statutory or common law authority creating an obligation on the employer to pay for expenses, such an obligation must arise from the text and the context of the pension plan documents (para. 40). There was no statutory obligation on HBC to pay expenses. Accordingly, Burke argues that the obligation on HBC derives from the plan documents and the common law. This argument was rejected at the Court of Appeal, and for the following reasons I would also reject this argument.

des questions litigieuses sur lesquelles notre Cour a déjà été appelée à se pencher : *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678. Dans toutes ces affaires, le droit à l'excédent a été déterminé en fonction du libellé des documents pertinents, des principes du droit des contrats et du droit des fiducies et des textes législatifs applicables.

#### A. Frais d'administration du régime

[27] En 1982, année où le régime a affiché son premier excédent actuariel, HBC a commencé à payer à même la caisse les frais d'administration du régime. Le groupe de M. Burke prétend que HBC a irrégulièrement imputé ces frais à la caisse et qu'elle aurait dû les acquitter elle-même. Il sollicite le remboursement des fonds ayant servi au paiement de ces frais, de 1982 jusqu'à sa mutation à CNO, en 1987.

[28] Notre Cour a récemment traité de la question des frais d'administration d'un régime dans l'arrêt *Kerry*. Certes, nos motifs ont été publiés après l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, mais j'estime que la juge Gillese a correctement tranché la question. Je traiterai brièvement des raisons pour lesquelles, selon les principes établis dans *Kerry*, HBC a agi à bon droit en payant ces frais à même la caisse, mais je rappelle que la Cour d'appel analyse correctement cette question plus en détail dans sa décision.

[29] Dans l'arrêt *Kerry*, la Cour a statué qu'en l'absence d'une source de nature législative ou jurisprudentielle qui obligerait l'employeur à acquitter les frais d'un régime de retraite, une telle obligation devrait découler du texte et du contexte des documents relatifs au régime (par. 40). Aucune loi n'imposait à HBC l'obligation de payer ces frais. Par conséquent, le groupe de M. Burke soutient que cette obligation découle des documents relatifs au régime et de la jurisprudence. Cet argument a été rejeté par la Cour d'appel et je suis d'avis de faire de même pour les motifs qui suivent.

[30] Burke argues that art. 21 of the original 1961 trust agreement imposes an obligation on the employer to pay plan administration expenses. The article provides:

21. COMPENSATION OF TRUSTEE

The Trustee shall be entitled to such compensation as may from time to time be mutually agreed in writing with the Company. Such compensation and all other disbursements made and expenses incurred in the management of the Fund shall be paid by the Company.

Burke puts particular emphasis on the last sentence of the provision and argues that “all other disbursements made and expenses incurred in the management of the Fund” is an ambiguous phrase and could include not only trustee expenses, but also additional plan administration expenses.

[31] In light of this broad wording, Burke argues that the ambiguity should be resolved having regard to the statements made in booklets distributed to the employees by HBC for the purpose of explaining their pension benefits. The HBC pension booklets for 1961, 1975 and 1980 stated that the entire cost of administering the plan will be borne or paid by the Company. Therefore, Burke argues that the combined effect of art. 21 and these booklets is that HBC improperly charged the plan administration expenses to the fund.

[32] I cannot accept this argument. In my opinion, art. 21 is not broad nor ambiguous. Article 21 deals with expenses incurred by the trustee “in the management of the Fund” and does not address plan administration expenses. The plan text, which deals with the administration of the plan, is silent on plan administration expenses. This Court reached the same conclusion in *Kerry*, where a similar article was found to impose an obligation on the employer to pay only for trustee expenses and not plan administration expenses. In my opinion, art. 21 is not ambiguous, as Burke suggests. The article

[30] Le groupe de M. Burke prétend que l'art. 21 de la convention de fiducie originale, qui date de 1961, impose à l'employeur l'obligation de payer les frais d'administration du régime. L'article est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

21. RÉMUNÉRATION DU FIDUCIAIRE

Le fiduciaire aura droit à la rémunération dont il aura convenu par écrit avec la société. Cette rémunération, ainsi que tous les autres débours et frais engagés dans le cadre de la gestion de la caisse, seront acquittés par la société.

Le groupe de M. Burke, insistant sur la dernière phrase de la disposition, fait valoir que la proposition [TRADUCTION] « tous les autres débours et frais engagés dans le cadre de la gestion de la caisse » est ambiguë et qu'elle pourrait viser non seulement les dépenses du fiduciaire, mais également les autres frais d'administration du régime.

[31] Invoquant le caractère général du libellé, le groupe de M. Burke prétend que l'ambiguïté devrait être résolue à la lumière des affirmations qui figurent dans les brochures distribuées par HBC à ses employés pour leur expliquer leur régime de retraite. Les brochures de 1961, 1975 et 1980 affirment que la totalité des frais relatifs à l'administration du régime seront assumés ou payés par la société. Partant, le groupe de M. Burke soutient que, compte tenu de l'art. 21 et des brochures, interprétés ensemble, HBC a agi irrégulièrement en prélevant sur la caisse les frais d'administration du régime.

[32] Je ne puis retenir cet argument. À mon avis, l'art. 21 n'est ni général ni ambigu. L'article 21 traite des dépenses engagées par le fiduciaire « dans le cadre de la gestion de la caisse » et non des frais d'administration du régime. Le texte du régime, qui porte sur l'administration de ce dernier, est muet sur la question des frais d'administration. La Cour est arrivée à la même conclusion dans l'arrêt *Kerry*, où elle a jugé qu'une disposition semblable imposait à l'employeur l'obligation de ne payer que les dépenses du fiduciaire, et non les frais d'administration du régime. Selon moi, l'art. 21 n'est pas

clearly outlines HBC's obligation with respect to trustee expenses and nothing else.

[33] In 1971, HBC entered into a new trust agreement. This new trust agreement included a provision which expressly allowed HBC to charge plan administration expenses to the fund. Again, in 1984, HBC entered into a new trust agreement. The 1984 trust agreement also expressly allowed HBC to charge plan administration expenses to the fund. Since the new trust agreements merely confirmed expressly what was already implicitly provided for in the original trust agreement, there is no need to discuss whether the new versions were valid as they introduce no new obligations or rights with respect to plan administration expenses.

[34] What, then, is the effect of the HBC pension booklets that stated that HBC would bear the entire cost of administering the pension plan? In light of my conclusion that art. 21 was unambiguous, it is not necessary to look to the booklets as an interpretative aid. Burke did not advance the argument in this Court that the statement in the booklets was a binding promise and created an estoppel.

[35] I would dismiss this ground of the appeal.

#### B. *Transfer of Surplus*

[36] The primary issue on this appeal is whether HBC was required to transfer a portion of the actuarial surplus when it sold Northern Stores to NWC in 1987. This is a novel question in pension law. The novelty arises from the fact that the sale occurred in the context of an ongoing pension plan, rather than a terminated or wound-up plan.

[37] Burke argues that, because the transfer occurred in the context of an ongoing plan, plan administration principles should govern the transfer. He says that he has an equitable interest in the

ambigu, comme le prétend le groupe de M. Burke. Cette disposition décrit clairement l'obligation de HBC à l'égard des dépenses engagées par le fiduciaire, et rien d'autre.

[33] En 1971, HBC a conclu une nouvelle convention de fiducie, laquelle autorisait expressément HBC à imputer à la caisse les frais d'administration du régime. En 1984, HBC a conclu une autre convention de fiducie, qui comportait elle aussi une disposition expresse à cet effet. Puisque les nouvelles conventions de fiducie n'ont fait que confirmer expressément ce que prévoyait implicitement la convention originale et n'ont pas créé de nouvelles obligations ni de nouveaux droits à l'égard des frais d'administration du régime, il n'y a pas lieu de se pencher sur leur validité.

[34] Quel est donc l'effet des brochures sur le régime de retraite de HBC qui affirmaient que cette dernière supporterait la totalité des frais relatifs à l'administration du régime? Vu ma conclusion que l'art. 21 n'est pas ambigu, il n'est pas nécessaire de recourir aux brochures comme outil d'interprétation. Le groupe de M. Burke n'a pas prétendu devant la Cour que l'affirmation figurant dans les brochures était une promesse exécutoire et qu'elle emportait la préclusion.

[35] Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

#### B. *Transfert de l'excédent*

[36] La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si HBC était tenue de transférer une portion de l'excédent actuariel lorsqu'elle a vendu ses Magasins du Nord à CNO en 1987. Il s'agit d'une question nouvelle intéressant le droit applicable aux régimes de retraite. Sa nouveauté tient au fait que le régime de retraite a continué d'exister après la vente; il n'y a pas été mis fin et il n'a pas été liquidé.

[37] Le groupe de M. Burke soutient que le transfert, survenu dans le contexte du prolongement du régime, était assujéti aux principes applicables à l'administration du régime. Il affirme avoir un droit

total assets of the fund and therefore he can bring a claim against HBC for breach of fiduciary duty and compel due administration of the fund. He says HBC, as a fiduciary, had the obligation to treat the beneficiaries of the fund with an even hand and that in not transferring a portion of the surplus in the fund for the benefit of the transferred employees, HBC breached its fiduciary duty of even-handedness.

[38] I will first address the question of whether HBC is a fiduciary in the circumstances of this case. Second, I will address the role of the 1987 PBA in the transfer of assets to NWC. I will then turn to Burke's argument that he has an equitable interest in the total assets of the fund. After that, I deal with the even-handedness argument and finally the obligations of HBC in the due administration of the pension fund.

(1) HBC as Fiduciary

[39] In *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 408, La Forest J. endorsed the indicia that help recognize a fiduciary relationship set forth by Wilson J. in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 136:

(1) [S]cope for the exercise of some discretion or power; (2) that power or discretion can be exercised unilaterally so as to effect the beneficiary's legal or practical interests; and, (3) a peculiar vulnerability to the exercise of that discretion or power.

La Forest J. wrote that "Wilson J.'s mode of analysis has been followed as a 'rough and ready guide' in identifying new categories of fiduciary relationships" (see also D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 42).

[40] At para. 55 of her reasons, Gillese J.A. found that HBC, as pension plan administrator, was a fiduciary. Article 11.01 of the 1985 restatement of the pension plan designates HBC as the

en equity dans l'actif total de la caisse et pouvoir, en conséquence, intenter une action contre HBC pour violation de son devoir fiduciaire et exiger la bonne administration de la caisse. Selon lui, HBC était tenue, en sa qualité de fiduciaire, d'accorder un traitement égalitaire aux bénéficiaires de la caisse et elle aurait manqué à ce devoir fiduciaire par son défaut de transférer une portion de l'excédent au profit des employés mutés.

[38] Je trancherai d'abord la question de savoir si HBC est une fiduciaire dans le contexte qui nous occupe. J'examinerai ensuite le rôle de la PBA de 1987 dans le transfert des éléments d'actifs à CNO. J'analyserai par la suite la prétention du groupe de M. Burke selon laquelle il aurait un droit en equity dans l'actif total de la caisse. Enfin, je traiterai de l'argument relatif au traitement égalitaire et j'aborderai les obligations de HBC à l'égard de la bonne administration de la caisse de retraite.

(1) HBC agissant à titre fiduciaire

[39] Dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, à la p. 408, le juge La Forest fait siennes les caractéristiques qui aident le tribunal à reconnaître une relation fiduciaire énoncées par la juge Wilson dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 136 :

(1) [U]n certain pouvoir discrétionnaire peut être exercé, (2) ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire, et (3) une vulnérabilité particulière à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Le juge La Forest a précisé que « la méthode d'analyse du juge Wilson a été suivie en tant que "guide sommaire et existant" pour identifier de nouvelles catégories de rapports [fiduciaux] » (voir aussi D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2005), p. 42).

[40] Au paragraphe 55 de ses motifs, la juge Gillese a conclu que HBC, en sa qualité d'administratrice du régime, agissait à titre fiduciaire. L'article 11.01 de la reformulation du régime de

plan administrator with the power to “conclusively decide all matters relating to the administration, interpretation, overall operation and application of the Plan”. Article 11.01 provides:

11.01 Company Administration

The Plan shall be administered by the Company which shall determine all questions relating to the length of Continuous Service, eligibility, early or postponed retirement, and rates and amounts of Annual Earnings and Average Earnings for the purposes of the Plan and shall conclusively decide all matters relating to the administration, interpretation, overall operation and application of the Plan, consistent, however, with the text of the Plan, the terms of the Trust Agreement, and the Act and the Income Tax Act (Canada). [Emphasis added.]

[41] Subject to the text of the plan, the terms of the trust agreement, and relevant statutes, there is no doubt that HBC had wide discretion with respect to the pension plan, which it could exercise unilaterally and which could affect the interests of the employees, and to which exercise of discretion the employees were vulnerable. Therefore, I agree with Gillese J.A. that in these circumstances HBC, as plan administrator, was a fiduciary and that a fiduciary relationship existed between HBC as administrator and the employees/beneficiaries under the pension plan. As Gillese J.A. wrote, at para. 55, “[h]ad there been a legal obligation to transfer part of the surplus at the time of Sale and had it been found that the Bay failed to cause that to occur, the proper nomenclature would have been a finding that the Bay was in breach of its fiduciary obligations to the Transferred Employees.” The question is whether there was such a legal obligation.

(2) The Pension Benefits Act, 1987

[42] HBC argues that s. 81 of the 1987 PBA is a specialized regime for transferring pension assets

retraite de 1985 désigne HBC à titre d'administratrice du régime et lui confère le pouvoir de régler [TRADUCTION] « définitivement toutes les questions relatives à l'administration, à l'interprétation, au fonctionnement général et à l'application du régime ». L'article 11.01 est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

11.01 Administration par la société

Le régime est administré par la société, qui tranche toutes les questions relatives à la durée du service ininterrompu, à l'admissibilité, à la retraite anticipée ou différée, ainsi qu'aux taux et aux montants de revenu annuel et de revenu moyen pour l'application du régime et régle définitivement toutes les questions relatives à l'administration, à l'interprétation, au fonctionnement général et à l'application du régime, en conformité toutefois avec le texte du régime, avec la convention de fiducie et avec la Loi et la Loi de l'impôt sur le revenu (Canada). [Je souligne.]

[41] Sous réserve du texte du régime, de la convention de fiducie et des lois applicables, il ne fait aucun doute que HBC avait, à l'égard du régime de retraite, un vaste pouvoir discrétionnaire, qu'elle pouvait exercer unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts des employés, et que les employés étaient vulnérables à l'exercice de ce pouvoir. Par conséquent, je conviens avec la juge Gillese qu'en l'espèce, HBC, en qualité d'administratrice du régime, agissait à titre fiduciaire et qu'un lien fiduciaire unissait HBC, en tant qu'administratrice du régime, à ses employés, en tant que bénéficiaires du régime de retraite. Comme l'écrivait la juge Gillese au par. 55 : [TRADUCTION] « S'il avait existé une obligation juridique de transférer une portion de l'excédent lors de la vente, et s'il avait été déterminé que La Baie avait omis de faire en sorte que le transfert soit effectué, il aurait fallu dire, en conclusion, que La Baie avait manqué à ses obligations fiduciaires envers les employés mutés. » Il s'agit de déterminer si une telle obligation lui incombait effectivement en droit.

(2) La Pension Benefits Act, 1987

[42] HBC prétend que l'art. 81 de la PBA de 1987 constitue un régime spécialisé, régissant le

and that it was simply required to comply with this regime, which it did. It says this situation is like that in *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, where this Court found that the general trust rule in *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.), which allows beneficiaries to collapse a trust in certain circumstances, was displaced by legislative provisions.

[43] The transfer of pension assets to NWC was subject to the *1987 PBA* (decision of the Superintendent of the Pension Commission of Ontario, April 30, 1990, Reference C-8389). I note that this statute has been subsequently amended, with the most recent revision receiving Royal Assent as of May 2010. I would also note that the issue of surplus transfer when there is a transfer of pension assets is dealt with under the yet to be proclaimed s. 80(13) of the amended statute (S.O. 2010, c. 9, s. 68). Section 81 of the *1987 PBA* deems the transfer of pension assets in this case to be a continuation of the HBC plan, and it ensures the protection of the employees' defined benefits already accrued, as well as any other benefits provided under the plan. This section provides:

**81.—(1)** Where an employer who contributes to a pension plan sells, assigns or otherwise disposes of all or part of the employer's business or all or part of the assets of the employer's business, a member of the pension plan who, in conjunction with the sale, assignment or disposition becomes an employee of the successor employer and becomes a member of a pension plan provided by the successor employer,

- (a) continues to be entitled to the benefits provided under the employer's pension plan in respect of employment in Ontario or a designated province to the effective date of the sale, assignment or disposition without further accrual;
- (b) is entitled to credit in the pension plan of the successor employer for the period of

transfert de l'actif d'un régime de retraite et qu'il suffisait qu'elle s'y conforme, ce qu'elle a fait. À son avis, la présente situation est semblable à celle qui était examinée dans l'arrêt *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, où la Cour a statué que les dispositions législatives supplantent la règle de *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.), en matière de fiducie, selon laquelle les bénéficiaires peuvent mettre fin à une fiducie dans certaines circonstances.

[43] Le transfert à CNO de l'actif du régime de retraite était assujéti à la PBA de 1987 (décision du 30 avril 1990 du surintendant de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario, n° de dossier C-8389). Je signale que cette loi a été modifiée depuis. La dernière modification a reçu la sanction royale en mai 2010. Je tiens également à signaler que la question du transfert de l'excédent dans le cadre du transfert d'éléments d'actif d'une caisse de retraite est traitée dans le par. 80(13), non encore promulgué, de la loi modifiée (L.R.O. 2010, ch. 9, art. 68). Suivant l'art. 81 de la PBA de 1987, qui protège les prestations déterminées accumulées ainsi que tous les autres avantages accordés aux employés par les régimes, le transfert de l'actif de la caisse en l'espèce est réputé prolonger le régime de HBC. Cet article est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

**81.—(1)** Si un employeur qui cotise à un régime de retraite vend ou cède la totalité ou une partie de ses affaires ou de l'actif de ses affaires, ou l'aliène autrement, un participant au régime de retraite qui, à la suite de la vente, de la cession ou de l'aliénation, devient un employé de l'employeur subséquent et un participant au régime de retraite offert par l'employeur subséquent :

- a) continue d'avoir droit aux prestations prévues aux termes du régime de retraite de l'employeur à l'égard de l'emploi en Ontario ou dans une province désignée jusqu'à la date de prise d'effet de la vente, de la cession ou de l'aliénation sans accumulation supplémentaire;
- b) a droit au crédit dans le régime de retraite de l'employeur subséquent pour la période

membership in the employer's pension plan, for the purpose of determining eligibility for membership in or entitlement to benefits under the pension plan of the successor employer; and

- (c) is entitled to credit in the employer's pension plan for the period of employment with the successor employer for the purpose of determining entitlement to benefits under the employer's pension plan.

(2) Clause (1) (a) does not apply if the successor employer assumes responsibility for the accrued pension benefits of the employer's pension plan and the pension plan of the successor employer shall be deemed to be a continuation of the employer's plan with respect to any benefits or assets transferred.

(3) Where a transaction described in subsection (1) takes place, the employment of the employee shall be deemed, for the purposes of this Act, not to be terminated by reason of the transaction.

(4) Where a transaction described in subsection (1) occurs and the successor employer assumes responsibility in whole or in part for the pension benefits provided under the employer's pension plan, no transfer of assets shall be made from the employer's pension fund to the pension fund of the plan provided by the successor employer without the prior consent of the Superintendent or contrary to the prescribed terms and conditions.

(5) The Superintendent shall refuse to consent to a transfer of assets that does not protect the pension benefits and any other benefits of the members and former members of the employer's pension plan or that does not meet the prescribed requirements and qualifications.

[44] I am not persuaded that s. 81 resolves the issue. Nor do I see this as analogous to the situation in *Buschau*.

[45] Pensions legislation is not a complete code (*Buschau*, at para. 35). As this Court said in *Monsanto* (speaking of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8), the PBA's "purpose is to establish minimum standards and regulatory supervision in order to protect and safeguard the pension benefits and rights of members, former members and others entitled to receive benefits under private pension plans" (para. 38 (emphasis added)).

d'affiliation au régime de retraite de l'employeur, afin de déterminer l'admissibilité à l'affiliation au régime de retraite de l'employeur subséquent ou le droit aux prestations aux termes de ce régime;

- c) a droit au crédit dans le régime de retraite de l'employeur pour la période d'emploi chez l'employeur subséquent afin de déterminer le droit aux prestations aux termes du régime de retraite de l'employeur.

(2) L'alinéa (1) a) ne s'applique pas si l'employeur subséquent assume la responsabilité des prestations de retraite accumulées dans le régime de retraite de l'employeur. Le régime de retraite de l'employeur subséquent est réputé être un prolongement du régime de l'employeur à l'égard des prestations ou de l'actif transférés.

(3) Si une opération décrite au paragraphe (1) a lieu, l'emploi de l'employé est réputé, pour l'application de la présente loi, ne pas avoir pris fin en raison de l'opération.

(4) Si l'opération décrite au paragraphe (1) a lieu et que l'employeur subséquent assume la responsabilité totale ou partielle des prestations de retraite prévues aux termes du régime de retraite de l'employeur, aucun transfert de l'actif n'est fait de la caisse de retraite de l'employeur à celle du régime de retraite offert par l'employeur subséquent sans le consentement préalable du surintendant ou à l'encontre des conditions prescrites.

(5) Le surintendant refuse de consentir à un transfert d'actif qui ne protège pas les prestations de retraite et les autres prestations des participants et des anciens participants au régime de retraite de l'employeur ou qui ne répond pas aux exigences et aux conditions requises qui sont prescrites.

[44] Je ne suis pas convaincu que l'art. 81 tranche la question, ni que la présente situation est analogue à celle en cause dans *Buschau*.

[45] La loi sur les régimes de retraite n'est pas un code exhaustif (*Buschau*, par. 35). Ainsi que l'a affirmé la Cour dans *Monsanto* (au sujet de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8), la loi «  vise à établir des normes minimales et une supervision réglementaire afin de protéger et de garantir les prestations et les droits des participants, des anciens participants et des autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu des »

In my opinion, s. 81(5) does exactly that — establishes a minimum standard for the transfer of pension assets. The terms of the relevant plan and trust documentation may impose a higher standard.

[46] In this way it would not be inconsistent with the legislative scheme for the plan and trust documentation to require a higher standard than that set out in s. 81. By contrast, in *Buschau*, the application of the trust rule in *Saunders* would have allowed the employees to circumvent the statutory procedure and defeat the objective of the legislative scheme (para. 28). These concerns do not arise in the present case. Requiring an employer to transfer additional funds on a sale would not interfere with the procedure set out in s. 81, and would not impede the objective of protecting employees' pension benefits in the context of a sale. Thus, I cannot agree with HBC that compliance with the 1987 PBA is a complete answer to Burke's claim.

[47] It is therefore necessary to turn to the common law and equitable principles that govern the interpretation of the plan and trust documentation.

### (3) Common Law and Equitable Principles

[48] Where a pension plan is created in the form of a trust, trust principles will apply. If there is no express or implied declaration of trust, then the pension plan will be governed by the terms of the plan (*Schmidt*, at p. 639).

[49] The parties agree that the pension fund is held in trust and that it must be administered according to trust principles. Based on the text of the plan documentation, the trust extends to the total assets in the fund (art. 1, 1961 trust agreement).

[50] The trust instrument in this case incorporates the terms of the pension plan (art. 2, 1961

régimes de retraite complémentaires » (par. 38 (je souligne)). À mon avis, c'est exactement l'effet du par. 81(5) : il établit des normes minimales pour le transfert de l'actif d'un régime de retraite. Les documents constituant le régime et la fiducie peuvent imposer une norme supérieure.

[46] Ainsi, l'imposition par les documents constituant le régime et la fiducie d'une norme plus élevée que celle prévue à l'art. 81 ne serait pas contraire au régime législatif. À l'opposé, dans *Buschau*, l'application de la règle de *Saunders* en matière de fiducie aurait permis aux employés de se soustraire aux modalités prévues par la loi, ce qui allait à l'encontre de l'objectif du régime législatif (par. 28). De telles considérations ne sont pas présentes en l'espèce. Obliger l'employeur à transférer des fonds additionnels dans le cadre d'une vente ne menace pas les modalités prévues à l'art. 81 et ne nuirait pas à l'objectif de protéger les prestations de retraite des employés dans le contexte d'une vente. Par conséquent, je ne puis admettre la thèse de HBC selon laquelle le respect des dispositions de la PBA de 1987 suffit à réfuter l'argument du groupe de M. Burke.

[47] Par conséquent, il est nécessaire d'analyser les principes de common law et d'equity régissant l'interprétation des documents relatifs au régime et à la fiducie.

### (3) Principes de common law et d'equity

[48] Lorsqu'un régime de retraite est constitué en fiducie, les principes de la fiducie s'y appliquent. En l'absence d'une déclaration expresse ou implicite de fiducie, le régime de retraite est régi par les dispositions du régime (*Schmidt*, p. 639).

[49] Les parties reconnaissent que la caisse de retraite est détenue en fiducie et qu'elle doit être administrée conformément aux principes de la fiducie. Aux termes des documents relatifs au régime, la fiducie porte sur tous les éléments d'actif de la caisse (article premier, convention de fiducie de 1961).

[50] En l'espèce, la convention de fiducie incorpore par renvoi les dispositions du régime (art. 2,

trust agreement). Thus, both documents are relevant in determining the rights and obligations of the employees and employer under the plan.

(a) *Equitable Interest*

[51] Burke relies on the statement in *Schmidt* that employees have an equitable interest in pension plan surplus prior to termination. He argues that “the absence of a specific legal interest in surplus . . . does not mean that no rights or obligations exist in relation to plan surplus while a pension plan is ongoing” (A.F., at para. 67 (emphasis omitted)). He argues that his equitable interest in the total assets of the fund gives him the ability to bring his claim against his employer for breach of fiduciary duty of even-handedness in its dealings (or lack thereof) with the actuarial surplus.

[52] Burke relies on the following passage in *Schmidt*:

While a plan which takes the form of a trust is in operation, the surplus is an actuarial surplus. Neither the employer nor the employees have a specific interest in this amount, since it only exists on paper, although the employee beneficiaries have an equitable interest in the total assets of the fund while it is in existence. When the plan is terminated, the actuarial surplus becomes an actual surplus and vests in the employee beneficiaries. The distinction between actual and actuarial surplus means that there is no inconsistency between the entitlement of the employer to contribution holidays and the disentitlement of the employer to recovery of the surplus on termination. The former relies on actuarial surplus, the latter on actual surplus. [Emphasis added; pp. 654-55.]

[53] In my view, it is necessary to first determine what is meant by the use of the phrase “equitable interest” in *Schmidt* and, second, to examine how this concept fits within the terms of this specific plan.

[54] Equitable interest typically means “an actual right of property, such as an interest under a trust” (J. McGhee, ed., *Snell's Equity* (31st ed. 2005),

convention de fiducie de 1961). Ainsi, ces deux documents sont pertinents dans l'analyse des droits et obligations des employés et de l'employeur en vertu du régime.

a) *Intérêt en equity*

[51] Le groupe de M. Burke invoque un passage de l'arrêt *Schmidt* selon lequel les employés ont un droit en equity sur l'excédent avant la cessation du régime. Selon lui, [TRADUCTION] « il ne faut pas déduire de l'inexistence d'un intérêt précis en common law dans l'excédent [. . .] l'inexistence de tout droit et de toute obligation relativement à l'excédent pendant l'existence du régime » (m.a., par. 67 (soulignement omis)). Il prétend que son intérêt en equity dans l'actif total de la caisse l'habilite à intenter une action contre son employeur pour violation de son devoir fiducial de traitement égalitaire dans l'utilisation qu'il fait — ou ne fait pas — de l'excédent actuariel.

[52] Le groupe de M. Burke invoque l'extrait suivant tiré de l'arrêt *Schmidt* :

Pendant l'existence d'un régime sous forme de fiducie, le surplus est un surplus actuariel. Ni l'employeur ni les employés n'ont de droit précis sur cette somme puisqu'elle n'existe que théoriquement, même si les employés bénéficiaires ont, en equity, un droit sur tous les éléments d'actif de la caisse pendant qu'elle existe. À la cessation du régime, le surplus actuariel devient un surplus réel et est dévolu aux employés bénéficiaires. La distinction entre le surplus réel et le surplus actuariel signifie qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le droit de l'employeur à des périodes d'exonération de cotisations et le fait qu'il n'a pas le droit de récupérer le surplus accumulé à la cessation du régime. Le premier repose sur un surplus actuariel et le second, sur un surplus réel. [Je souligne; p. 654-655.]

[53] À mon avis, il faut commencer par définir ce qu'on entend par un « intérêt en equity », ou par le terme « droit en equity » employé dans l'arrêt *Schmidt*, pour ensuite déterminer comment s'applique ce concept dans le cadre du régime qui nous intéresse.

[54] Un intérêt en equity est généralement [TRADUCTION] « un véritable droit de propriété, tel l'intérêt détenu en vertu d'une fiducie » (J. McGhee,

at para. 2-05). The holder of an equitable interest owns that property in equity (S. J. Hepburn, *Principles of Equity and Trusts* (4th ed. 2009), at p. 63). According to *Snell's Equity* an equitable interest is distinct from mere equities, floating equities and equitable remedies, though the term “equity” is often used to refer to any or all of these more specific concepts (para. 2-01).

[55] The phrase “equitable interest” was only used once by Cory J. in the course of his judgment in *Schmidt*. The question, then, is in what sense did he use this phrase? In my view, the following observations can be made.

[56] First, it is clear that in a defined benefit pension governed by trust principles, employees have an equitable interest in their defined benefits. As in the case of a classic trust, legal ownership of the defined benefits lies with the trustee. The funds needed to pay the employees’ defined benefits are held in trust on their behalf. As beneficiaries, the employees have an equitable interest in the funds needed to cover their defined benefits.

[57] Second, and importantly, when Cory J. referred to the employees’ equitable interest in the total assets of the fund, he was writing on the premise that the employees were entitled to the actual surplus on termination. This is clear from the language that follows his use of “equitable interest”, which I repeat:

Neither the employer nor the employees have a specific interest in this amount, since it only exists on paper, although the employee beneficiaries have an equitable interest in the total assets of the fund while it is in existence. When the plan is terminated, the actuarial surplus becomes an actual surplus and vests in the employee beneficiaries. [Emphasis added.]

If the employees are entitled to actual surplus on termination then they do have an equitable interest in that surplus, and, when added to their defined

dir., *Snell's Equity* (31<sup>e</sup> éd. 2005), par. 2-05). Le détenteur d’un intérêt en equity dans un bien en est le propriétaire en equity (S. J. Hepburn, *Principles of Equity and Trusts* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 63). Suivant *Snell's Equity*, un intérêt en equity se distingue des simples droits en equity, des droits flottants en equity et des recours d’equity, même si le terme « *equity* », en anglais, sert souvent à désigner ces notions spécifiques individuellement ou collectivement (par. 2-01).

[55] Dans ses motifs dans l’affaire *Schmidt*, le juge Cory ne mentionne qu’une seule fois le « droit en equity » des employés. La question qui se pose alors est de savoir ce qu’il entendait par là. On peut à bon droit, selon moi, faire les observations suivantes.

[56] Tout d’abord, dans le cadre d’un régime de retraite à prestations déterminées régi par les principes de la fiducie, les employés ont à l’évidence un intérêt en equity dans les prestations déterminées. Comme dans le cas d’une fiducie classique, le fiduciaire détient le titre en common law sur les prestations déterminées. Les fonds nécessaires au versement des prestations déterminées aux employés sont détenus en fiducie au profit de ces derniers. En leur qualité de bénéficiaires, les employés ont un intérêt en equity dans ces fonds.

[57] Ensuite, fait important, lorsque le juge Cory mentionne que les employés ont un droit, en equity, sur tous les éléments d’actif de la caisse, il part du postulat que les employés ont droit à l’excédent réel à la cessation du régime. C’est ce qui ressort clairement de la phrase qui suit celle où il parle du droit en equity des employés et que je répète :

Ni l’employeur ni les employés n’ont de droit précis sur cette somme puisqu’elle n’existe que théoriquement, même si les employés bénéficiaires ont, en *equity*, un droit sur tous les éléments d’actif de la caisse pendant qu’elle existe. À la cessation du régime, le surplus actuariel devient un surplus réel et est dévolu aux employés bénéficiaires. [Je souligne.]

Si les employés ont droit à l’excédent réel à la cessation du régime, ils ont un intérêt en equity dans cet excédent. Or, le total de cet excédent et de leurs

benefits, this constitutes the total assets of the fund. Thus, I would agree with Cory J. that, where employees are entitled to actual surplus on termination, they have an equitable interest in the total assets of the fund.

[58] Cory J. did not elaborate on the significance, or content, of that equitable interest in the surplus while the plan is ongoing. However, it seems to me that it might be somewhat analogous to a floating equity. A floating equity attaches to, for example, the residue in a will. The residuary beneficiary does not immediately obtain an equitable interest in the residue of the estate, because the assets may be needed to pay debts. Even in the case of a solvent estate, it is still unclear what property constitutes residue until the administration of the estate is complete. The residuary beneficiary is therefore said to have a “floating equity”, which may or may not crystallise”. A floating equity “protects the beneficiaries, not by giving them equitable interests, but by ensuring the due administration of assets by the personal representatives” (*Snell's Equity*, at para. 2-06).

[59] It appears to me that entitlement to surplus on termination is analogous to the entitlement of a residuary beneficiary. The vesting of actual surplus in the employees is contingent on (a) the plan terminating, (b) there being an actual surplus once the liabilities are satisfied and (c) the employees surviving the date of the termination of the trust.

[60] Do the transferred employees in this case have a floating equity in the total assets of the HBC pension fund during its subsistence? In my view, they do not. As I will explain, the plan text limits their interest to their defined benefits and, unlike the circumstances in *Schmidt*, they are not entitled to surplus on termination.

(b) *The Employees' Rights and Interests Under the Plan*

[61] The original pension plan text provides that the employees' rights and interests under the plan

prestations déterminées correspond à l'actif total de la caisse. Par conséquent, je partage l'avis du juge Cory selon lequel les employés qui ont droit à l'excédent réel à la fin du régime ont un intérêt en equity sur tous les éléments d'actif de la caisse.

[58] Le juge Cory n'a précisé ni la portée ni la teneur de ce droit en equity sur l'excédent d'un régime qui existe toujours. Or, une analogie avec un droit flottant en equity me semble possible. Un droit flottant en equity se rattache, par exemple, au reliquat d'une succession testamentaire. Le bénéficiaire du reliquat n'obtient pas immédiatement un intérêt en equity dans le reliquat de la succession, dont les éléments d'actif risquent d'être affectés en totalité au paiement des dettes. Même lorsque la succession est solvable, on ne peut déterminer les biens qui constitueront le reliquat qu'au terme de l'administration successorale. On dit donc du bénéficiaire du reliquat qu'il possède un [TRADUCTION] « “droit flottant en equity”, qui se cristallisera ou non plus tard ». Un droit flottant en equity « protège les bénéficiaires, non pas en leur conférant un intérêt en equity, mais en assurant la bonne administration des éléments d'actif par les représentants successoraux » (*Snell's Equity*, par. 2-06).

[59] Selon moi, le droit des employés à l'excédent à la cessation du régime s'apparente à celui du bénéficiaire du reliquat. L'excédent réel ne leur est dévolu qu'à la réalisation des trois conditions suivantes : il est mis fin au régime, un excédent réel subsiste après la liquidation du passif et les employés survivent à la fin de la fiducie.

[60] En l'espèce, les employés mutés possèdent-ils un droit flottant en equity dans tous les éléments d'actif de la caisse de retraite de HBC pendant son existence? Je ne le crois pas. Comme je l'expliquerai, aux termes du texte du régime, leur intérêt se limite aux prestations déterminées, et ils n'ont pas droit à l'excédent lorsqu'il est mis fin au régime, comme c'était le cas dans l'affaire *Schmidt*.

b) *Les droits et intérêts conférés aux employés par le régime*

[61] Le texte initial du régime de retraite prévoit que les employés bénéficient uniquement des droits

are limited only to that which is expressly and specifically provided for in the plan.

11.03 *Rights in the Trust Fund:* . . . No Member or person entitled to benefits under the Plan has any right or interest in the Trust Fund except as expressly provided in the Plan; . . .

14.01 . . . There shall be no right to any benefit under this Plan except to the extent such right is specifically provided under the terms of the Plan and there are funds available therefor in the hands of the Trustee.

[62] A review of the original and subsequent pension plan documentation indicates that the only employee benefits that are provided for under the terms of the plan are the employees' defined retirement benefits.

[63] Under the original pension plan provisions in this case, the employees' entitlements in the event of plan termination were expressly limited to their defined retirement benefits:

12.024 *Apportionment of Balance of the Trust Fund to be Proportional:* Any apportionment within each group, in the order stated, shall be proportionate to but not in excess of the actuarially determined present values at the date of the termination of the Plan of their respective retirement benefits and accrued retirement benefits. [Emphasis added.]

[64] At the oral hearing of this appeal, counsel for Burke argued that art. 12.024 had to be interpreted in light of art. 12.022 and 12.023, which are other provisions dealing with plan termination. Counsel submitted that the operation of these provisions required that there had to be at least some employee entitlement to surplus on plan termination (transcript, at pp. 11-19). It was argued that art. 12 required a two-stage distribution to employees on plan termination: first, a distribution

et intérêts qui leur sont accordés expressément par le régime.

[TRADUCTION]

11.03 *Droits sur la caisse de retraite :* [. . .] Les participants et personnes ayant droit à des prestations en vertu du régime n'ont aucun autre droit ni intérêt sur la caisse de retraite que ceux qui leur sont conférés expressément par le régime; . . .

14.01 . . . Le régime n'accorde aucun droit à quelque avantage ou prestation que ce soit, à moins que ses dispositions le prévoient expressément et que le fiduciaire dispose de fonds à cette fin.

[62] Un examen des documents initiaux et subséquents relatifs au régime de retraite indique que les prestations déterminées de retraite sont les seules prestations auxquelles les employés ont droit aux termes du régime.

[63] Selon les dispositions initiales du régime de retraite, les droits des employés dans le cas où il serait mis fin au régime se limitaient expressément à leurs prestations déterminées de retraite :

[TRADUCTION]

12.024 *Répartition proportionnelle du solde de la caisse de retraite :* Toute répartition au sein de chacun des groupes, dans l'ordre prévu, sera proportionnelle, mais non supérieure, à la valeur actuarielle de leurs prestations de retraite respectives et prestations de retraite accumulées à la date où il est mis fin au régime. [Je souligne.]

[64] À l'audition du pourvoi, l'avocat du groupe de M. Burke a fait valoir que l'art. 12.024 devait être interprété à la lumière des art. 12.022 et 12.023, qui traitent aussi de la cessation du régime. Selon l'avocat, l'application de ces dispositions exigeait que les employés aient à tout le moins un droit quelconque à l'excédent lorsqu'il serait mis fin au régime (transcription, p. 11-19). On a fait valoir que la distribution aux employés prévue à l'art. 12 comportait deux étapes : premièrement, la distribution des

of contributions plus credited interest (under art. 12.022); and second, a distribution of defined retirement benefits (under art. 12.023). The limitation in art. 12.024, it was argued, only applied to the second distribution, which meant that “in order to fully satisfy both of these two distributions, arithmetically, there would have to be a surplus on hand to enable that to be done on plan termination” (transcript, at p. 13).

[65] HBC argued that art. 12 operated on termination to provide members with their contributions (and credited interest), and then to “top up” that amount to provide the defined retirement benefits (transcript, at p. 37). Counsel argued that the limitation in art. 12.024 applied to apportionment upon plan termination, and therefore applied with respect to both art. 12.022 and 12.023. Interpreting art. 12.024 in this manner would limit the employees’ entitlement on termination solely to their defined retirement benefits (transcript, at pp. 37-39).

[66] Articles 12.022 and 12.023, as set out in the original pension plan, are as follows:

12.022 *Allocation of the Trust Fund:* The Retirement Board shall then allocate to each Member, Retired Member (including Joint Annuitants and Beneficiaries, if any) and Terminated Members (including Beneficiaries, if any) a benefit, payable monthly, of an amount actuarially equivalent to (or, in lieu of such benefit, if so determined by the Retirement Board with respect to any or all such Members, Retired Members and Terminated Members, a lump sum payment equal to) the total of his own contributions plus Credited Interest to the date the Plan is terminated, less any retirement benefits, or returns of his own contributions and Credited Interest in accordance with the Plan, theretofore received by him. If the Trust Fund is insufficient for this purpose, it shall be allocated to each Member, Retired Member ([including] Joint Annuitants and Beneficiaries, if any) and Terminated Members (including Beneficiaries, if any) in the proportion that the amount of his contributions plus Credited

cotisations majorées de l’intérêt crédité (selon l’art. 12.022); deuxièmement, la distribution des prestations déterminées de retraite (selon l’art. 12.023). On a aussi soutenu que la limite prévue à l’art. 12.024 ne s’appliquait qu’à la deuxième étape, ce qui signifie que [TRADUCTION] « ces deux distributions ne pourront se faire intégralement, sur le plan arithmétique, que s’il existe un excédent suffisant au moment où il est mis fin au régime » (transcription, p. 13).

[65] HBC a fait valoir que l’art. 12 s’appliquait à la cessation du régime de façon que les participants recouvrent leurs cotisations (majorées de l’intérêt crédité) et reçoivent ensuite le montant additionnel nécessaire pour toucher leurs prestations déterminées de retraite (transcription, p. 37). Ses avocats ont soutenu que la limite prévue à l’art. 12.024 visait la répartition effectuée à la cessation du régime et qu’elle s’appliquait donc à la fois à l’art. 12.022 et à l’art. 12.023. Cette interprétation de l’art. 12.024 limiterait expressément les droits des employés lors de la cessation du régime à leurs prestations déterminées (transcription, p. 37-39).

[66] Voici les art. 12.022 et 12.023 du régime de retraite initial :

[TRADUCTION]

12.022 *Répartition de la caisse de retraite :* Le Comité de la caisse de retraite verse ensuite à tous les participants, participants retraités (y compris leurs corentiers et bénéficiaires, le cas échéant) et participants sortis (y compris leurs bénéficiaires, le cas échéant) une prestation mensuelle dont le montant équivaut, sur le plan actuariel, (ou, au lieu d’une telle prestation, si le Comité de la caisse de retraite en décide ainsi à l’endroit d’une partie ou de l’ensemble des participants, participants retraités et participants sortis, un paiement forfaitaire équivalent) au total de leurs cotisations majorées de l’intérêt crédité à la date où il est mis fin au régime, moins les prestations de retraite qui leur ont été versées ou les cotisations majorées de l’intérêt crédité qui leur ont été remboursées conformément au régime. Si la caisse de retraite est insuffisante pour ce faire, elle est répartie entre tous les participants, participants retraités ([y compris] leurs corentiers et bénéficiaires, le cas échéant) et participants sortis (y compris leurs

Interest to the date the Plan is terminated, less any retirement benefits, or returns of his own contributions plus Credited Interest in accordance with the Plan, theretofore received by him, bears to the total of such amounts with respect to all such Members, Retired Members and Terminated Members.

12.023 *Application of Balance of the Trust Fund:* If any balance of the Trust Fund shall remain, it shall then be applied in the following manner:

First, for the benefit of Retired Members and such of the Terminated Members who have reached their Normal Retirement Date and are entitled to retirement benefits under Article 6 of the Plan, in each case upon the basis of their retirement benefits; and

Second, as to any balance remaining, for the benefit of all Members and such of the Terminated Members who are entitled to retirement benefits under Article 6 of the Plan but who have not yet reached their Normal Retirement Date, in each case upon the basis of their accrued retirement benefits at the date of such termination of contributions.

[67] I do not agree with counsel for Burke that art. 12 requires two distributions and operates to provide employees with an entitlement to a portion of the surplus on plan termination.

[68] When art. 12.022, 12.023 and 12.024 are examined, there is nothing in the wording used that indicates there are two separate distributions. Article 12.022 discusses the allocation of the trust fund between three groups of members: members, retired members and terminated members. Under art. 12.022, each of the members is allocated a sum that represents contributions plus credited interest less any retirement benefits already received. The opening words of art. 12.023 are, “[i]f any balance of the Trust Fund shall remain”. It therefore deals with the application of the funds remaining after the initial allocation under art. 12.022. Article 12.023 acts to “top up” the amounts allocated to the three groups under art. 12.022 to a maximum of their defined benefits. It is not a separate distribution.

bénéficiaires, le cas échéant) selon la proportion que représente le montant de leurs cotisations majorées de l'intérêt crédité à la date où il est mis fin au régime, moins les prestations de retraite qui leur ont été versées ou les cotisations majorées de l'intérêt crédité qui leur ont été remboursées conformément au régime, par rapport au total de ces montants à l'égard de tous les participants, participants retraités et participants sortis.

12.023 *Attribution du solde de la caisse de retraite :* S'il reste un solde dans la caisse de retraite, il est attribué comme suit : Tout d'abord aux participants retraités et aux participants sortis qui sont arrivés à leur date normale de retraite et qui ont droit à des prestations de retraite selon l'article 6 du régime, dans tous les cas en fonction de leurs prestations de retraite respectives; ensuite, s'il reste toujours un solde, à tous les participants et aux participants sortis qui ont droit à des prestations de retraite selon l'article 6 du régime, mais qui ne sont pas encore arrivés à leur date normale de retraite, dans tous les cas en fonction de leurs prestations de retraite accumulées à la date où ils ont cessé de verser leurs cotisations.

[67] Je ne partage pas l'avis de l'avocat du groupe de M. Burke que l'art. 12 exige une distribution en deux étapes et s'applique de façon à conférer aux employés un droit sur une partie de l'excédent lorsqu'il est mis fin au régime.

[68] Lorsqu'on examine les art. 12.022, 12.023 et 12.024, on constate que les termes employés dans ceux-ci n'indiquent aucunement qu'il existe deux distributions distinctes. L'article 12.022 parle de la répartition de la caisse de retraite entre trois groupes de participants : les participants, les participants retraités et les participants sortis. Selon l'art. 12.022, tous les participants reçoivent une somme correspondant aux cotisations majorées de l'intérêt crédité, moins les prestations de retraite déjà versées. L'article 12.023 commence par les mots suivants : [TRADUCTION] « [s]'il reste un solde dans la caisse de retraite ». Il traite donc de l'attribution des fonds qui restent après la répartition faite au départ conformément à l'art. 12.022. L'article 12.023 a pour effet de compléter les sommes réparties entre

Article 12.024 then operates in conjunction with art. 12.022 and 12.023, and deals with the apportionment of funds within the three groups of members. Article 12.024 expressly limits the apportionment within each of the three groups to the defined retirement benefits. Therefore, under art. 12, there is only one distribution of funds, which is expressly limited to the defined retirement benefits.

[69] Additionally, the pension plan documents (the pension plan text and trust agreement) do not contain any of the language that would typically give employees an entitlement to surplus. Except for the 1984 trust agreement, none of the pension plan documents include the “exclusive benefit” or “non-diversion” language which was found to result in an employee entitlement to surplus in *Schmidt* (p. 659). (Below, I will discuss why the inclusion of this language in the 1984 trust agreement also does not provide the employees with such an entitlement to the surplus.) Instead of using the language in *Schmidt*, the pension plan text indicates that the trust fund was held exclusively for the purposes of the *plan* and that no part could be diverted except for the purposes of the *plan* (e.g. art. 11.02 of the 1961 plan text).

[70] At the oral hearing, counsel for Burke argued that the purpose of the plan was to exclusively benefit employees, and that such a purpose could be inferred from the preamble to the trust agreement text (transcript, at pp. 8-10). If that purpose could be inferred, it was argued, an employee entitlement to the surplus existed in a similar manner to the employee entitlement to surplus that existed in one of the pension plans in *Schmidt*.

[71] The preamble provided in part:

WHEREAS the Company has established a Pension Plan (hereinafter referred to as “the Plan”) for the

les trois groupes en application de l’art. 12.022 jusqu’à concurrence de leurs prestations déterminées. Il ne s’agit pas d’une distribution distincte. L’article 12.024 s’applique ensuite en combinaison avec les art. 12.022 et 12.023, et porte sur la répartition des fonds au sein des trois groupes de participants. L’article 12.024 limite expressément la répartition au sein des trois groupes aux prestations déterminées de retraite. Par conséquent, l’art. 12 ne prévoit qu’une seule distribution des fonds, expressément limitée aux prestations déterminées.

[69] En outre, les documents relatifs au régime de retraite (le texte du régime et la convention de fiducie) ne contiennent aucune des formules qui confèrent normalement aux employés un droit à l’excédent. Exception faite de la convention de fiducie de 1984, aucun des documents relatifs au régime de retraite ne contient de disposition relative au « bénéfice exclusif » ou à « l’interdiction d’utiliser à d’autres fins », comme celles qui, a-t-on conclu dans *Schmidt* (p. 659), conféraient à un employé un droit à l’excédent. (J’expliquerai ci-dessous pourquoi l’insertion de ces formules dans la convention de fiducie de 1984 ne confère pas non plus aux employés un tel droit à l’excédent.) Au lieu de reprendre les formules employées dans l’affaire *Schmidt*, le texte du régime de retraite indique que la caisse de retraite devait servir exclusivement aux fins du *régime* et qu’aucune partie de la caisse ne pouvait être utilisée à d’autres fins que celles du *régime* (p. ex., l’art. 11.02 du texte du régime de retraite de 1961).

[70] À l’audience, l’avocat du groupe de M. Burke a fait valoir que le régime avait été créé exclusivement au bénéfice des employés, et que cette fin pouvait être inférée du préambule de la convention de fiducie (transcription, p. 8-10). On soutient que, s’il est possible d’inférer cette fin, un employé avait droit à l’excédent, tout comme l’employé avait droit à l’excédent de l’un des régimes de retraite dans *Schmidt*.

[71] Le préambule disait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

ATTENDU que la Société a constitué un régime de retraite (ci-après appelé « le régime ») au bénéfice

benefit of employees engaged in its Canadian business . . . .

It is obvious that the plan was established for the benefit of employees. But the wording says nothing about the specific entitlements of the employees under the plan. Nothing about those entitlements can be inferred from the words of the preamble. To determine those entitlements it is necessary to have regard to the operative language of the plan as a whole.

[72] I agree with Gillese J.A. (at para. 44 of her reasons) that, when read as a whole, the plan provisions indicate that the purpose of the plan is to provide employees with their defined retirement benefits. In *Schmidt*, in addition to the preamble, the operative language of the pension plan documents, including that the trust fund was for the “exclusive benefit” of employees, “non-diversion” language, and other provisions re-allocating the contributions of certain employees who left the plan, allowed the inference to be drawn that the employees were entitled to actual surplus on termination (see *Schmidt*, at pp. 658-59). The operative language of the HBC plan is to the contrary.

[73] Article 12.024 in the original plan expressly limited the entitlement of the employees on termination of the plan to their defined benefits. The provisions dealing with plan termination were amended by HBC in 1980 with the addition of art. 12.025 and restated in 1985 with art. 14.05, which expressly referred to surplus, specifically providing that HBC was entitled to the surplus on termination:

12.025 Refund of Surplus to Company:

If any balance of the Trust Fund shall remain after the satisfaction of all obligations of the plan in accordance with the provisions of this article 12, such balance shall be paid to the Company.

14.05 Excess Assets

If after provision for the satisfaction of all liabilities under the Plan has been made, there should

des employés travaillant pour son entreprise canadienne . . . .

De toute évidence, le régime a été constitué au bénéfice des employés. Cependant, les termes employés ne disent rien des droits précis que le régime confère aux employés. Aucune inférence ne peut être tirée du texte du préambule quant à ces droits. Pour déterminer en quoi ils consistent, il faut tenir compte des termes performatifs du régime dans son ensemble.

[72] Je suis d'accord avec le juge Gillese (par. 44 de ses motifs) que, lues dans leur ensemble, les dispositions du régime indiquent qu'il a pour objet d'accorder aux employés leurs prestations déterminées de retraite. Dans *Schmidt*, outre le préambule, les termes performatifs des documents relatifs au régime de retraite, notamment l'affectation de la caisse de retraite au « bénéfice exclusif » des employés, « l'interdiction [de l']utiliser à d'autres fins » et d'autres dispositions réattribuant les cotisations de certains employés qui ont cessé de cotiser au régime, permettent de conclure que les employés avaient droit à l'excédent existant lorsqu'il a été mis fin au régime (voir *Schmidt*, p. 658-659). Les termes performatifs du régime de HBC ont l'effet contraire.

[73] L'article 12.024 du régime initial limitait expressément les droits des employés lors de la cessation du régime à leurs prestations déterminées. En 1980, HBC a modifié les dispositions traitant de la cessation du régime en ajoutant l'art. 12.025, reformulé en 1985 à l'art. 14.05, pour traiter expressément de l'excédent et préciser que HBC y avait droit à la cessation du régime :

[TRADUCTION]

12.025 Remboursement de l'excédent à la société :

S'il reste un solde quelconque dans la caisse de retraite après la liquidation complète du passif du régime en conformité avec les dispositions du présent article 12, ce solde est versé à la société.

14.05 Excédent

S'il reste un excédent dans la caisse de retraite après la liquidation complète du passif

remain assets in the Trust Fund, such assets shall revert to the Company or be used as the Company may direct, subject to the provisions of the Act and the rules and regulations of the Department of National Revenue as amended from time to time.

[74] With respect to the 1984 trust agreement, I am in agreement with the analysis of Gillese J.A. (at paras. 49 to 53 of her decision) that the inclusion of “exclusive benefit” and “non-diversion” language in that trust agreement does not give the employees an entitlement to surplus. Burke argued that art. 2(d) and 11(ii) of the 1984 trust agreement confirm that employees have an entitlement to surplus. I agree with Gillese J.A.’s reasons for rejecting this argument. The 1984 trust agreement has to be read consistently with the then existing provisions of the pension plan, including art. 12.025. To read art. 2(d) and 11(ii) in the manner suggested by Burke would result in an inconsistency with art. 12.025 of the pension plan, which expressly confers the surplus on termination on HBC.

[75] Article 2(d) deals with expenses incurred for the sale and purchase of investments, taxes and other expenses and costs of administering the funds by the Trustee. It provides in part:

The Trustee is hereby authorized to pay out of each of the appropriate Funds:

- (i) all brokerage fees, transfer taxes . . .
- (ii) all property, income and other taxes . . .
- (iii) amounts on account of income tax . . .
- (iv) all other expenses and costs of administering the Funds . . .

ALWAYS PROVIDED that no part of the funds may be used for, or diverted to any purposes other than those connected with the exclusive benefit of members of the respective Plans and their beneficiaries.

conformément au régime, cet excédent est versé à la société ou est utilisé au gré de celle-ci, sous réserve de la Loi ainsi que des règles et règlements du ministère du Revenu national et de leurs modifications.

[74] Quant à la convention de fiducie de 1984, je souscris à l’analyse de la juge Gillese (par. 49 à 53 de sa décision) selon laquelle l’insertion de dispositions relatives au « bénéfice exclusif » et à « l’interdiction d’utiliser à d’autres fins » dans cette convention de fiducie ne confère pas aux employés un droit sur l’excédent. Le groupe de M. Burke a fait valoir que l’al. 2d) et le sous-al. 11(ii) de la convention de fiducie de 1984 confirment que les employés ont droit à l’excédent. Je suis d’accord sur les motifs pour lesquels la juge Gillese a rejeté cet argument. Il faut interpréter la convention de fiducie de 1984 conformément aux dispositions du régime de retraite en vigueur à cette époque, et notamment à l’art. 12.025. Si l’on donnait à l’al. 2d) et au sous-al. 11(ii) l’interprétation proposée par le groupe de M. Burke, ces dispositions seraient incompatibles avec l’art. 12.025 du régime de retraite, qui prévoit expressément le versement de l’excédent à HBC à la cessation du régime.

[75] L’alinéa 2d) porte sur les dépenses engagées pour la vente et l’achat de placements, les taxes et les autres frais d’administration des fonds par le fiduciaire. Cet alinéa prévoit notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] La présente autorise le fiduciaire à payer toutes les dépenses suivantes à même les fonds appropriés :

- (i) les frais de courtage, les droits de mutation . . .
- (ii) l’impôt foncier, l’impôt sur le revenu et les autres taxes . . .
- (iii) les sommes à verser au titre de l’impôt sur le revenu . . .
- (iv) les autres frais d’administration du fonds . . .

TOUJOURS À LA CONDITION qu’aucune partie des fonds ne peut être utilisée à d’autres fins que celles liées au bénéfice exclusif des participants aux régimes respectifs et de leurs bénéficiaires.

[76] It is in the context of authorized expenses that no part of the funds may be used for or diverted to any purpose other than those associated with the exclusive benefit of members. Having regard to the context, it is clear that these words do not afford a new entitlement to surplus which had not previously existed and which is expressly addressed in art. 12.025.

[77] Article 11(ii) provides in part:

The Bay . . . shall have the right at any time . . . to change or modify by amendment any of the provisions of, and to terminate, this Agreement . . . provided that

. . . .

- (ii) such change, modification or termination shall not authorize or permit or result in any part of the corpus or income of the Funds being used for or diverted to purposes other than for the benefit exclusively of members of the Plans . . . .

[78] Article 11(ii) is addressed to changes. In other words, the “benefit exclusively of members” language must be read in the context of what the employees were entitled to before any change. The entitlements before any change were the defined benefits. No change may result in the funds being used other than for those defined benefits, except as specified. The provision does not confer on employees a new and additional entitlement they did not previously have.

[79] Additionally, the pension plan documents have made the pension plan text the dominant document over the trust agreement. For example, art. 23 of the 1961 trust agreement provided that it could be amended but that “[n]o such amendment shall authorize or permit any part of the Fund to be used for or diverted to purposes other than those specified in the Plan” and art. 11.03 of the 1961 pension plan provided that “[n]o Member . . . has any right or interest in the Trust Fund except

[76] C’est dans le contexte des dépenses autorisées qu’aucune partie des fonds ne peut être utilisée à d’autres fins que celles liées au bénéfice exclusif des participants. Compte tenu du contexte, les dispositions ci-dessus ne confèrent manifestement pas un droit à l’excédent qui n’existait pas auparavant et dont le sort est fixé expressément à l’art. 12.025.

[77] L’alinéa 11(ii) prévoit notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

La Baie [. . .] peu[t] à son gré [. . .] remplacer ou modifier toute disposition de la présente convention et résilier la présente convention [. . .] pourvu que

. . . .

- (ii) ce remplacement, cette modification ou cette résiliation n’autorise, ne rend possible ni n’entraîne l’usage d’une quelconque partie du capital ou des revenus de la caisse à d’autres fins qu’au bénéfice exclusif des participants aux régimes . . .

[78] Le sous-alinéa 11(ii) porte sur les modifications. Autrement dit, il faut interpréter l’expression « au bénéfice exclusif des participants » en tenant compte des avantages auxquels les employés avaient droit avant toute modification à la convention. Le droit dont ils bénéficiaient avant toute modification était le droit aux prestations déterminées. Sauf disposition contraire, aucune modification ne peut entraîner l’utilisation des fonds à une autre fin qu’aux fins des prestations déterminées. Cette disposition ne confère pas aux employés un droit supplémentaire qu’ils n’avaient pas auparavant.

[79] De plus, les documents relatifs au régime de retraite ont fait en sorte que le texte du régime l’emporte sur la convention de fiducie. Par exemple, l’art. 23 de la convention de fiducie de 1961 prévoyait que celle-ci pouvait être modifiée, mais que [TRADUCTION] « cette modification ne peut autoriser ni rendre possible l’utilisation d’une partie de la caisse à d’autres fins que celles prévues au régime » et, selon l’art. 11.03 du régime de retraite de 1961, [TRADUCTION] « [l]es participants [. . .] n’ont aucun

as expressly provided in the Plan". The pension plan text and the trust agreement have to be read together, so if art. 2(d) and 11(ii) of the 1984 trust agreement were interpreted in the manner suggested by Burke, there would be a conflict with art. 12.025 of the pension plan text. However, even if one were to conclude that art. 2(d) and 11(ii) should be interpreted in a manner that creates such a conflict, which I do not, the conflict would be resolved in favour of art. 12.025, as the pension plan is the dominant document.

[80] Thus, the pension plan documents in this case use language different than that found in *Schmidt*. The documents do not contain language that would give the employees an entitlement to the surplus.

[81] Burke relies on *Schmidt* to argue that employee entitlement to surplus may only be restricted if the language of the documentation is "explicit", which he argues is not the case here. As HBC has pointed out, "explicit" does not prescribe a word formula. HBC's entitlement to surplus must be clear. In my opinion, it is. As Gillese J.A. noted at para. 8 of her reasons, and as the foregoing analysis demonstrates, the documentation in this case limited the employees' entitlement to their defined benefits provided for in the plan.

[82] Based on the provisions of the pension plan documentation, it cannot be said that the transferred employees had an equitable interest in the surplus on termination.

(c) *Fiduciary Duty of Even-Handedness*

[83] Burke says that HBC undertook to improve pension benefits from time to time. He argues that the transferred employees' interest in the actuarial surplus stems from the lost possibility of future improvements to their defined benefits as such improvements might be received by the employees

autre droit ni intérêt sur la caisse de retraite que ceux qui leur sont conférés expressément par le régime ». Il faut interpréter conjointement le texte du régime de retraite et la convention de fiducie. Ainsi, si l'al. 2d) et le sous-al. 11(ii) de la convention de fiducie de 1984 recevaient l'interprétation proposée par le groupe de M. Burke, ils entreraient en conflit avec l'art. 12.025 du texte du régime. Toutefois, même si l'on statuait, contrairement à ce que je conclus, qu'il faut attribuer à l'al. 2d) et au sous-al. 11(ii) une interprétation qui occasionne un tel conflit, celui-ci serait résolu en faveur de l'art. 12.025, car le régime de retraite a préséance.

[80] Par conséquent, le libellé des documents relatifs au régime de retraite en l'espèce diffère de celui en cause dans l'affaire *Schmidt*. Les présents documents ne contiennent pas de disposition dont les termes conférerait aux employés un droit sur l'excédent.

[81] Le groupe de M. Burke se fonde sur *Schmidt* pour soutenir que le droit de l'employé à l'excédent ne peut être restreint que si le libellé des documents l'indique « explicitement », ce qui, prétend-il, n'est pas le cas ici. Comme l'a souligné HBC, il n'est pas impératif d'utiliser une formule précise pour l'indiquer « explicitement ». Le droit de HBC à l'excédent doit être clair. À mon avis, il l'est. Comme la juge Gillese l'a souligné au par. 8 de ses motifs, et comme le démontre l'analyse qui précède, les documents en l'espèce limitaient les droits des employés aux prestations déterminées que leur accordait le régime.

[82] Vu les dispositions des documents relatifs au régime de retraite, on ne saurait dire que les employés mutés avaient un intérêt en equity sur l'excédent à la cessation du régime.

c) *Devoir fiducial de traitement égalitaire*

[83] Aux dires du groupe de M. Burke, HBC s'était engagée à bonifier les prestations de retraite de temps à autre. Il prétend que l'intérêt dans l'excédent actuariel revendiqué par les employés mutés découle de la perte de cette possibilité d'amélioration de leur régime à prestations déterminées,

retained by HBC. Therefore, HBC breached its fiduciary duty of even-handedness by treating retained and transferred employees differently. I cannot agree. For the reasons I have given, employees, either retained or transferred, have no equitable interest in the surplus. The fact that an employer may voluntarily choose to increase pension benefits out of surplus funds or otherwise, does not change the nature of the employees' interest in the pension fund or extend fiduciary obligations to voluntary actions of the employer. The employees' equitable interest is limited to their defined benefits.

[84] At the oral hearing, counsel for Burke also argued that failing to transfer part of the surplus deprived the transferred employees of any protection against solvency swings that would be available to retained employees and that HBC was again in breach of its fiduciary duty of even-handedness (transcript, at p. 23). Although in practice actuarial surplus may provide a cushion against insolvency, employees have no right to compel surplus funding to provide this extra protection (*Kerry*, at para. 113). In the absence of such a right, no fiduciary obligation of even-handedness applies. As the plan was a defined benefit plan, HBC assumed the risk of ensuring that sufficient assets existed to fund the liabilities (i.e. defined benefits) of the pension. The employer's duty is to ensure that funds at all times meet the fixed benefits promised by the employer. Unlike defined contribution pension plans in which the employee bears the risk of fluctuations in capital markets, the risk of unfunded liabilities falls on HBC, as it is obligated under its defined benefit plan to provide the employees with their defined benefits. The right of the employees is that their defined benefits be adequately funded, not that an actuarial surplus be funded.

amélioration dont les autres employés de HBC sont susceptibles de bénéficier. Par conséquent, HBC aurait manqué à son devoir fiduciaire de traitement égalitaire en agissant différemment à l'égard des deux groupes d'employés. Je ne suis pas de cet avis. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, ni les employés mutés ni ceux qui sont demeurés en poste chez HBC ne possèdent d'intérêt en equity dans l'excédent. Le fait que l'employeur soit libre de décider d'augmenter ou non les prestations de retraite au moyen notamment d'une réaffectation de l'excédent ne change rien à la nature de l'intérêt que détiennent les employés dans la caisse de retraite ni n'a pour effet d'étendre les obligations fiduciaires de l'employeur à ses actes gratuits. L'intérêt en equity des employés ne vise que leurs prestations déterminées.

[84] À l'audience, l'avocat du groupe de M. Burke a également fait valoir que le défaut de HBC de transférer une partie de l'excédent a privé les employés mutés de la protection contre les fluctuations de solvabilité de leur caisse dont les autres employés bénéficient toujours et constitue un autre manquement de la part de HBC à son devoir fiduciaire de traitement égalitaire (transcription, p. 23). Même si, dans la pratique, l'excédent actuariel peut servir à parer au risque d'insolvabilité, les employés n'ont pas le droit d'exiger qu'il soit utilisé pour leur assurer cette protection supplémentaire (*Kerry*, par. 113). Sans un tel droit, il n'existe pas d'obligation fiduciaire de traitement égalitaire. Comme il s'agit d'un régime à prestations déterminées, HBC assumait le risque inhérent à l'obligation que l'actif soit suffisant pour couvrir le passif de la caisse, c'est-à-dire les prestations déterminées. Le devoir de l'employeur consiste à faire en sorte que les fonds soient en tout temps suffisants pour assurer le versement des prestations déterminées qu'il a promises. Au contraire d'un régime de retraite à cotisations déterminées, dans le cadre duquel les employés assument le risque de fluctuations dans les marchés financiers, en l'espèce, le risque d'un déficit actuariel pèse sur HBC, puisqu'elle est tenue, par les modalités de son régime de retraite, de verser des prestations déterminées à ses employés. Le droit des employés se rapporte à la capitalisation suffisante de leurs prestations déterminées et non d'un excédent actuariel.

[85] The duty of even-handedness must be anchored in the terms of the pension plan documentation. It does not operate in a vacuum. The duty of even-handedness requires that where there are two or more classes of beneficiaries, each class receives exactly what the terms of the documentation confer (*Waters'*, at p. 966). In its role as pension plan administrator, HBC was a fiduciary and had fiduciary obligations. However, just because HBC has fiduciary duties as plan administrator does not obligate it under any purported duty of even-handedness to confer benefits upon one class of employees to which they have no right under the plan. It was the obligation of HBC to carry out the terms of the pension plan documents and to ensure that in the administration of the plan they do not give an advantage or impose a burden when that advantage or burden is not found in the terms of the plan documents (*Waters'*, at pp. 966-67). Neither the retained nor the transferred employees had an equitable interest in the plan surplus. Accordingly, there is no duty of even-handedness applicable to the surplus.

(d) *Due Administration of the Fund*

[86] Burke argues that it is their equitable interest in the total assets of the pension fund that allows them to compel due administration of the pension fund which they say would require transfer of a portion of the actuarial surplus. I agree that Burke has a right to compel the due administration of the pension trust fund, but not because they have an equitable interest in the surplus.

[87] A beneficiary of a trust has the right to compel its due administration even if he does not have an equitable interest in all the assets of the trust. In this case, because Burke has an equitable interest in their defined benefits, they have the right to compel the due administration of the trust and to ensure that the employer, trustee and plan administrator are complying with their legal obligations in the pension plan documents (see *Snell's Equity*, at para. 27-24; *Waters'*, at pp. 1203-4).

[85] Le devoir de traitement égalitaire doit reposer sur le libellé des documents relatifs au régime de retraite; il n'existe pas dans l'absolu. Dans les situations mettant en cause au moins deux groupes de bénéficiaires, ce devoir exige que chaque groupe reçoive exactement les avantages conférés par les documents (*Waters'*, p. 966). En tant qu'administratrice du régime, HBC agissait à titre fiduciaire, ce qui lui imposait des obligations fiduciaires. Toutefois, ses obligations fiduciaires ne la contraignaient pas, en raison d'un quelconque devoir de traitement égalitaire, à reconnaître à un groupe d'employés des avantages que le régime ne leur confère pas. HBC était tenue de donner effet aux documents relatifs au régime de retraite et de veiller, en administrant le régime, à ce qu'aucun avantage ne soit attribué ni fardeau imposé qui ne soit pas prévu dans ces documents (*Waters'*, p. 966-967). Ni les employés mutés ni les autres n'avaient d'intérêt en equity dans l'excédent. Partant, aucun devoir de traitement égalitaire ne s'applique à l'affectation de l'excédent.

d) *Bonne administration de la caisse*

[86] Le groupe de M. Burke prétend que son intérêt en equity dans l'actif total de la caisse de retraite l'habilite à en exiger la bonne administration, ce qui nécessite, selon lui, le transfert d'une portion de l'excédent actuariel. Certes, le groupe de M. Burke a le droit d'exiger la bonne administration de la caisse de retraite, mais ce droit ne tient pas au fait qu'il aurait un intérêt en equity dans l'excédent.

[87] Le bénéficiaire d'une fiducie est en droit d'en exiger la bonne administration, et ce, même s'il ne possède pas d'intérêt en equity dans tous les éléments d'actif de la fiducie. En l'espèce, comme le groupe de M. Burke possède un intérêt en equity dans les prestations déterminées, il a le droit d'exiger la bonne administration de la fiducie et de s'assurer que l'employeur, le fiduciaire et l'administrateur du plan s'acquittent des obligations juridiques prévues dans les documents relatifs au régime (voir *Snell's Equity*, par. 27-24; *Waters'*, p. 1203-1204).

[88] Thus, the employer does not have free rein in its use of the actuarial surplus. The obligations of the employer are governed by the terms of the pension plan. Thus, an employer is only permitted to use actuarial surplus in a way that is consistent with the plan documentation.

[89] It is the trustee's obligation to ensure that funds held in trust are distributed in a manner that is consistent with the terms of the trust. In the present case, this obligation on the trustee was made express in the original trust agreement:

The Retirement Board may from time to time require the Trustee to make payments out of the Fund to an insurer and to such persons, beneficiaries, personal representatives in such amounts, for such purposes and in such manner as the Retirement Board may from time to time in writing direct; provided that no payments shall be made out of the Fund until the Retirement Board shall have certified to the Trustee in writing that such payments are in accordance with the terms and conditions of the Plan. [Emphasis added.]

The trustee's role is to ensure that the funds are distributed in accordance with the plan and that any actuarial surplus is not abused by the employer and used for an improper purpose.

[90] While the record before this Court is sparse on the details of the communications between HBC and the trustees of its pension fund, I find it difficult to see how the circumstances of this case could suggest an improper purpose on the part of HBC.

[91] What occurred between HBC and NWC was a legitimate commercial transaction. HBC and NWC negotiated over the purchase price of the assets, including the pension plan. HBC was agreeable to transferring a portion of the surplus so long as NWC was willing to pay for the benefit of acquiring a plan in surplus. NWC was not willing to pay. Both companies complied with the legislative requirements, lending further support to the legitimacy of the transaction.

[92] In executing the transfer, HBC was entitled to rely on the terms of the plan. Under the plan

[88] C'est donc dire que l'employeur ne peut pas user de l'excédent actuariel à son gré. Ses obligations sont régies par les dispositions du régime de retraite. Par conséquent, il ne peut utiliser cet excédent que pour des fins compatibles avec celles prévues dans les documents relatifs au régime.

[89] Il incombe au fiduciaire de veiller à ce que les fonds détenus en fiducie soient distribués conformément aux conditions de la fiducie. En l'espèce, cette obligation du fiduciaire était prévue expressément en ces termes dans la convention de fiducie originale :

[TRADUCTION] Le Comité de retraite peut ordonner par écrit au fiduciaire de verser un montant déterminé, par prélèvement sur la caisse, à un assureur et aux personnes, bénéficiaires et représentants successoraux désignés, aux fins et de la manière précisées dans ses instructions, à la condition qu'aucun versement ne soit effectué sans que le Comité de retraite ait au préalable attesté par écrit au fiduciaire que ce versement est conforme aux dispositions du régime. [Je souligne.]

Le fiduciaire a pour rôle de veiller à ce que les fonds soient distribués conformément au régime et à ce que l'employeur n'utilise pas un excédent actuariel d'une façon ou à une fin irrégulière.

[90] Certes, le dossier qui a été présenté à la Cour était avare de détails sur les communications entre HBC et les fiduciaires de la caisse de retraite, mais je vois mal en quoi les circonstances pourraient laisser croire que HBC aurait utilisé les fonds à des fins inappropriées en l'espèce.

[91] HBC et CNO ont conclu une opération commerciale légitime. HBC et CNO ont négocié le prix d'achat des éléments d'actif, y compris le régime de retraite. HBC était disposée à transférer une portion de l'excédent si CNO acceptait de payer davantage pour acquérir un régime excédentaire, ce que cette dernière n'était pas disposée à faire. L'opération est en outre d'autant plus légitime que les deux sociétés se sont conformées aux prescriptions de la loi.

[92] Lorsqu'elle a conclu le transfert, HBC pouvait se fonder sur les dispositions du régime. Aux

documentation, the employees' rights and interests were limited to their defined benefits. The plan documentation permitted HBC to take contribution holidays and charge administrative expenses to the plan. Moreover, if an individual employee had left HBC, either voluntarily or by reason of discharge, that individual employee would not be entitled to any portion of the actuarial surplus under the terms of the plan.

[93] HBC's legal obligations with respect to its employees, including the fiduciary duties that it owed to the transferred employees, were satisfied in this case by protecting their defined benefits. Based on the plan documentation, HBC did not have a fiduciary obligation to transfer a portion of the actuarial surplus.

#### VI. Conclusion

[94] I would dismiss the appeal on the issue of plan administration expenses. The HBC pension plan did not impose an obligation on HBC to pay plan administration expenses. HBC was permitted to charge plan administration expenses to the pension fund. The issue of whether HBC was permitted to take contribution holidays was not appealed. However, the language in the pension plan documents indicates that the employer's contributions were determined by an actuary. Therefore, the trial judge was correct in concluding that HBC was permitted to take contribution holidays.

[95] I would also dismiss the appeal on the issue of the transfer of the surplus. Gillese J.A. correctly found that the transferred employees did not have an equitable interest in the surplus of the pension fund. Their only interest was in their defined benefits. As the defined benefits were protected in the transfer, HBC did not breach any fiduciary obligation that it owed.

[96] I should emphasize that this decision depends upon the text and context of the pension plan documentation that was before this Court. An analysis of that documentation leads to the finding

termes des documents relatifs à ce dernier, les droits et les intérêts des employés se limitaient à leurs prestations déterminées. Ces documents habilitaient HBC à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations et à imputer les frais d'administration à la caisse. De plus, selon les dispositions du régime, l'employé qui quittait HBC, de son gré ou par suite d'un congédiement, n'avait droit à aucune portion de l'excédent actuariel.

[93] En l'espèce, HBC a honoré ses obligations juridiques envers ses employés, et notamment ses devoirs fiduciaux envers les employés mutés, en protégeant leurs prestations déterminées. Selon les documents relatifs au régime, HBC n'avait aucune obligation fiduciaire de transférer quelque portion que ce soit de l'excédent actuariel.

#### VI. Conclusion

[94] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la question des frais d'administration du régime. Le régime de retraite de HBC n'obligeait pas cette dernière à en assumer les frais d'administration. HBC pouvait imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite. La question de savoir si HBC pouvait s'accorder des périodes d'exonération de cotisations n'était pas portée en appel. Toutefois, aux termes des documents relatifs au régime, les cotisations de l'employeur étaient déterminées par un actuaire. Par conséquent, j'estime juste la conclusion du juge du procès que HBC était autorisée à s'accorder de telles périodes.

[95] Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la question du transfert de l'excédent. La juge Gillese a conclu, à bon droit, que les employés mutés ne possédaient aucun intérêt en equity dans l'excédent de la caisse de retraite. Ils avaient seulement un intérêt dans leurs prestations déterminées. Comme ces dernières ont été protégées dans le cadre du transfert, HBC n'a manqué à aucune obligation fiduciaire lui incombant.

[96] Je tiens à souligner que la présente décision découle du libellé et du contexte des documents relatifs au régime de retraite soumis à la Cour. L'analyse de ces documents mène à la conclusion

that the employees are not entitled to any portion of the surplus on their transfer to NWC. This decision does not purport to deal with other situations involving actuarial surplus and plan transfer. Each situation must be evaluated on a case-by-case basis. Specifically, the resolution of the issue of surplus transfer when the pension plan documents indicate that employees are entitled to surplus on plan termination is best left to another case where that issue arises.

[97] The Court of Appeal's ruling on costs was not challenged in this Court. Gillese J.A. found that for this case it was appropriate for costs to be paid out of the pension trust fund because this case dealt with issues surrounding the due administration of the pension trust fund and was for the benefit of all the beneficiaries (*Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245). The parties submit that this is an appropriate case for costs in this Court to be paid to both parties on a full-indemnity basis out of the trust fund. Therefore, in accordance with the terminology used in this Court, I order costs on a solicitor-and-client basis in this Court, including costs of the leave application, to be paid to both parties out of the trust fund.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Bellmore & Moore, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

que les employés n'avaient droit à aucune part de l'excédent au moment de leur mutation à CNO. La présente décision ne prétend pas répondre à d'autres situations mettant en cause un excédent actuariel et le transfert d'un régime. Chaque situation appelle un examen au cas par cas. Tout particulièrement, il est préférable de laisser irrésolue la question du transfert de l'excédent d'un régime dont les documents accordent aux employés un droit à l'excédent à la cessation du régime pour la trancher lorsqu'elle sera éventuellement soulevée dans un autre pourvoi.

[97] Il n'était pas interjeté appel, devant la Cour, de la décision de la Cour d'appel quant aux dépens. La juge Gillese était d'avis qu'il convenait dans ce cas de prélever les dépens sur la caisse de retraite parce que le litige portait sur des questions intéressantes la bonne administration de la caisse de retraite détenue en fiducie et que leur règlement allait profiter à tous les bénéficiaires (*Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245). Les parties font valoir qu'il conviendrait, en l'espèce, que la Cour accorde les dépens devant la Cour sur la base d'une indemnisation totale aux deux parties et ordonne qu'ils soient prélevés sur la caisse de retraite. Pour reprendre la formule usuelle, par conséquent, j'accorde les dépens devant la Cour aux deux parties sur la base procureur-client, y compris les dépens relatifs à la demande d'autorisation d'appel, et ordonne qu'ils soient prélevés sur la caisse de retraite.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Bellmore & Moore, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

**Trent Terrence Sinclair** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of  
Canada, Attorney General of Ontario,  
Criminal Lawyers' Association of  
Ontario, British Columbia Civil Liberties  
Association and Canadian Civil Liberties  
Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SINCLAIR

2010 SCC 35

File No.: 32537.

2009: May 12; 2010: October 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Custodial interrogation — Presence of counsel — Renewed opportunity to consult counsel — Accused spoke to counsel of choice prior to police interrogation — Repeated requests for further consultation — Incriminating statements made during interrogation — Whether detainee who has been properly accorded right to counsel at outset of detention has constitutional right to further consultations with counsel during course of interrogation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

After being arrested for murder, S was advised of his right to counsel, and twice spoke by telephone with a lawyer of his choice. He was later interviewed by a police officer for several hours. S stated on a number of occasions during the interview that he had nothing to say on matters touching the investigation and wished to speak to his lawyer again. The officer confirmed that S had the right to choose whether to talk or not, however, he refused to allow S to consult with his lawyer again.

**Trent Terrence Sinclair** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,  
procureur général de l'Ontario, Criminal  
Lawyers' Association of Ontario, Association  
des libertés civiles de la Colombie-  
Britannique et Association canadienne des  
libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SINCLAIR

2010 CSC 35

N° du greffe : 32537.

2009 : 12 mai; 2010 : 8 octobre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Interrogatoire sous garde — Présence de l'avocat — Possibilité de consulter de nouveau l'avocat — Consultation par l'accusé de l'avocat de son choix avant l'interrogatoire de la police — Demandes répétées de consultation supplémentaire — Déclarations incriminantes faites pendant l'interrogatoire — Le détenu qui s'est vu accorder comme il se doit, dès le commencement de la détention, le droit à l'assistance d'un avocat possède-t-il en vertu de la Constitution le droit de consulter de nouveau un avocat pendant l'interrogatoire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

Après avoir été arrêté pour meurtre, S a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a parlé deux fois au téléphone à l'avocat de son choix. Il a ensuite eu un entretien avec un policier pendant plusieurs heures. Il a déclaré à maintes reprises au cours de l'entretien qu'il n'avait rien à dire sur les questions ayant trait à l'enquête et qu'il voulait parler de nouveau à son avocat. Le policier a confirmé que S avait le droit de choisir de parler ou de se taire, mais il a refusé de lui permettre de

He also told S that he did not have the right to have his lawyer present during questioning. The officer continued the conversation. In time, S implicated himself in the murder. At the end of the interview, the police placed S into a cell with an undercover officer. While in the cell, S made further incriminating statements to that officer. S later accompanied the police to the location where the victim had been killed and participated in a re-enactment. Following a *voir dire*, the trial judge ruled that the interview, the statements to the undercover officer, and the re-enactment were admissible. The trial judge found that the Crown had proven their voluntariness beyond a reasonable doubt, and that the police had not infringed S's rights as guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*. The Court of Appeal agreed.

*Held* (Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Section 10(b) of the *Charter* does not mandate the presence of defence counsel throughout a custodial interrogation. Precedent is against this interpretation and the language of s. 10(b) does not appear to contemplate this requirement. Moreover, the purpose of s. 10(b) does not demand the continued presence of counsel throughout the interview process. In most cases, an initial warning, coupled with a reasonable opportunity to consult counsel when the detainee invokes the right, satisfies s. 10(b). However, the police must give the detainee an additional opportunity to receive advice from counsel where developments in the course of the investigation make this necessary to serve the purpose underlying s. 10(b).

In the context of a custodial interrogation, the purpose of s. 10(b) is to support detainees' right to choose whether to cooperate with the police investigation or not, by giving them access to legal advice on the situation they are facing. This is achieved by requiring that they be informed of the right to consult counsel and, if a detainee so requests, that he or she be given an opportunity to consult counsel. Achieving this purpose may require that the detainee be given an opportunity to reconsult counsel where developments make this necessary, but it does not demand the continued presence of counsel throughout the interview process. There is of course nothing to prevent counsel from being present at an interrogation where all sides consent, as already occurs. The police remain free to facilitate such an arrangement if they so choose, and the detainee may wish to make counsel's presence a precondition of giving a statement.

consulter de nouveau son avocat. Il lui a aussi dit qu'il n'avait pas droit à la présence d'un avocat pendant qu'on lui pose des questions. Le policier a poursuivi la conversation. Par la suite, S a avoué le meurtre. À la fin de l'entretien, la police a mis S dans une cellule avec un agent d'infiltration. Pendant qu'il était dans la cellule, S a fait d'autres déclarations incriminantes à cet agent. Plus tard, S a accompagné la police à l'endroit où la victime avait été tuée et a pris part à une reconstitution. Après un *voir-dire*, le juge du procès a décidé que l'entretien, les déclarations faites à l'agent d'infiltration et la reconstitution étaient admissibles. Il a conclu que le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable leur caractère volontaire et que la police n'avait pas porté atteinte aux droits qui sont garantis à S par l'al. 10b) de la *Charte*. La Cour d'appel lui a donné raison.

*Arrêt* (les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : L'alinéa 10b) de la *Charte* ne rend pas obligatoire la présence de l'avocat de la défense pendant toute la durée d'un interrogatoire sous garde. Les précédents vont à l'encontre de cette interprétation et le libellé de l'al. 10b) ne semble pas envisager une telle exigence. En outre, l'objet de l'al. 10b) n'exige pas la présence continue d'un avocat pendant toute la durée de l'entretien. Dans la plupart des cas, une première mise en garde, assortie d'une possibilité raisonnable de consulter un avocat lorsque le détenu invoque son droit, satisfait aux exigences de l'al. 10b). Toutefois, la police doit donner au détenu une autre possibilité de recevoir des conseils d'un avocat si des faits nouveaux au cours de l'enquête rendent cette mesure nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b).

Dans le contexte d'un interrogatoire sous garde, l'al. 10b) vise à étayer le droit du détenu de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière, en lui donnant accès à des conseils juridiques sur sa situation. Pour que cet objectif soit réalisé, le détenu doit être informé de son droit de consulter un avocat et, s'il en fait la demande, doit se voir offrir la possibilité d'en consulter un. Il est possible que, pour la réalisation de cet objectif, il faille accorder au détenu le droit de consulter de nouveau un avocat lorsque de nouveaux faits rendent cette mesure nécessaire, mais elle n'exige pas la présence continue de l'avocat pendant toute la durée de l'entretien. Bien sûr, rien n'empêche l'avocat d'être présent à l'interrogatoire avec le consentement de toutes les parties, comme cela se produit déjà. La police demeure libre de faciliter un tel arrangement si elle choisit de le faire, et le détenu pourrait vouloir demander, comme condition préalable à sa déclaration, la présence d'un avocat.

A request to consult counsel, without more, is not sufficient to retrigger the s. 10(b) right. What is required is a change in circumstances that suggests that the choice faced by the detainee has been significantly altered, requiring further advice on the new situation, in order to fulfill the purpose of s. 10(b). Police tactics short of such a change may result in the Crown being unable to prove beyond a reasonable doubt that a subsequent statement was voluntary, rendering it inadmissible. But it does not follow that the procedural rights granted by s. 10(b) have been breached.

Existing jurisprudence has recognized that changed circumstances may result from: new procedures involving the detainee; a change in the jeopardy facing the detainee; or reason to believe that the detainee may not have understood the initial advice of the right to counsel. The categories are not closed. However, additions to them should be developed only where necessary to ensure that s. 10(b) has achieved its purpose. The change of circumstances must be objectively observable in order to trigger additional implementational duties for the police. It is not enough for the detainee to assert, after the fact, that he or she needed help, absent objective indicators that renewed legal consultation was required to permit him or her to make a meaningful choice as to whether to cooperate with the police investigation or refuse to do so.

S does not appear to fall into any of the categories where thus far a right to reconsultation has been recognized as necessary to fulfill the purpose of s. 10(b). The question is therefore whether the circumstances, viewed as a whole, indicate that S required further legal advice in order to fulfill the purpose of s. 10(b). Developments in the investigation that suggest that the detainee may be confused about his choices and right to remain silent may trigger the right to a renewed consultation with a lawyer under s. 10(b). That is not the case here. It is clear from the trial judge's findings of fact that S never had any doubt about the choices the law allowed him and, in particular, his constitutional right to remain silent. S twice spoke with counsel of his choice. Both times, S told the police that he was satisfied with the call. At the beginning of the interview, S said to the officer that he had been told about some of the devices the police might use to obtain information from him, including lying to him, and that he had been advised not to discuss anything important with anyone. Later in the course of the interview, the police repeatedly

Une demande de consultation avec un avocat, à elle seule, ne suffit pas à redonner naissance au droit prévu à l'al. 10b). Pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b), il faut qu'il y ait un changement de circonstances tendant à indiquer que le choix qui s'offre au détenu a considérablement changé, de sorte qu'il a besoin d'autres conseils sur la nouvelle situation. Si les tactiques policières n'entraînent pas un tel changement, il est possible que le ministère public ne puisse pas établir hors de tout doute raisonnable qu'une déclaration subséquente était volontaire, ce qui la rendrait inadmissible. Mais il ne s'ensuit pas qu'il y a eu atteinte aux droits procéduraux conférés par l'al. 10b).

La jurisprudence reconnaît qu'un changement de circonstances peut résulter de l'une ou l'autre des situations suivantes : le détenu est soumis à des mesures additionnelles; un changement est survenu dans les risques courus par le détenu; il existe des raisons de croire que le détenu n'a peut-être pas compris les conseils reçus au départ au sujet du droit à l'assistance d'un avocat. Ces catégories ne sont pas limitatives. Toutefois, il ne faudrait ajouter que les cas où il est nécessaire d'accorder une autre consultation pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b). Le changement de circonstances doit être objectivement observable pour donner naissance à de nouvelles obligations pour la police en matière de mise en application. Il ne suffit pas que le détenu affirme, après coup, qu'il avait besoin d'aide alors qu'il n'existait aucun élément objectif indiquant qu'une nouvelle consultation juridique était nécessaire pour lui permettre d'exercer un choix utile pour ce qui est de coopérer ou non à l'enquête policière.

S ne semble pas entrer dans l'une des catégories pour lesquelles le droit à une nouvelle consultation a été reconnu comme étant nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b). Il faut donc se demander s'il ressort de l'ensemble des circonstances que S a besoin de conseils juridiques supplémentaires pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b). La survenance de faits nouveaux au cours de l'enquête qui tendent à indiquer que le détenu ne comprend peut-être pas ses choix et son droit au silence peut faire naître le droit à une nouvelle consultation avec un avocat prévu à l'al. 10b). Ce n'est pas le cas en l'espèce. Il ressort clairement des conclusions de fait du juge du procès que S n'a jamais eu de doutes sur les choix qui s'offraient à lui sur le plan juridique et, en particulier, son droit constitutionnel de garder le silence. S a parlé deux fois à l'avocat de son choix. Les deux fois, il a déclaré à la police qu'il était satisfait de la communication. Dès le début de l'entretien, S a dit avoir été mis au courant de certains procédés que la police pourrait utiliser pour lui soutirer de l'information, notamment lui mentir, et avoir reçu comme conseil

confirmed that it was his choice whether he wished to speak with them or not. The police did not denigrate the legal advice he had received and repeatedly confirmed that it was his choice whether he wished to speak or not. There were no changed circumstances requiring renewed consultation with a lawyer. No s. 10(b) *Charter* breach has therefore been established.

This interpretation of s. 10(b) does not give *carte blanche* to the police as contended. This argument overlooks the requirement that confessions must be voluntary in the broad sense now recognized by the law. The police must not only fulfill their obligations under s. 10(b), they must conduct the interview in strict conformity with the confessions rule. In defining the contours of the s. 7 right to silence and related *Charter* rights, however, consideration must also be given to the societal interest in the investigation and solving of crimes. Any suggestion that the questioning of a suspect, in and of itself, runs counter to the presumption of innocence and the protection against self-incrimination is clearly contrary to settled authority and practice. The police are charged with the duty to investigate alleged crimes and, in performing this duty, they necessarily have to make inquiries from relevant sources of information, including persons suspected of, or even charged with, committing the alleged crime. While the police must be respectful of an individual's *Charter* rights, a rule that would require the police to automatically retreat upon a detainee stating that he or she has nothing to say would not strike the proper balance between the public interest in the investigation of crimes and the suspect's interest in being left alone.

*Per* Binnie J. (dissenting): A detainee is entitled to a further opportunity or opportunities to receive advice from counsel during a custodial interview where his or her request falls within the purpose of the s. 10(b) right (i.e. to satisfy a need for legal assistance rather than delay or distraction), and such request is reasonably justified by the objective circumstances that were or ought to have been apparent to the police during the interrogation.

In this case, the initial refusal to allow S to consult further with his counsel did not constitute a *Charter* breach. The breach occurred when, after several hours or so of suggestions (subtle and not so subtle) and

de ne pas discuter de quoi que ce soit d'important avec quiconque. Plus tard au cours de l'entretien, la police lui a confirmé à plusieurs reprises qu'il lui appartenait de décider s'il souhaitait parler ou se taire. La police n'a pas dénigré les conseils juridiques qu'il avait reçus et elle lui a confirmé à maintes reprises qu'il lui revenait de choisir de parler ou non. Il n'est survenu aucun changement de circonstances nécessitant une nouvelle consultation avec un avocat. Par conséquent, aucune violation de l'al. 10b) de la *Charte* n'a été établie.

Cette interprétation de l'al. 10b) ne donne pas *carte blanche* à la police, contrairement à ce qu'on a affirmé. Cet argument ne tient pas compte de l'exigence selon laquelle les confessions doivent être volontaires dans le sens large maintenant reconnu en droit. La police doit non seulement respecter les obligations qui lui incombent selon l'al. 10b), mais aussi conduire l'entretien en se conformant strictement à la règle des confessions. Toutefois, pour définir la portée du droit au silence reconnu à l'art. 7 et celle des droits connexes garantis par la *Charte*, il faut aussi tenir compte de l'intérêt de la société à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et soient résolus. Affirmer qu'en soi le fait de poser des questions à un suspect va à l'encontre de la présomption d'innocence et de la protection contre l'auto-incrimination est clairement contraire à la jurisprudence et à la pratique établies. La police a l'obligation d'enquêter sur les crimes présumés et, dans l'exercice de cette fonction, elle doit nécessairement interroger des sources d'information pertinentes, y compris les personnes soupçonnées ou même accusées d'avoir commis le crime présumé. Certes, la police doit respecter les droits que la *Charte* garantit à un individu, mais la règle selon laquelle elle doit automatiquement battre en retraite dès que le détenu déclare qu'il n'a rien à dire ne permet pas d'établir le juste équilibre entre l'intérêt public à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et l'intérêt du suspect à ne pas être importuné.

*Le* juge Binnie (dissident) : Un détenu a droit à une ou plusieurs autres possibilités de recevoir des conseils d'un avocat au cours d'un entretien sous garde si sa demande cadre avec l'objet du droit garanti par l'al. 10b) (c.-à-d. satisfaire à un besoin d'assistance juridique et non retarder la pression policière ou s'y soustraire temporairement), et une telle demande est raisonnablement justifiée par les circonstances objectives qui étaient apparentes ou auraient dû l'être pour la police lors de l'interrogatoire.

En l'espèce, le refus initial de permettre à l'appelant de consulter de nouveau son avocat ne constituait pas une violation de la *Charte*. Cette violation s'est produite lorsque, après plusieurs heures de suggestions (subtiles et

argument, the officer confronted S with evidence linking him to the crime and S repeated five times his desire to consult with his counsel before going further. Police use of moral suasion is, of course, absolutely acceptable, but S was clearly concerned (manifested by his five separate requests to consult his lawyer again) whether the lawyer's initial advice (whatever it was) remained valid. S faced a second degree murder charge. It cannot reasonably be said that the 360 seconds of legal advice he received in two initial phone calls before the police began their interrogation was enough to exhaust his s. 10(b) guarantee. Given the unfolding of new information up to that point in the interview, S's request to speak again to counsel was reasonable, and the police refusal of that further consultation was a breach of s. 10(b).

What now appears to be licenced as a result of the "interrogation trilogy" — *Oickle, Singh*, and the present case — is that an individual (presumed innocent) may be detained and isolated for questioning by the police for at least five or six hours without reasonable recourse to a lawyer, during which time the officers can brush aside assertions of the right to silence or demands to be returned to his or her cell, in an endurance contest in which the police interrogators, taking turns with one another, hold all the important legal cards.

Communication between solicitor and client is the condition precedent to the lawyer's ability to assist. The advice will only be as good as the information on which it is based. In the case of s. 10(b), the lawyer cannot function effectively in an informational vacuum without the possibility of even a general idea of the unfolding situation in the interrogation room. Until aware of that situation, the lawyer may be in no position to render — and the detainee may not receive — meaningful assistance beyond what could be accomplished by a recorded message: "You have reached counsel; keep your mouth shut; press one to repeat this message." In this case, the evolving situation produced information S's lawyer needed to have to do his job.

In any case, justification for additional consultation(s) must find objective support in factors which would include (but are not limited to): the extent of prior contact with counsel; the length of the interview at the time

moins subtiles) et d'argument, le policier a parlé à S de la preuve qui le reliait au crime et S a réitéré à cinq reprises son désir de consulter son avocat avant de continuer. Le recours à la pression morale par la police est bien sûr tout à fait acceptable, mais S se demandait de toute évidence (comme en témoigne le fait qu'il a demandé à cinq reprises distinctes de pouvoir communiquer de nouveau avec son avocat) si les conseils initiaux de l'avocat (quels qu'ils soient) étaient toujours valables. S faisait face à une inculpation de meurtre au deuxième degré. On ne peut pas raisonnablement dire que les conseils juridiques qu'il a reçus en 360 secondes lors des deux appels téléphoniques initiaux avant que la police amorce son interrogatoire étaient suffisants pour entraîner l'extinction de la garantie que lui reconnaît l'al. 10b). Étant donné la révélation de nouveaux éléments d'information depuis le début de l'entretien, la demande de S de parler de nouveau à son avocat était raisonnable, et le refus de la part de la police de lui accorder cette nouvelle consultation constituait une violation de l'al. 10b).

En conséquence de la « trilogie de l'interrogatoire » — *Oickle, Singh* et le présent pourvoi — la police pourra désormais, semble-t-il, détenir un individu (présupposé innocent), le garder en isolement pour lui poser des questions pendant au moins cinq ou six heures sans lui donner une possibilité raisonnable de consulter un avocat, et balayer pendant ce temps ses revendications du droit de garder le silence ou ses demandes de regagner sa cellule, dans le cadre d'une épreuve d'endurance au cours de laquelle les interrogateurs de la police, se relayant l'un l'autre, possèdent tous les atouts juridiques importants.

La communication entre l'avocat et son client est la condition préalable à la capacité de l'avocat de fournir une assistance. La qualité des conseils dépend entièrement des renseignements sur lesquels ils sont fondés. Dans le cas de l'al. 10b), l'avocat ne peut pas travailler dans un vide informationnel sans possibilité de même avoir une idée générale du déroulement de la situation dans la salle d'interrogatoire. Jusqu'à ce que l'avocat soit au courant de cette situation, il risque de ne pas être en mesure de fournir une assistance utile — et le détenu risque d'être privé d'une telle assistance — au-delà de ce qu'un message enregistré pourrait accomplir : « Vous avez joint la boîte vocale de l'avocat. Ne dites pas un mot. Pour entendre de nouveau ce message, faites le 1. » En l'espèce, l'évolution de la situation a produit des renseignements dont l'avocat avait besoin pour faire son travail.

De toute façon, la justification de consultations supplémentaires doit reposer sur un fondement objectif, y compris les facteurs suivants : la portée de la communication antérieure avec l'avocat; la durée de l'entretien

of the request; the extent of other information (true or false) provided by the police to the detainee about the case during the interrogation, which may reasonably suggest to the detainee that the advice in the initial consultation may have been overtaken by events; the existence of exigent or urgent circumstances that militate against any delay in the interrogation; whether an issue of a legal nature has arisen in the course of the interrogation; and the mental and physical condition of the detainee to the extent that this is or ought to be apparent to the interrogator.

The detainee's s. 10(b) request will be dealt with in the first instance by the police. In deciding whether to give effect to it the police will have to make a judgment call, but such a call is no more difficult than many arising in the course of their work. The police deal routinely with constitutional standards and other aspects of reasonableness, and there is no reason why they should not be capable of treating a demand for further consultation with counsel with the same level of professionalism. No doubt, a truncated interpretation of s. 10(b) would be easier for the police to administer. Rights during an interrogation will always be harder to administer than no rights. The *Charter* is framed in general language. Litigation is inevitable. The criminal justice system might well work more smoothly and efficiently from the crime-stopper's perspective if we had no *Charter*, but so long as we do have a *Charter*, s. 10(b) like other *Charter* rights should be given a broad interpretation consistent with its purpose. If it takes time to work out its proper amplitude so be it.

Finally, S's subsequent admissions to the undercover officer in the jail cell were part of the same transaction or course of conduct as the statement to the interrogation officer and were thus tainted, because S's reason for confessing in the jail cell was explicitly linked to the fact that he had just given himself up in the interrogation room. The same is true of the re-enactment. Without the initial statement to the interrogation officer, it would not have taken place. This causal connection is sufficient to establish the requisite link. The statement to the undercover officer and the evidence produced by the re-enactment are linked to the earlier breach of s. 10(b) and were therefore obtained in breach of the *Charter*. That evidence should be excluded under s. 24(2) in light of the general presumption of exclusion of unconstitutionally obtained statements.

au moment de la demande; l'ampleur des autres renseignements (vrais ou faux) fournis au détenu par la police au sujet de l'affaire pendant l'interrogatoire, dont il est raisonnable de croire qu'elle peut amener le détenu à penser que les conseils reçus lors de la consultation initiale ont peut-être perdu de leur pertinence en raison de la tournure des événements; l'existence de circonstances pressantes incitant fortement à ne pas retarder l'interrogatoire; la survenance d'un incident de nature juridique au cours de l'interrogatoire; l'état psychologique et physique du détenu, dans la mesure où cet état est apparent ou devrait l'être pour l'interrogateur.

La police tout d'abord traitera de la demande du détenu fondée sur l'al. 10b). Pour décider s'il y a lieu d'y donner suite, elle doit s'en remettre à son jugement, mais une telle décision n'est pas plus difficile que bien d'autres décisions qu'elle doit prendre dans le cadre de son travail. La police est couramment aux prises avec des normes constitutionnelles et d'autres aspects de la « raisonabilité », et il n'y a aucune raison qu'elle ne puisse pas faire preuve du même degré de professionnalisme lorsqu'il s'agit de juger du caractère raisonnable d'une demande de consultation supplémentaire. Il ne fait aucun doute qu'une interprétation tronquée de l'al. 10b) faciliterait la tâche de la police. L'existence de droits pendant l'interrogatoire lui rendra toujours la vie plus difficile que l'absence de droits. La *Charte* est rédigée en termes généraux. Les litiges sont inévitables. Le système de justice criminelle fonctionnerait peut-être plus en douceur et plus efficacement du point de vue des autorités chargées de la répression du crime s'il n'y avait pas de *Charte*, mais tant que la *Charte* existe, le droit garanti par l'al. 10b) doit recevoir, comme les autres droits prévus par la *Charte*, une interprétation large qui soit compatible avec son objet. S'il faut du temps pour en déterminer la portée exacte, qu'il en soit ainsi.

Enfin, les aveux ultérieurs de S devant un agent d'infiltration placé dans sa cellule faisaient partie de la même opération ou de la même ligne de conduite que la déclaration au policier chargé de l'interrogatoire et étaient par conséquent viciés, étant donné le lien explicite entre le motif ayant amené S à se confesser dans sa cellule et le fait qu'il venait de capituler dans la salle d'interrogatoire. Cela vaut aussi pour la reconstitution. Sans la déclaration initiale au policier, elle n'aurait pas eu lieu. Ce lien de causalité suffit à établir l'existence du lien requis. La déclaration à l'agent d'infiltration et la preuve émanant de la reconstitution sont liées à la violation antérieure de l'al. 10b) et ont par conséquent été obtenues en violation de la *Charte*. Ces éléments de preuve devraient être écartés en application du par. 24(2) compte tenu de la présomption générale d'exclusion des déclarations obtenues d'une façon inconstitutionnelle.

*Per LeBel, Fish and Abella JJ. (dissenting):* S's right to counsel was infringed because the police prevented him from obtaining the legal advice to which he was entitled. His access to legal advice would have mitigated the impact of the police's relentless and skilful efforts to obtain a confession from him. This breach of S's right to counsel went to the core of the self-incrimination interest that s. 10(b) is meant to protect. Under our system of criminal justice, the state bears the sole burden of proving the guilt of the accused. This basic precept finds expression in the presumption of innocence and the right to silence. Both rights are constitutionally protected. It follows inexorably that a detainee under police control is under no obligation to cooperate with a police investigation or to participate in an interrogation.

Both a straightforward reading and a purposive interpretation of s. 10(b) lend themselves to a broad conception of the right to counsel. The guarantee of "*l'assistance d'un avocat*" means more than a one-time consultation with counsel, specifically when the brief consultation is followed by a lengthy interrogation, conducted by a skilled and experienced police interrogator.

The right to silence, the right against self-incrimination, and the presumption of innocence work together to ensure that suspects are never obligated to participate in building the case against them. Confronted by bits and pieces of incriminating evidence, conjectural or real, the detainee may be wrongly persuaded that maintaining his or her right of silence is a futile endeavour: that the advice to remain silent originally provided by counsel is now unsound. Through ignorance of the consequences, the detainee may feel bound to make an incriminatory statement to which the police are not by law entitled. In what may seem counterintuitive to the detainee without legal training, it is often better to remain silent in the face of the evidence proffered, leaving it to the court to determine its cogency and admissibility, and forego the inevitable temptation to end the interrogation by providing the inculpatory statement sought by the interrogators. Access to counsel is therefore of critical importance at this stage to ensure, insofar as possible, that the detainee's rights are respected and to provide the sense of security that legal representation is intended to afford. However, it is also in society's interest that constitutional rights be respected at the pre-trial stage, as doing so ensures the integrity of the criminal process from start to finish. In these circumstances, counsel's advice is not simply a matter of reiterating the detainee's right to silence, but also to explain why

*Les juges LeBel, Fish et Abella (dissidents) :* Le droit de S à l'assistance d'un avocat a été violé du fait que les policiers l'ont empêché d'obtenir les conseils juridiques auxquels il avait droit. L'accès à l'assistance de son avocat aurait atténué les conséquences des efforts acharnés et habiles que déployait la police afin d'obtenir des aveux de sa part. Cette violation du droit de S à l'assistance d'un avocat a touché l'essentiel du droit de ne pas s'incriminer que l'al. 10b) vise à protéger. Dans notre système de justice criminelle, la preuve de la culpabilité de l'accusé incombe exclusivement à l'État. Ce principe de base s'exprime dans la présomption d'innocence et dans le droit au silence, que la Constitution protège tous deux. Ces principes entraînent comme conséquence nécessaire qu'un détenu sous le contrôle de la police n'est pas tenu de coopérer à une enquête policière ou de participer à un interrogatoire.

Tant la simple lecture de l'al. 10b) qu'une interprétation téléologique de cette disposition favorisent une conception large du droit « à l'assistance d'un avocat », qui ne se limite pas à une consultation unique avec un avocat, surtout lorsque la brève consultation est suivie d'un long interrogatoire, mené par un enquêteur habile et expérimenté.

Ensemble, le droit de garder le silence, le droit à la protection contre l'auto-incrimination et la présomption d'innocence garantissent que les suspects n'assument aucune obligation de participer à l'établissement de la preuve contre eux. Confronté à des fragments d'éléments de preuve incriminants, fictifs ou réels, le détenu risque de se persuader à tort de la futilité de l'exercice de son droit au silence et que le conseil de garder le silence donné au départ par l'avocat n'est maintenant plus pertinent. Il est possible que, dans l'ignorance des conséquences, le détenu se sente obligé de faire une déclaration incriminante que la police n'est pas en droit d'obtenir. Même si une telle approche peut sembler paradoxale au détenu dépourvu de formation juridique, il vaut souvent mieux garder le silence devant la preuve présentée et laisser au tribunal le soin d'en déterminer l'admissibilité et la force probante, et résister à l'inévitable tentation de mettre un terme à l'interrogatoire en faisant la déclaration incriminante que les enquêteurs cherchent à obtenir. L'accès à un avocat revêt donc une importance capitale à ce stade pour garantir, dans la mesure du possible, le respect des droits constitutionnels du détenu et pour lui donner le sentiment de sécurité que la représentation juridique est censée procurer. Mais il demeure dans l'intérêt de la société que les droits constitutionnels soient respectés à l'étape préalable au procès, puisqu'ils garantissent l'intégrité du processus criminel du début à la fin. Dans ces circonstances, le rôle de l'avocat ne se limite pas à rappeler au détenu son droit

and how that right should be, and can be, effectively exercised.

The assistance of counsel is a right granted not only to detainees under s. 10(b) of the *Charter*, but a right granted to every accused by the common law, the *Criminal Code*, and ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. It is not just a right to the assistance of counsel, but to the effective assistance of counsel, and one that this Court has characterized as a principle of fundamental justice. This right has not been granted to suspects and to persons accused of crime on the condition that it not be exercised when they are most in need of its protection — notably at the stage of custodial interrogation, when they are particularly vulnerable and in an acute state of jeopardy.

The right against self-incrimination and the right to silence cannot be eroded by an approach to criminal investigations, and in particular to custodial interrogation, that would favour perceived police efficiency at the expense of constitutionally protected rights. The right to counsel, and by extension its meaningful exercise, cannot be made to depend on an interrogator's opinion as to its opportunity or utility. The police are not empowered by the common law or by statute, and still less by our Constitution, to prevent or undermine the effective exercise by detainees of either their right to silence or their right to counsel, or to compel them against their clearly expressed wishes to participate in interrogations until confession.

In this case, both S's statement to the undercover officer and his participation in the re-enactment were inextricably linked to his original confession and were therefore obtained in violation of s. 10(b) as well.

That evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The violation of S's constitutionally guaranteed right to counsel was significant, and not merely a technical breach. It is almost impossible to imagine a case where a *Charter* breach would have a greater impact on the protected interests of an individual. At a time when his freedom hung in the balance, S was denied access to the legal counsel that he desperately required. As a direct result of this unconstitutional deprivation, S relented in the face of unrelenting questioning and incriminated himself. Had he been provided with an opportunity to consult counsel, the outcome would likely have been very different. The impact of the breach, therefore, struck at the core of our most cherished legal protections: the right to silence and the protection against self-incrimination. Finally, the offence at issue here — murder — is of the utmost

au silence, mais consiste aussi à lui expliquer pourquoi et comment ce droit devrait et pourrait être exercé efficacement.

L'assistance d'un avocat est non seulement un droit reconnu aux détenus en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, mais aussi un droit accordé à tous les accusés par la common law, le *Code criminel* ainsi que l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Il ne s'agit pas simplement du droit à l'assistance d'un avocat, mais du droit à l'assistance effective d'un avocat, que, du reste, notre Cour a qualifié de principe de justice fondamentale. Ce droit n'a pas été donné aux suspects et aux personnes accusées d'un crime à la condition qu'ils ne l'exercent pas lorsqu'ils ont le plus besoin de sa protection — surtout au stade de l'interrogatoire, un moment de vulnérabilité particulière et de risque spécialement élevé pour eux.

Il faut éviter de saper le droit de ne pas s'incriminer et le droit au silence en adoptant une approche en matière d'enquêtes criminelles — en particulier d'interrogatoires — qui privilégierait l'apparente efficacité policière aux dépens de la protection des droits garantis par la Constitution. Le droit à l'assistance d'un avocat et, par extension, son exercice utile ne peuvent être subordonnés à l'opinion d'un enquêteur quant à son opportunité ou son utilité. La police n'est pas autorisée en common law ou par la loi — et encore moins par la Constitution — à empêcher ou entraver l'exercice effectif par les détenus de leur droit au silence ou de leur droit à l'assistance d'un avocat, ni à les contraindre, contre leur volonté clairement exprimée, à participer à des interrogatoires jusqu'aux aveux.

En l'espèce, tant la déclaration de S à l'agent d'infiltration que sa participation à la reconstitution étaient inextricablement liées à sa confession initiale, et ont donc elles aussi été obtenues en violation de l'al. 10b).

Ces éléments de preuve devraient être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. La violation du droit à l'assistance d'un avocat qui est garanti par la Constitution à S était sérieuse et ne représentait pas une simple violation technique. Il est presque impossible d'imaginer un cas où une violation de la *Charte* aurait une incidence plus grande sur les droits protégés d'une personne. À un moment où sa liberté était en jeu, S s'est vu refuser l'accès à l'assistance d'un avocat dont il avait désespérément besoin. Cette privation inconstitutionnelle d'un droit a eu pour résultat direct de faire fléchir S face à des questions incessantes et de l'amener à s'incriminer. Si on lui avait donné la possibilité de consulter son avocat, l'issue aurait sans doute été bien différente. L'incidence de la violation a donc porté atteinte au cœur même des protections juridiques auxquelles nous attachons le plus grand prix : le droit de garder le silence

severity. So too, however, is the right being protected. While society has an interest in the adjudication of a case on its merits, sometimes, as is the case here, that interest will be outweighed by the protection of the most fundamental rights in the criminal justice system.

Accordingly, the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

**Distinguished:** *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; **referred to:** *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Friesen* (1995), 101 C.C.C. (3d) 167; *R. v. Mayo* (1999), 133 C.C.C. (3d) 168; *R. v. Ekman*, 2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Osmond*, 2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xii; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004); *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon v. Hass*, 420 U.S. 714 (1975); *United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004); *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. v. Wood* (1994), 94 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Gormley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 110; *R. v. Baidwan*, 2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL), aff'd 2003 BCCA 351 (CanLII); *R. v. Bohnet*, 2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131; *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134; *R. v. Weeseekase*, 2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117; *R. v. R. (P.L.)* (1988), 44 C.C.C. (3d) 174; *R. v. Badgerow*, 2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3.

By Binnie J. (dissenting)

*R. v. Phillion*, 2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Hebert*, [1990]

et la protection contre l'auto-incrimination. Enfin, l'infraction dont il est question en l'espèce — le meurtre — est d'une gravité extrême. Mais, d'autre part, le droit qui est protégé revêt une importance capitale. Malgré l'intérêt de la société à ce qu'une affaire soit jugée au fond, il arrive, comme c'est le cas en l'espèce, que cet intérêt doit céder le pas à la protection des droits les plus fondamentaux dans le système de justice criminelle.

Par conséquent, la preuve devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Charron

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; **arrêts mentionnés :** *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Friesen* (1995), 101 C.C.C. (3d) 167; *R. c. Mayo* (1999), 133 C.C.C. (3d) 168; *R. c. Ekman*, 2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346; *R. c. Osmond*, 2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xii; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Escobedo c. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Yarborough c. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004); *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *Harris c. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon c. Hass*, 420 U.S. 714 (1975); *United States c. Patane*, 542 U.S. 630 (2004); *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. c. Wood* (1994), 94 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Gormley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 110; *R. c. Baidwan*, 2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL), conf. par 2003 BCCA 351 (CanLII); *R. c. Bohnet*, 2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131; *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134; *R. c. Weeseekase*, 2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117; *R. c. R. (P.L.)* (1988), 44 C.C.C. (3d) 174; *R. c. Badgerow*, 2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*R. c. Phillion*, 2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151;

2 S.C.R. 151; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Waugh*, 2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

By LeBel and Fish JJ. (dissenting)

*R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Fortin v. Chrézien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. McCrimmon*, 2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. v. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 10, 11, 13, 24(2).  
*Crimes Act 1914* (Austl.), Part IC, ss. 23G, 23L.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 684(1).  
*Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33.

*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Waugh*, 2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

Citée par les juges LeBel et Fish (dissidents)

*R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Fortin v. Chrézien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. c. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 10, 11, 13, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 684(1).  
*Crimes Act 1914* (Austr.), partie IC, art. 23G, 23L.  
*Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33.

*Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.S.W.), s. 123.  
*Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, ss. 58, 66.  
*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.).

#### Authors Cited

Allen, Ronald J. “*Miranda’s Hollow Core*” (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71.  
 Cassell, Paul G. “*Miranda’s Social Costs: An Empirical Reassessment*” (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 387.  
 Cassell, Paul G., and Bret S. Hayman. “*Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of Miranda*” (1995-1996), 43 *U.C.L.A. L. Rev.* 839.  
 Cassell, Paul G., and Richard Fowles. “*Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on Miranda’s Harmful Effects on Law Enforcement*” (1997-1998), 50 *Stan. L. Rev.* 1055.  
 Collins-Robert *French-English, English-French Dictionary*, 2nd ed. London: Collins, 1987, “*cas*”.  
 Godsey, Mark A. “*Reformulating the Miranda Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings*” (2006), 90 *Minn. L. Rev.* 781.  
 Leo, Richard A. “*Inside the Interrogation Room*” (1995-1996), 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266.  
 Newfoundland and Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*. St. John’s: Government of Newfoundland and Labrador, 2006.  
 Schulhofer, Stephen J. “*Miranda’s Practical Effect: Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs*” (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500.  
 Stewart, Hamish. “*The Confessions Rule and the Charter*” (2009), 54 *McGill L.J.* 517.  
 Stuesser, Lee. “*The Accused’s Right to Silence: No Doesn’t Mean No*” (2002), 29 *Man. L.J.* 149.  
 Weisselberg, Charles D. “*Mourning Miranda*” (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519.  
 Younger, Evelle J. “*Results of a Survey Conducted in the District Attorney’s Office of Los Angeles County Regarding the Effect of the Miranda Decision upon the Prosecution of Felony Cases*” (1966-1967), 5 *Am. Crim. L.Q.* 32.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, Lowry and Frankel J.J.A.), 2008 BCCA 127, 252 B.C.A.C. 288, 422 W.A.C. 288, 169 C.R.R. (2d) 232, [2008] B.C.J. No. 502 (QL), 2008 CarswellBC 573, affirming a decision of Powers J., 2003 BCSC 2040, [2003]

*Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* (N.-G.S.), art. 123.  
*Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 58, 66.  
*Police Powers and Responsibilities Act 2000* (Qld.).

#### Doctrine citée

Allen, Ronald J. « *Miranda’s Hollow Core* » (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71.  
 Cassell, Paul G. « *Miranda’s Social Costs : An Empirical Reassessment* » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 387.  
 Cassell, Paul G., and Bret S. Hayman. « *Police Interrogation in the 1990s : An Empirical Study of the Effects of Miranda* » (1995-1996), 43 *U.C.L.A. L. Rev.* 839.  
 Cassell, Paul G., and Richard Fowles. « *Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on Miranda’s Harmful Effects on Law Enforcement* » (1997-1998), 50 *Stan. L. Rev.* 1055.  
 Godsey, Mark A. « *Reformulating the Miranda Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings* » (2006), 90 *Minn. L. Rev.* 781.  
 Leo, Richard A. « *Inside the Interrogation Room* » (1995-1996), 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266.  
 Robert-Collins *dictionnaire français-anglais, anglais-français*, nouvelle éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1987, « *cas* ».  
 Schulhofer, Stephen J. « *Miranda’s Practical Effect : Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs* » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500.  
 Stewart, Hamish. « *The Confessions Rule and the Charter* » (2009), 54 *R.D. McGill* 517.  
 Stuesser, Lee. « *The Accused’s Right to Silence : No Doesn’t Mean No* » (2002), 29 *Man. L.J.* 149.  
 Terre-Neuve-et-Labrador. *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken : Report and Annexes*. St. John’s : Government of Newfoundland and Labrador, 2006.  
 Weisselberg, Charles D. « *Mourning Miranda* » (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519.  
 Younger, Evelle J. « *Results of a Survey Conducted in the District Attorney’s Office of Los Angeles County Regarding the Effect of the Miranda Decision upon the Prosecution of Felony Cases* » (1966-1967), 5 *Am. Crim. L.Q.* 32.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Lowry et Frankel), 2008 BCCA 127, 252 B.C.A.C. 288, 422 W.A.C. 288, 169 C.R.R. (2d) 232, [2008] B.C.J. No. 502 (QL), 2008 CarswellBC 573, qui a confirmé une décision du juge Powers, 2003 BCSC 2040,

B.C.J. No. 3258 (QL), 2003 CarswellBC 3841. Appeal dismissed, Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting.

*Gil D. McKinnon, Q.C.*, and *Lisa J. Helps*, for the appellant.

*M. Joyce DeWitt-Van Oosten* and *Susan J. Brown*, for the respondent.

*David Schermbrucker* and *Christopher Mainella*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*John S. McInnes* and *Deborah Krick*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*P. Andras Schreck* and *Candice Suter*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Warren B. Milman* and *Michael A. Feder*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Jonathan C. Lisus*, *Alexi N. Wood* and *Adam Ship*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

## I. Overview

[1] This appeal and its companion cases are about the nature and limits of the right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issue is whether a detainee who has been properly accorded his or her s. 10(b) rights at the outset of the detention has the constitutional right to further consultations with counsel during the course of the interrogation.

[2] We conclude that s. 10(b) does not mandate the presence of defence counsel throughout a custodial interrogation. We further conclude that in most

[2003] B.C.J. No. 3258 (QL), 2003 CarswellBC 3841. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, LeBel, Fish et Abella sont dissidents.

*Gil D. McKinnon, c.r.*, et *Lisa J. Helps*, pour l'appelant.

*M. Joyce DeWitt-Van Oosten* et *Susan J. Brown*, pour l'intimée.

*David Schermbrucker* et *Christopher Mainella*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

*John S. McInnes* et *Deborah Krick*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*P. Andras Schreck* et *Candice Suter*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Warren B. Milman* et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Jonathan C. Lisus*, *Alexi N. Wood* et *Adam Ship*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

## I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi et les pourvois connexes portent sur la nature et les limites du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il s'agit de déterminer si le détenu qui s'est vu accorder comme il se doit, dès le commencement de la détention, les droits prévus à l'al. 10b) possède en vertu de la Constitution le droit de consulter de nouveau un avocat pendant l'interrogatoire.

[2] Nous concluons que l'al. 10b) ne rend pas obligatoire la présence de l'avocat de la défense pendant tout l'interrogatoire sous garde. Nous concluons en

cases, an initial warning, coupled with a reasonable opportunity to consult counsel when the detainee invokes the right, satisfies s. 10(b). However, the police must give the detainee an additional opportunity to receive advice from counsel where developments in the course of the investigation make this necessary to serve the purpose underlying s. 10(b) of providing the detainee with legal advice relevant to his right to choose whether to cooperate with the police investigation or not. To date, this principle has led to the recognition of the right to a second consultation with a lawyer where changed circumstances result from: new procedures involving the detainee; a change in the jeopardy facing the detainee; or reason to believe that the first information provided was deficient. The categories are not closed.

[3] In this case, the test for a second legal consultation is not met. Before the interview took place, Mr. Sinclair was advised of his right to counsel and twice spoke with counsel of his choice. At the beginning of the interview, he said to the officer that he had been told about some of the devices the police might use to obtain information from him, including lying to him, and that he had been advised not to discuss anything important with anyone. Later in the course of the interview, the police repeatedly confirmed that it was his choice whether he wished to speak with them or not. There were no changed circumstances requiring renewed consultation with a lawyer. We therefore conclude that breach of the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* has not been established, and would dismiss the appeal.

## II. Facts

[4] The appellant, Mr. Sinclair, was charged with second degree murder in the November 21, 2002 killing of Gary Grice and ultimately convicted by a jury of manslaughter. The events that concern us on this appeal took place following Mr. Sinclair's arrest early in the morning of Saturday,

autre que, dans la plupart des cas, une première mise en garde, assortie d'une possibilité raisonnable de consulter un avocat lorsque le détenu invoque son droit, satisfait aux exigences de l'al. 10b). Toutefois, la police doit donner au détenu une autre possibilité de recevoir des conseils d'un avocat si des faits nouveaux au cours de l'enquête rendent cette mesure nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de fournir au détenu des conseils juridiques sur son droit de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière. À ce jour, ce principe a entraîné la reconnaissance du droit à une deuxième consultation avec un avocat lorsqu'un changement de circonstances résulte de l'une ou l'autre des situations suivantes : le détenu est soumis à des mesures additionnelles; un changement est survenu dans les risques courus par le détenu; il existe des raisons de croire que les renseignements fournis initialement comportent des lacunes. Ces catégories ne sont pas limitatives.

[3] En l'espèce, il n'est pas satisfait au test visant à déterminer si les circonstances justifient une deuxième consultation. Avant l'entretien, M. Sinclair a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et a parlé deux fois à l'avocat de son choix. Dès le début de l'entretien, il a dit avoir été mis au courant de certains procédés que la police pourrait utiliser pour lui soutirer de l'information, notamment lui mentir, et avoir reçu comme conseil de ne pas discuter de quoi que ce soit d'important avec quiconque. Plus tard au cours de l'entretien, la police lui a confirmé à plusieurs reprises qu'il lui appartenait de décider s'il souhaitait parler ou se taire. Il n'est survenu aucun changement de circonstances nécessitant une nouvelle consultation avec un avocat. Par conséquent, nous concluons qu'aucune atteinte au droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10b) de la *Charte*, n'a été établie et qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

## II. Les faits

[4] L'appelant, M. Sinclair, a été accusé du meurtre au deuxième degré de Gary Grice, survenu le 21 novembre 2002, et a finalement été reconnu coupable par un jury d'homicide involontaire. Les événements dont il est question en l'espèce se sont produits après l'arrestation de M. Sinclair, au petit

December 14, 2002, by members of the RCMP detachment in Vernon, B.C.

[5] Upon arrest, Mr. Sinclair was advised that he was being arrested for the killing of Mr. Grice, that he had the right to retain and instruct counsel without delay, that he could call any lawyer he wanted, and that a Legal Aid lawyer would be available free of charge. When asked whether he wanted to call a lawyer, Mr. Sinclair responded: “Not right this second” (A.R., at p. 524). He was then taken to the RCMP detachment, with assurances that he would have another opportunity to contact counsel once they got there.

[6] After booking, Mr. Sinclair was again asked whether he wanted to exercise his right to counsel. This time he told the officer, Cpl. Leibel, that he wanted to speak with a lawyer named Victor S. Janicki, whom he had retained to defend him on an unrelated charge. The police placed the call and the appellant spoke with Mr. Janicki by phone in a private room for about three minutes. Cpl. Leibel asked the appellant whether he was satisfied with the call, to which Mr. Sinclair replied: “Yeah, he’s taking my case” (A.R., at p. 126).

[7] About three hours later, Cpl. Leibel called Mr. Janicki to find out if he was coming to the police station to meet with the appellant. Mr. Janicki said he would not be attending at the station because he did not yet have a Legal Aid retainer, but he asked to speak with the appellant again by phone. Another three-minute phone call ensued, again with the appellant in a private room. And again the appellant told Cpl. Leibel that he was satisfied with the call.

[8] Later that day, Mr. Sinclair was interviewed by Sgt. Skrine for approximately five hours. Before the interview began, Sgt. Skrine confirmed with Mr. Sinclair that he had been advised of and had exercised his right to counsel. The officer also warned Mr. Sinclair that he did not have to say anything and informed him that the interview was being recorded and could be used in court. Shortly thereafter, as Sgt. Skrine began to ask the appellant

matin du samedi 14 décembre 2002, par des membres du détachement de la GRC à Vernon (C.-B.).

[5] Dès son arrestation, M. Sinclair a été informé qu’il était arrêté pour le meurtre de M. Grice, qu’il avait le droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat, qu’il pouvait appeler l’avocat de son choix et qu’il était possible de consulter gratuitement un avocat de l’aide juridique. Lorsqu’on lui a demandé s’il voulait appeler un avocat, M. Sinclair a répondu : [TRADUCTION] « Pas pour l’instant » (d.a., p. 524). Il a ensuite été conduit au détachement de la GRC, ayant reçu l’assurance qu’il aurait de nouveau l’occasion de communiquer avec un avocat une fois sur place.

[6] Après sa mise en détention, on a demandé encore une fois à M. Sinclair s’il voulait exercer son droit à l’assistance d’un avocat. Cette fois-ci, il a répondu au caporal Leibel qu’il voudrait parler avec un avocat nommé Victor S. Janicki, dont il avait retenu les services pour le défendre dans une autre affaire. La police a fait l’appel et l’appelant a parlé avec M<sup>e</sup> Janicki pendant environ trois minutes dans une pièce fermée. Le caporal Leibel a demandé à l’appelant s’il était satisfait de l’appel, ce à quoi M. Sinclair a répondu : [TRADUCTION] « Ouais, il va s’occuper de mon dossier » (d.a., p. 126).

[7] Environ trois heures plus tard, le caporal Leibel a téléphoné à M<sup>e</sup> Janicki pour savoir s’il venait au poste de police pour rencontrer l’appelant. M<sup>e</sup> Janicki a dit qu’il ne viendrait pas parce qu’il n’avait pas encore reçu le mandat de représentation de l’aide juridique, mais il a demandé à reparler à l’appelant. Un autre appel de trois minutes s’en est suivi, là encore l’appelant se trouvait dans une pièce fermée. Et, une fois de plus, il a dit au caporal Leibel qu’il était satisfait de l’appel.

[8] Plus tard ce jour-là, le sergent Skrine a eu un entretien avec M. Sinclair pendant environ cinq heures. Auparavant, il a obtenu la confirmation de M. Sinclair qu’il avait été avisé de son droit à l’assistance d’un avocat et qu’il l’avait exercé. Il a aussi averti M. Sinclair qu’il n’était pas obligé de parler et l’a informé que l’entretien était enregistré et pouvait être utilisé devant les tribunaux. Peu après, comme le sergent Skrine commençait à lui poser des

innocuous questions about his background and upbringing, Mr. Sinclair stated that he had nothing to say “until my lawyer’s around and he tells me what’s going on and stuff, like . . .” (Supp. A.R., at p. 3). Sgt. Skrine responded “fair enough”, and confirmed that Mr. Sinclair indeed had the right not to speak. Sgt. Skrine also said that, as he understood the law in Canada, Mr. Sinclair had the right to consult his lawyer but did not have the right to have the lawyer present during questioning. The appellant appeared to accept this proposition, and the interview continued with Sgt. Skrine attempting to build trust with Mr. Sinclair while eliciting some preliminary information.

[9] Shortly thereafter, Mr. Sinclair again expressed discomfort with being interviewed in the absence of his lawyer. Sgt. Skrine reiterated to the appellant that he had the right to choose whether to talk or not. He also expressed the view that Mr. Sinclair’s right to counsel had already been satisfied by the prior telephone calls. This explanation seemed to satisfy Mr. Sinclair for the time being, and the preliminary questioning continued.

[10] Later, when Sgt. Skrine started to ask questions about the crime scene, telling the appellant for the first time that they knew it was Mr. Grice’s blood on the carpet in his hotel room, Mr. Sinclair stated: “Well I choose to say nothing at the moment” (Supp. A.R., at p. 43). Sgt. Skrine stated: “Fair enough”, and continued to reveal details about the investigation. Shortly after, Mr. Sinclair reiterated that he was “not talking right now” and that he wanted to speak to his lawyer about all this. Sgt. Skrine told him that it was his decision whether to speak or not. The interview continued in this manner for some time. Altogether, Mr. Sinclair alternately expressed his desire to speak with his lawyer and his intention to remain silent on matters touching his involvement in the killing four or five times. Each time, Sgt. Skrine emphasized that it was Mr. Sinclair’s choice to make. On one of these occasions, Mr. Sinclair expressed uncertainty about what he should do, stating the following:

questions parfaitement anodines sur son passé et son éducation, M. Sinclair a déclaré n’avoir rien à dire : [TRADUCTION] « jusqu’à ce que mon avocat soit là et me dise ce qui se passe et tout, comme . . . » (d.a. compl., p. 3). Le sergent Skrine a répondu [TRADUCTION] « très bien » et a confirmé que M. Sinclair avait bel et bien le droit de ne pas parler. Il a ajouté que, de la façon dont il comprenait le droit canadien, M. Sinclair avait le droit de consulter son avocat, mais qu’il n’avait pas droit à la présence d’un avocat pendant qu’on lui pose des questions. L’appelant a semblé accepter cette proposition et l’entretien s’est poursuivi alors que le sergent Skrine tentait de gagner la confiance de M. Sinclair tout en recueillant des renseignements préliminaires.

[9] Peu de temps après, M. Sinclair a de nouveau déclaré qu’il était mal à l’aise d’être questionné en l’absence de son avocat. Le sergent Skrine lui a répété qu’il avait le droit de choisir de parler ou de se taire. Il a aussi indiqué qu’il estimait que le droit de M. Sinclair à l’assistance d’un avocat avait déjà été respecté puisque ce dernier avait déjà eu la possibilité de téléphoner. Cette explication a semblé contenter M. Sinclair à ce moment-là et les questions préliminaires se sont poursuivies.

[10] Plus tard, lorsque le sergent Skrine a commencé à poser des questions sur le lieu du crime et a annoncé à l’appelant qu’on savait que c’était le sang de M. Grice qui était sur le tapis de sa chambre d’hôtel, M. Sinclair a déclaré : [TRADUCTION] « Et bien, je choisis de ne rien dire pour le moment » (d.a. compl., p. 43). Le sergent Skrine a répondu : [TRADUCTION] « Très bien », et a continué à dévoiler des détails de l’enquête. Peu après, M. Sinclair a répété qu’il [TRADUCTION] « ne parlait pas pour l’instant » et qu’il voulait consulter son avocat à ce sujet. Le sergent Skrine lui a indiqué qu’il lui revenait de décider de parler ou non. L’entretien s’est ainsi poursuivi pendant un certain temps. En tout, M. Sinclair a successivement exprimé quatre ou cinq fois le désir de parler à son avocat et son intention de garder le silence au sujet de son implication dans le meurtre. Chaque fois, le sergent Skrine a souligné que c’était à M. Sinclair de décider de parler ou non. À l’une de ces occasions, celui-ci a exprimé son incertitude sur ce qu’il devait faire :

Just don't know what to do right now. And that's why I say I wanna wait and think and muddle things through my mind and talk to my lawyer and talk to people I . . . and you don't seem to understand that either. It's like okay that's fine. I know you're trying to do your job. And I do think you're doing a good job, it's just I just don't know what to say at the moment. [Supp. A.R., at p. 77]

[11] Eventually, Sgt. Skrine began to get the kind of answers he was looking for. Mr. Sinclair commented: "You already knew all the answers before you even brought me into the room", and he began to describe what transpired between him and Mr. Grice (Supp. A.R., at p. 85). According to the appellant, the two men had been drinking liquor and Mr. Grice had been using cocaine in Mr. Sinclair's hotel room. They were both intoxicated. At one point, Mr. Grice approached the appellant holding a knife. The appellant thought that Mr. Grice wanted money for another fix and reacted by hitting him over the head with a frying pan. A struggle ensued, and the appellant ended up stabbing Mr. Grice several times and slitting his throat. He disposed of the body and the bloodied bedding in a dumpster.

[12] Later, the police placed Mr. Sinclair in a cell with an undercover officer. When the officer observed that Mr. Sinclair had been under questioning for a long time, Mr. Sinclair responded: "They've got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I'm going away for a long time but I feel relieved" (A.R., at p. 14). He explained that he would not have to keep looking over his shoulder for the police.

[13] Mr. Sinclair also accompanied the police to where Mr. Grice had been killed and participated in a re-enactment.

### III. Judicial History

#### A. *Supreme Court of British Columbia (Powers J.), 2003 BCSC 2040 (CanLII)*

[14] At trial, a *voir dire* was conducted to determine the admissibility of Mr. Sinclair's statements on common law and *Charter* grounds.

[TRADUCTION] Je ne sais pas quoi faire maintenant. Et c'est pourquoi je dis que je veux attendre et réfléchir, me remettre les idées en place et parler à mon avocat et parler à des gens, je [ . . . ] et vous ne semblez pas comprendre ça non plus. C'est comme okay, tout va bien. Je sais que vous essayez de faire votre travail. Et je pense que vous faites du bon travail, c'est juste que je ne sais pas quoi dire en ce moment. [d.a. compl., p. 77]

[11] Le sergent Skrine a finalement commencé à obtenir le genre de réponses qu'il voulait. M. Sinclair a déclaré : [TRADUCTION] « Vous connaissez déjà toutes les réponses avant de m'amener ici », et il a commencé à révéler ce qui s'était passé entre M. Grice et lui (d.a. compl., p. 85). Selon l'appellant, les deux hommes avaient consommé de l'alcool et M. Grice avait pris de la cocaïne, dans la chambre d'hôtel de M. Sinclair. Ils étaient tous les deux ivres. À un certain moment, M. Grice s'est approché de l'appellant, un couteau à la main. Ce dernier pensait que M. Grice voulait de l'argent pour une autre dose et a réagi en le frappant à la tête avec une poêle à frire. Ils se sont battus et l'appellant a fini par poignarder M. Grice à plusieurs reprises et par lui trancher la gorge. Il a jeté le corps et la literie tachée de sang dans une benne.

[12] Plus tard, la police a mis M. Sinclair dans une cellule avec un agent d'infiltration. Quand l'agent a fait observer que M. Sinclair avait été questionné longtemps, celui-ci a répondu : [TRADUCTION] « Ils m'ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé » (d.a., p. 14). Il a expliqué qu'il n'aurait plus à vivre dans la crainte d'être arrêté par la police.

[13] M. Sinclair a également accompagné la police à l'endroit où M. Grice avait été tué et a pris part à une reconstitution.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Powers), 2003 BCSC 2040 (CanLII)*

[14] Au procès, on a tenu un *voir-dire* pour déterminer l'admissibilité des déclarations de M. Sinclair en common law et selon la *Charte*.

[15] The trial judge held that the three statements (the initial interview, the exchange with the undercover officer, and the re-enactment) had been proven by the Crown to be voluntary beyond a reasonable doubt. Indeed, he noted that their voluntariness was not seriously contested. They were therefore admissible at common law. On the s. 10(b) *Charter* application, the trial judge held that Mr. Sinclair's right to counsel had been satisfied by the telephone calls prior to the interview. The trial judge explained that "once the person has been advised of their rights under Section 10(b), exercised those rights to retain and instruct counsel, . . . the police can then continue to interview them" (para. 115). In the absence of any change in circumstances, such as a change in jeopardy or an indication that the detainee does not understand his rights, the appropriate question that arises where a person's repeated requests for additional contact with counsel have been ignored is whether the detainee's will had been overborne within the meaning of the confessions rule. Section 10(b) offers no further protection in such circumstances. The statements were admitted and Mr. Sinclair was convicted of manslaughter.

B. *British Columbia Court of Appeal (Hall, Lowry and Frankel J.J.A.), 2008 BCCA 127, 169 C.R.R. (2d) 232*

[16] On appeal, Mr. Sinclair argued that the trial judge erred in holding that his right to counsel had not been violated. According to Mr. Sinclair, Sgt. Skrine's refusal to facilitate the appellant's repeated requests to speak with his lawyer during the course of the interview constituted a breach of s. 10(b). Mr. Sinclair did not contest the trial judge's finding that his statements were voluntary.

[17] Writing for a unanimous Court of Appeal, Frankel J.A. endorsed the trial judge's statement of the law and his application of it in this case. Relying on this Court's recent decision in *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, he stressed that the right to counsel needs to be understood in tandem with the right to silence, which it is meant to help

[15] Le juge du procès a conclu que le ministère public avait établi hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire des trois déclarations (l'entretien initial, l'échange avec l'agent d'infiltration et la reconstitution). Il a d'ailleurs noté que leur caractère volontaire n'a pas été contesté sérieusement. Elles étaient donc admissibles en common law. Quant à la demande fondée sur l'al. 10b) de la *Charte*, le juge du procès a conclu que le droit de M. Sinclair à l'assistance d'un avocat avait été respecté puisque ce dernier a fait des appels téléphoniques avant l'entretien. Il a expliqué que [TRADUCTION] « lorsqu'une personne a été informée des droits qui lui sont garantis par l'al. 10b), qu'elle a exercé le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, [. . .] la police peut poursuivre l'entretien » (par. 115). En l'absence de changement de circonstances, comme un changement du risque ou une indication que le détenu ne comprend pas ses droits, il convient de se demander, lorsque les demandes répétées d'une personne de communiquer de nouveau avec un avocat ont été ignorées, si la volonté du détenu a été ébranlée au sens de la règle des confessions. L'alinéa 10b) n'offre aucune autre protection dans de telles circonstances. Les déclarations ont été admises et M. Sinclair a été reconnu coupable d'homicide involontaire.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, Lowry et Frankel), 2008 BCCA 127, 169 C.R.R. (2d) 232*

[16] En appel, M. Sinclair a fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il n'y a pas eu atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat. Selon M. Sinclair, le refus du sergent Skrine de donner suite à ses demandes répétées de parler à son avocat au cours de l'entretien constituait une violation de l'al. 10b). M. Sinclair n'a pas contesté la conclusion du juge du procès que ses déclarations étaient volontaires.

[17] Dans l'arrêt unanime qu'il a rédigé au nom de la Cour d'appel, le juge Frankel a souscrit à l'énoncé du droit du juge du procès ainsi qu'à l'application qu'il en a faite en l'espèce. Se fondant sur un arrêt récent de la Cour, *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, il a souligné que le droit à l'assistance d'un avocat doit être interprété en corrélation avec

protect. If, as held in *Singh*, there is no right to unilaterally cut off questioning by asserting the right to silence, no such right can be found under s. 10(b) either. Frankel J.A. explained:

The right to counsel is intended to ensure that detainees receive immediate legal advice so that they will be able to make informed choices in their dealings with the police. As discussed in *Hebert* and *Singh*, once a detainee has exercised his or her right to counsel, the police are entitled to use legitimate means to persuade him or her to speak. I see no policy reason for providing a detainee, who does not have the right to terminate an interview by stating “I wish to remain silent”, the peremptory right to do so by stating, “I want to talk to my lawyer again.” [para. 40]

While special circumstances like a discrete change in jeopardy would require an additional opportunity to consult with counsel, no such circumstances were present in this case. It mattered not, therefore, how many times Mr. Sinclair may have asked to consult with counsel. Mr. Sinclair’s appeal was dismissed and his conviction affirmed.

[18] On further appeal to this Court, Mr. Sinclair repeats the broad proposition advanced in the Court of Appeal below that s. 10(b) of the *Charter* imposes a duty on the police to discontinue questioning a detainee who has exercised the right to counsel when the detainee indicates a desire to speak with counsel again. He argues further that s. 10(b) requires the police to respect a detainee’s request to have counsel present during a custodial interrogation.

#### IV. Analysis

##### A. *The Wording of Section 10(b) of the Charter*

[19] Section 10(b) of the *Charter* states that upon arrest or detention, a person has the right to “retain and instruct counsel without delay” (“avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat”).

[20] Mr. Sinclair argues that the plain wording of s. 10(b) does not restrict the right to retain and

le droit au silence, auquel il donne appui. Si, comme il est indiqué dans *Singh*, les détenus n’ont pas le droit de mettre fin unilatéralement aux questions en invoquant le droit au silence, un tel droit ne peut se dégager de l’al. 10b). Le juge Frankel explique :

[TRADUCTION] Le droit à l’assistance d’un avocat vise à ce que les détenus reçoivent des conseils juridiques immédiats pour pouvoir faire des choix éclairés dans leurs rapports avec la police. Comme l’indiquent les arrêts *Hebert* et *Singh*, une fois que le détenu a exercé son droit à l’assistance d’un avocat, la police peut utiliser des moyens légitimes pour l’encourager à parler. Je ne vois aucune raison de principe pour donner au détenu, qui n’a pas le droit de mettre fin à un entretien à des fins d’enquête en disant « je désire garder le silence », le droit péremptoire de le faire en affirmant « je veux reparler à mon avocat. » [par. 40]

Des circonstances spéciales, comme un changement net du risque, entraîneraient une nouvelle possibilité de consulter un avocat, mais ce n’est pas le cas en l’espèce. Par conséquent, peu importe le nombre de fois que M. Sinclair a demandé à consulter un avocat. L’appel de M. Sinclair a été rejeté et sa déclaration de culpabilité, confirmée.

[18] Devant la Cour, M. Sinclair reprend la thèse générale défendue en Cour d’appel selon laquelle l’al. 10b) de la *Charte* impose à la police l’obligation d’arrêter de questionner le détenu qui a déjà invoqué son droit à l’assistance d’un avocat s’il exprime le souhait de lui parler de nouveau. Il fait en outre valoir que l’al. 10b) exige que la police accède à la demande du détenu qui réclame la présence d’un avocat durant un interrogatoire sous garde.

#### IV. Analyse

##### A. *Le libellé de l’al. 10b) de la Charte*

[19] L’alinéa 10b) de la *Charte* dispose que chacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention, « d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat » (« retain and instruct counsel without delay »).

[20] M. Sinclair soutient qu’il ressort du libellé même de l’al. 10b) que le droit de recourir à

instruct counsel to an initial, preliminary consultation. Section 10(b) speaks of a right, upon arrest or detention, to “retain and instruct counsel without delay”. Although the wording makes clear that the right arises on detention, there is nothing on its face to indicate when the right is exhausted. It is argued that while the English words, “retain and instruct” can plausibly be read to connote a continuing right, the French version of s. 10(b) indicates this even more strongly (“avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat”). It is argued that the word “assistance” connotes the right to the ongoing help of a lawyer.

[21] Against these arguments, the Crown submits that the words “on arrest or detention” indicate a point in time, not a continuum. It is true, the Crown concedes, that “retain” and the French “recours . . . à l’assistance” can be read as suggesting continuity. But against this, the words “without delay” can be read to indicate a discrete period shortly following arrest or detention.

[22] The surrounding text of s. 10 does not greatly assist in resolving the debate on whether s. 10(b) confers initial or continuing rights. Section 10(a) provides the right on arrest or detention “to be informed promptly of the reasons therefor”. This clearly confers a duty to give the detainee information at a discrete point in time; there is no requirement that the police convey this information more than once, unless the reasons themselves change: *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869. But the right of *habeas corpus* conferred by s. 10(c) is self-evidently a continuing right.

[23] We conclude that the language of s. 10(b) does not resolve the issue before us. A deeper purposive analysis is required.

#### B. *The Purpose of Section 10(b) of the Charter*

[24] The purpose of s. 10(b) is to provide a detainee with an opportunity to obtain legal advice relevant

l’assistance d’un avocat n’est pas limité à une consultation initiale et préliminaire. L’alinéa 10b) porte sur le droit, en cas d’arrestation ou de détention, « d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat ». Même si le texte révèle clairement que le droit découle de la détention, rien n’indique à première vue à quel moment il s’éteint. On fait valoir que, certes l’expression anglaise, « *retain and instruct* », peut vraisemblablement être interprétée de manière à sous-entendre un droit continu, mais la version française de l’al. 10b) le fait ressortir encore davantage (« avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat »). On soutient que le mot « assistance » suppose le droit de recourir en tout temps à l’aide d’un avocat.

[21] Pour faire contrepoids à ces arguments, le ministère public affirme que l’expression anglaise « *on arrest or detention* » indique un moment en particulier, et non un continuum. Il reconnaît que l’expression « recours [. . .] à l’assistance » et le terme anglais « *retain* » peuvent laisser entendre une continuité. Cependant, on peut considérer que « sans délai » indique une période précise peu de temps après l’arrestation ou la détention.

[22] Le contexte textuel de l’art. 10 n’aide guère à trancher le débat en ce qui a trait à la question de savoir si l’al. 10b) confère des droits initiaux ou des droits continus. L’alinéa 10a) accorde le droit, en cas d’arrestation ou de détention, « d’être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention ». Cela impose manifestement l’obligation d’informer le détenu à un moment en particulier; la police n’est pas tenue de transmettre cette information plus d’une fois, à moins d’un changement des motifs mêmes : *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. Le droit d’*habeas corpus* prévu à l’al. 10c), par contre, est de toute évidence un droit continu.

[23] Nous concluons que le libellé de l’al. 10b) ne règle pas la question dont nous sommes saisis. Une analyse téléologique plus poussée s’impose.

#### B. *L’objet de l’al. 10b) de la Charte*

[24] L’alinéa 10b) vise à fournir au détenu l’occasion d’obtenir des conseils juridiques propres à sa

to his legal situation. In the context of a custodial interrogation, chief among the rights that must be understood by the detainee is the right under s. 7 of the *Charter* to choose whether to cooperate with the police or not.

[25] The purpose of s. 10(b) of the *Charter* and its relationship with the right to silence under s. 7 were stated by McLachlin J. (as she then was) in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77. These rights combine to ensure that a suspect is able to make a choice to speak to the police investigators that is both free and informed:

Section 7 confers on the detained person the right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent. Section 10(b) requires that he be advised of his right to consult counsel and permitted to do so without delay.

The most important function of legal advice upon detention is to ensure that the accused understands his rights, chief among which is his right to silence. . . . Read together, ss. 7 and 10(b) confirm the right to silence in s. 7 and shed light on its nature.

The guarantee of the right to consult counsel confirms that the essence of the right is the accused's freedom to choose whether to make a statement or not. The state is not obliged to protect the suspect against making a statement; indeed it is open to the state to use legitimate means of persuasion to encourage the suspect to do so. The state is, however, obliged to allow the suspect to make an informed choice about whether or not he will speak to the authorities. To assist in that choice, the suspect is given the right to counsel. [Emphasis added.]

[26] The purpose of the right to counsel is "to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights": *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43. The emphasis, therefore, is on assuring that the detainee's decision to cooperate with the investigation or decline to do so is free and informed. Section 10(b) does not guarantee that the detainee's decision is wise; nor does it guard against subjective factors that may influence the decision. Its purpose is simply to give detainees

situation juridique. Dans le contexte d'un interrogatoire sous garde, le détenu doit tout particulièrement comprendre le droit que lui accorde l'art. 7 de la *Charte* de choisir de coopérer ou non avec la police.

[25] L'objet de l'al. 10b) de la *Charte* et son rapport avec le droit au silence qui découle de l'art. 7 ont été décrits par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 176-177. Ces deux droits s'allient pour faire en sorte que le suspect soit en mesure d'exercer un choix libre et éclairé quant à la décision de parler ou non aux enquêteurs de la police :

L'article 7 confère à la personne détenue le droit de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. L'alinéa 10b) exige qu'elle soit avisée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse y avoir recours sans délai.

La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. [ . . . ] Pris ensemble, l'art. 7 et l'al. 10b) confirment le droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 et nous éclairent sur sa nature.

La garantie du droit de consulter un avocat confirme que l'essence du droit est la liberté de l'accusé de choisir de faire ou non une déclaration. L'État n'est pas tenu de garantir que le suspect ne fasse pas de déclaration; l'État est, en fait, libre d'utiliser des moyens de persuasion légitimes pour encourager le suspect à le faire. L'État est cependant tenu de permettre au suspect de faire un choix éclairé quant à savoir s'il parlera ou non aux autorités. Pour faciliter ce choix, le suspect a droit à l'assistance d'un avocat. [Nous soulignons.]

[26] Le droit à l'assistance d'un avocat a pour objet de « permettre à la personne détenue non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits » : *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1242-1243. Il s'agit donc fondamentalement de faire en sorte que la décision du détenu de coopérer ou non à l'enquête soit à la fois libre et éclairée. L'alinéa 10b) ne garantit pas que le détenu prendra une sage décision, ni ne le met à l'abri de facteurs subjectifs susceptibles d'influer sur sa décision. Il

the opportunity to access legal advice relevant to that choice.

[27] Section 10(b) fulfills its purpose in two ways. First, it requires that the detainee be advised of his right to counsel. This is called the informational component. Second, it requires that the detainee be given an opportunity to exercise his right to consult counsel. This is called the implementational component. Failure to comply with either of these components frustrates the purpose of s. 10(b) and results in a breach of the detainee's rights: *Manninen*. Implied in the second component is a duty on the police to hold off questioning until the detainee has had a reasonable opportunity to consult counsel. The police obligations flowing from s. 10(b) are not absolute. Unless a detainee invokes the right and is reasonably diligent in exercising it, the correlative duties on the police to provide a reasonable opportunity and to refrain from eliciting evidence will either not arise in the first place or will be suspended: *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at p. 439, and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 154-55.

[28] Once informed of his right to consult counsel, the detainee may waive the right, deciding not to avail himself of the opportunity to consult that has been provided. The right to choose whether to cooperate with the police, the basic purpose of s. 10(b), has been respected in the event of a valid waiver, and there is consequently no breach.

[29] The s. 10(b) right to consult and retain counsel and to be advised of that right supports the broader s. 7 right to silence. However, it is not to be confused with the right to silence. An important purpose of legal advice is to inform the accused about his right to choose whether to cooperate with the police investigation and how to exercise it. Section 10(b) is a specific right directed at one aspect of protecting the right to silence — the opportunity to secure legal assistance. A given case may raise both s. 10(b) and s. 7 issues. Where it is alleged

visé simplement à fournir aux détenus la possibilité d'avoir accès à des conseils juridiques dans l'exercice de ce choix.

[27] L'alinéa 10b) remplit son objet de deux façons. Premièrement, il exige que le détenu soit informé de son droit à l'assistance d'un avocat. C'est le volet informationnel. Deuxièmement, il exige que le détenu ait la possibilité d'exercer son droit de consulter un avocat. C'est le volet mise en application. L'inobservation de l'un ou l'autre de ces volets va à l'encontre de l'objet de l'al. 10b) et constitue une atteinte aux droits du détenu : *Manninen*. Le deuxième volet comporte l'obligation pour la police de suspendre les questions jusqu'à ce que le détenu ait eu une possibilité raisonnable de consulter un avocat. Les obligations de la police qui découlent de l'al. 10b) ne sont pas absolues. À moins que le détenu n'invoque son droit et ne l'exerce d'une façon raisonnablement diligente, l'obligation correspondante pour la police de lui donner une possibilité raisonnable de l'exercer, ainsi que de s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve ne prendra pas naissance ou sera suspendue : *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, p. 439, et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, p. 154-155.

[28] Une fois informé de son droit de consulter un avocat, le détenu peut y renoncer, c'est-à-dire décider de ne pas se prévaloir de la possibilité qui lui a été offerte de consulter un avocat. Le droit de choisir de coopérer ou non avec la police, objet fondamental de l'al. 10b), a été respecté en cas de renonciation valide, et il n'y a donc pas de violation.

[29] Le droit prévu à l'al. 10b) d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit donne appui au droit général de garder le silence garanti par l'art. 7. Il ne faut toutefois pas confondre les droits que confèrent ces deux dispositions. L'un des objectifs importants des conseils juridiques est d'informer l'accusé de son droit de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière et de la façon de l'exercer. L'alinéa 10b) prévoit un droit spécifique visant un aspect de la protection du droit au silence, à savoir la possibilité d'obtenir

under s. 7 and the confessions rule that a statement is involuntary because of denial of the right to consult counsel, the factual underpinning of the two inquiries may overlap: *Singh*. Yet they remain distinct inquiries. The fact that the police complied with s. 10(b) does not mean that a statement is voluntary under the confessions rule. Conversely, the fact that a statement is made voluntarily does not rule out breach of s. 10(b). It follows that *Singh*, which was concerned with the s. 7 right to silence, does not resolve the issue on this appeal.

[30] Mr. Sinclair argues that the purpose of s. 10(b) is broader than this. In his view, accepted by our colleagues LeBel and Fish JJ., the purpose of s. 10(b) is to advise the detainee on how to deal with police questions. The detainee, it is argued, is in the power of the police. The purpose of s. 10(b) is to restore a power-balance between the detainee and the police in the coercive atmosphere of the police investigation. On this view, the purpose of the right is not so much informational as protective.

[31] We cannot accept this view of the purpose of s. 10(b). As will be discussed more fully below, this view of s. 10(b) goes against 25 years of jurisprudence defining s. 10(b) in terms of the right to consult counsel to obtain information and advice immediately upon detention, but not as providing ongoing legal assistance during the course of the interview that follows, regardless of the circumstances.

[32] We conclude that in the context of a custodial interrogation, the purpose of s. 10(b) is to support the detainee's right to choose whether to cooperate with the police investigation or not, by giving him access to legal advice on the situation he is facing. This is achieved by requiring that he be informed of the right to consult counsel and, if he so requests, be given an opportunity to consult counsel.

l'assistance d'un avocat. Certaines situations peuvent mettre en jeu des questions relevant à la fois de l'al. 10b) et de l'art. 7. Lorsqu'il est allégué en vertu de l'art. 7 et de la règle des confessions qu'une déclaration n'est pas volontaire à cause de la dénégation du droit de consulter un avocat, les faits sur lesquels se fondent les deux examens peuvent se chevaucher : *Singh*. Les deux examens demeurent toutefois distincts. Le fait que la police se soit conformée à l'al. 10b) ne signifie pas que la déclaration a été faite volontairement selon la règle des confessions. À l'inverse, le fait qu'une déclaration soit volontaire n'écarte pas la possibilité d'une violation de l'al. 10b). Il s'ensuit que *Singh*, qui porte sur le droit de garder le silence garanti par l'art. 7, ne règle pas la question soulevée en l'espèce.

[30] M. Sinclair soutient que l'objet de l'al. 10b) est plus large. Selon lui, cette disposition vise à informer le détenu de la façon de réagir aux questions de la police, thèse acceptée par nos collègues les juges LeBel et Fish. Le détenu, fait-on valoir, est assujéti au pouvoir de la police. L'alinéa 10b) vise à rétablir l'équilibre des forces entre le détenu et la police dans l'atmosphère coercitive de l'enquête policière. Selon cette optique, le droit ne vise pas tant l'aspect informationnel que l'aspect protection.

[31] Nous ne pouvons accepter cette façon de voir l'objet de l'al. 10b). Comme nous le verrons plus en détail plus loin, un tel point de vue va à l'encontre de 25 années de jurisprudence en la matière, à savoir que cette disposition prévoit le droit de consulter un avocat pour obtenir renseignements et conseils dès le début de la détention, mais pas l'assistance continue d'un avocat au cours de l'entretien qui suit, quelles que soient les circonstances.

[32] Nous concluons que, dans le contexte d'un interrogatoire sous garde, l'al. 10b) vise à étayer le droit du détenu de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière, en lui donnant accès à des conseils juridiques sur sa situation. Pour que cet objectif soit réalisé, le détenu doit être informé de son droit de consulter un avocat et, s'il en fait la demande, doit se voir offrir la possibilité d'en consulter un.

C. *The Right to Have Counsel Present Throughout the Interview*

[33] Mr. Sinclair submits that s. 10(b) entitles a detainee to have a lawyer present, upon request, during the entirety of the interview.

[34] Precedent is against this interpretation of s. 10(b). While this Court has never ruled directly on the matter, lower courts appear to be unanimous that no such right exists in Canada: see, e.g., *R. v. Friesen* (1995), 101 C.C.C. (3d) 167 (Alta. C.A.); *R. v. Mayo* (1999), 133 C.C.C. (3d) 168 (Ont. C.A.); *R. v. Ekman*, 2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346. Most recently, in *R. v. Osmond*, 2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375 (leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xii), the Court of Appeal (*per* Donald J.A.) declined to entertain such a submission on the ground that it would reverse clear authority to the contrary. In *Friesen*, Côté J.A. expressed the prevailing view thus: “We should not (and cannot) change the law of Canada so as to forbid the police to talk to a detained suspect unless defence counsel sits in and rules on each question” (p. 182).

[35] The language of s. 10(b) does not appear to contemplate this requirement. Mr. Sinclair relies on an expansive construction of the word “instruct”, together with an emphasis on the French “*l’assistance d’un avocat*”. He argues that this wording “invites a broad and unrestricted interpretation focused on meeting the needs of [the detainee] whenever and wherever required” (A.F., at para. 63). While “retain and instruct” and their French equivalent reasonably connote more than a perfunctory consultation prior to interrogation, as discussed above, they do not necessarily imply the continued presence of counsel throughout the interview process.

[36] This returns us to the purpose of s. 10(b). As discussed above, it is to inform the detainee of his or her rights and provide the detainee with an opportunity to get legal advice on how to exercise

C. *Le droit d’avoir un avocat présent pendant toute la durée de l’entretien*

[33] M. Sinclair affirme que l’al. 10b) donne au détenu le droit d’avoir, sur demande, un avocat présent pendant toute la durée de l’entretien.

[34] Les précédents vont à l’encontre de cette interprétation de l’al. 10b). La Cour ne s’est jamais prononcée directement sur la question, mais les tribunaux d’instance inférieure semblent être unanimes pour dire qu’un tel droit n’existe pas au Canada : voir, *p. ex.*, *R. c. Friesen* (1995), 101 C.C.C. (3d) 167 (C.A. Alb.); *R. c. Mayo* (1999), 133 C.C.C. (3d) 168 (C.A. Ont.); *R. c. Ekman*, 2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346. Plus récemment, dans *R. c. Osmond*, 2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375 (autorisation d’appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xii), la Cour d’appel (le juge Donald) a refusé de faire droit à un tel argument au motif qu’il renverserait une jurisprudence claire indiquant le contraire. Dans *Friesen*, le juge Côté a exprimé ainsi la position prépondérante : [TRADUCTION] « Nous ne devrions pas (et ne pouvons) modifier le droit canadien de façon à interdire à la police de parler à un suspect détenu sauf si l’avocat de la défense est présent et se prononce sur chaque question » (p. 182).

[35] Le libellé de l’al. 10b) ne semble pas envisager une telle exigence. M. Sinclair se fonde sur une interprétation vaste du verbe anglais « *instruct* », tout en insistant sur le terme « l’assistance d’un avocat » dans le texte français. Il soutient que ce libellé [TRADUCTION] « invite à une interprétation large et sans réserve axée sur la satisfaction des besoins [du détenu] en tout temps et en tout lieu » (m.a., par. 63). Certes, il est raisonnable d’estimer que l’expression « *retain and instruct* » et son équivalent français supposent plus qu’une consultation superficielle avant l’interrogatoire, comme nous l’avons déjà mentionné, mais ils n’impliquent pas nécessairement la présence continue d’un avocat pendant toute la durée de l’entretien.

[36] Cela nous ramène à l’objet de l’al. 10b). Répétons-le, cette disposition vise à informer le détenu de ses droits et à lui donner la possibilité d’obtenir des conseils juridiques sur la façon de les

them. These purposes can be achieved by the right to re-consult counsel where developments make this necessary, as discussed below. They do not demand the continued presence of counsel throughout the interview process.

[37] Mr. Sinclair argues that other countries recognize a right to have counsel present throughout a police interview (see *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), and *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964)), and that Canada should do the same. He relies on academic commentary. See L. Stuesser “The Accused’s Right to Silence: No Doesn’t Mean No” (2002), 29 *Man. L.J.* 149, at p. 150.

[38] We are not persuaded that the *Miranda* rule should be transplanted in Canadian soil. The scope of s. 10(b) of the *Charter* must be defined by reference to its language; the right to silence; the common law confessions rule; and the public interest in effective law enforcement in the Canadian context. Adopting procedural protections from other jurisdictions in a piecemeal fashion risks upsetting the balance that has been struck by Canadian courts and legislatures.

[39] Significant differences exist between the Canadian and American regimes. *Miranda* came about in response to abusive police tactics then prevalent in the U.S., and applies in the context of a host of other rules that are less favourable to the accused than their equivalents in Canada. For example, *Miranda* applies only to persons “in custody”. Custody, for these purposes, means “‘formal arrest or restraint on freedom of movement’ [to] the degree associated with a formal arrest”: *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), at p. 1125; *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004). The Canadian understanding of psychological detention triggering s. 10(b) is more expansive: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 44. Moreover, breach of the *Miranda* rule does not prohibit use at trial of the detainee’s evidence for the purpose of impeaching the accused’s

exercer. Il est possible de réaliser ces objectifs en accordant au détenu le droit de consulter de nouveau un avocat lorsque de nouveaux faits rendent cette mesure nécessaire, comme nous le verrons ci-dessous. Ces objectifs n’exigent pas la présence continue d’un avocat pendant toute la durée de l’entretien.

[37] M. Sinclair fait valoir que d’autres pays reconnaissent le droit à la présence d’un avocat pendant toute la durée d’un entretien de police (voir *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), et *Escobedo c. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964)), et que le Canada devrait faire de même. Il s’appuie sur la doctrine en la matière. Voir L. Stuesser : « The Accused’s Right to Silence : No Doesn’t Mean No » (2002), 29 *Man. L.J.* 149, p. 150.

[38] Nous ne sommes pas convaincues que la règle *Miranda* devrait être implantée en droit canadien. La portée de l’al. 10b) de la *Charte* est définie par rapport à son texte, au droit au silence, à la règle des confessions reconnue en common law et à l’intérêt public à ce que les lois soient appliquées effectivement dans le contexte canadien. Adopter des protections procédurales d’autres ressorts de façon fragmentaire risque de compromettre l’équilibre établi par les tribunaux et les organes législatifs canadiens.

[39] Il existe des différences significatives entre le régime canadien et le régime américain. L’arrêt *Miranda* faisait suite aux tactiques policières abusives alors courantes aux États-Unis et il s’applique dans le contexte de nombreuses autres règles moins favorables à l’accusé que leurs équivalents canadiens. Par exemple, il ne s’applique qu’aux personnes « en détention ». À cet égard, la détention s’entend d’une [TRADUCTION] « ‘arrestation formelle ou entrave formelle à la liberté de mouvement’ comparable à celle associée à une arrestation formelle » : *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), p. 1125; *Yarborough c. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004). Au Canada, la définition de détention psychologique déclenchant l’application de l’al. 10b) est plus large : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 44. En outre, une violation de la règle *Miranda* n’empêche ni l’utilisation du témoignage du détenu

testimony at trial (*Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon v. Hass*, 420 U.S. 714 (1975)), nor prohibit the introduction at trial of real derivative evidence (*United States v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004)). By contrast, Canadian rules on the admissibility of evidence obtained in violation of s. 10(b) are much more favourable to the accused: see *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, at para. 55; *Grant*, at paras. 116-28.

[40] Additionally, the empirical research on *Miranda* has not reached a definitive conclusion as to the nature or magnitude of its effects. Some have posited that it has had a detrimental effect on law enforcement. Others have vigorously contested such empirical conclusions. See generally, e.g., P. G. Cassell, “*Miranda’s* Social Costs: An Empirical Reassessment” (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 387; P. G. Cassell and R. Fowles, “Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on *Miranda’s* Harmful Effects on Law Enforcement” (1997-1998), 50 *Stan. L. Rev.* 1055; S. J. Schulhofer, “*Miranda’s* Practical Effect: Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs” (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500. Whatever the merit of these arguments, the existence of such a controversy should signal caution in relying on any empirical conclusions about *Miranda* in departing from our own constitutional traditions.

[41] Moreover, any inferences drawn from the American experience as to the effects on law enforcement of a *Miranda*-type regime must be tempered by the fact that about 80 percent of suspects ultimately waive their *Miranda* rights: see, e.g., P. G. Cassell and B. S. Hayman, “Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of *Miranda*” (1995-1996), 43 *U.C.L.A. L. Rev.* 839; R. A. Leo, “Inside the Interrogation Room” (1995-1996), 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266. This has led some authors to assert that *Miranda* provides only illusory protections to the vast majority of individuals who are subjected to custodial interrogation: see C. D. Weisselberg, “Mourning *Miranda*” (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519;

lors du procès pour attaquer la crédibilité de l'accusé à ce moment-là (*Harris c. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Oregon c. Hass*, 420 U.S. 714 (1975)) ni la présentation, au procès, de preuve matérielle dérivée (*United States c. Patane*, 542 U.S. 630 (2004)). Par contre, les règles canadiennes sur l'admissibilité de la preuve obtenue en violation de l'al. 10b) sont beaucoup plus favorables à l'accusé : voir *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, par. 55; *Grant*, par. 116-128.

[40] De plus, les recherches empiriques sur *Miranda* n'ont pas permis d'arriver à une conclusion définitive sur la nature ou l'ampleur de ses effets. Certains ont postulé que cet arrêt a eu un effet préjudiciable sur l'application de la loi. D'autres ont vigoureusement contesté de telles conclusions empiriques. Voir de façon générale, p. ex., P. G. Cassell, « *Miranda’s* Social Costs : An Empirical Reassessment » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 387; P. G. Cassell et R. Fowles, « Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on *Miranda’s* Harmful Effects on Law Enforcement » (1997-1998), 50 *Stan. L. Rev.* 1055; S. J. Schulhofer, « *Miranda’s* Practical Effect : Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500. Quelle que soit la valeur de ces arguments, l'existence d'une telle controverse montre qu'il faut faire preuve de prudence avant de s'appuyer sur des conclusions empiriques sur *Miranda* pour s'écarter de nos propres traditions constitutionnelles.

[41] Ajoutons que toute inférence tirée de l'expérience américaine au sujet des effets d'un régime de type *Miranda* sur l'application de la loi doit être tempérée par le fait qu'environ 80 p. 100 des suspects renoncent en fin de compte aux droits que leur reconnaît *Miranda* : voir, p. ex., P. G. Cassell et B. S. Hayman, « Police Interrogation in the 1990s : An Empirical Study of the Effects of *Miranda* » (1995-1996), 43 *U.C.L.A. L. Rev.* 839; R. A. Leo, « Inside the Interrogation Room » (1995-1996), 86 *J. Crim. L. & Criminology* 266. Cela a conduit certains auteurs à affirmer que *Miranda* n'offre que des protections illusoire à la vaste majorité des individus soumis à l'interrogatoire sous garde : voir C. D. Weisselberg, « Mourning *Miranda* » (2008), 96

R. J. Allen, “*Miranda’s Hollow Core*” (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71; M. A. Godsey, “Reformulating the *Miranda* Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings” (2006), 90 *Minn. L. Rev.* 781.

[42] We conclude that s. 10(b) should not be interpreted as conferring a constitutional right to have a lawyer present throughout a police interview. There is of course nothing to prevent counsel from being present at an interrogation where all sides consent, as already occurs. The police remain free to facilitate such an arrangement if they so choose, and the detainee may wish to make counsel’s presence a precondition of giving a statement.

#### D. *The Right to Reconsult Counsel*

##### (a) Overview of the Jurisprudence

[43] The authorities suggest that normally, s. 10(b) affords the detainee a single consultation with a lawyer. However, they also recognize that in some circumstances, a further opportunity to consult a lawyer may be constitutionally required. These circumstances, as discussed more fully below, generally involve a material change in the detainee’s situation after the initial consultation.

[44] The “single consultation” interpretation of s. 10(b) was forcefully expressed in *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (Ont. C.A.). After reviewing the authorities, the court stated, at p. 381:

The clear implication in the judgment of Lamer J. in *Manninen* is that s. 10(b) confers the right, upon arrest or detention, to retain, instruct and be instructed by counsel *before* any statements of the accused are elicited. The words “upon arrest or detention” indicate a point in time, not a continuum. They do not deal with a continuing right to be reinstructed before every occasion on which the police obtain a statement from the accused. It is true that “retain” has a connotation of continuity (The Shorter Oxford English Dictionary (1973), p. 1813), but this is with respect to the engagement of services, *i.e.*, the availability and subsequent resort to them when one wants to do so. It does not express a

*Cal. L. Rev.* 1519; R. J. Allen, « *Miranda’s Hollow Core* » (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71; M. A. Godsey, « Reformulating the *Miranda* Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings » (2006), 90 *Minn. L. Rev.* 781.

[42] Nous concluons que l’al. 10b) ne devrait pas être interprété de manière à conférer le droit constitutionnel d’avoir un avocat présent pendant toute la durée d’un entretien de police. Bien sûr, rien n’empêche un avocat d’être présent à l’interrogatoire avec le consentement de toutes les parties, comme cela se produit déjà. La police demeure libre de faciliter un tel arrangement si elle choisit de le faire, et le détenu pourrait vouloir demander, comme condition préalable à sa déclaration, la présence d’un avocat.

#### D. *Le droit de consulter de nouveau un avocat*

##### a) Aperçu de la jurisprudence

[43] Il ressort de la jurisprudence que normalement l’al. 10b) accorde au détenu une seule consultation avec un avocat. Toutefois, il est également reconnu que, dans certaines circonstances, la Constitution exige qu’on accorde au détenu une nouvelle possibilité de consulter un avocat. Comme nous l’expliquerons davantage plus loin, il s’agit généralement des cas où se produit un changement important de la situation du détenu après la consultation initiale.

[44] L’interprétation selon laquelle l’al. 10b) prévoit une seule consultation avec un avocat a été clairement exposée dans *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (C.A. Ont.). Après avoir examiné la jurisprudence, la cour a déclaré :

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la décision du juge Lamer dans *Manninen* que l’al. 10b) confère le droit, en cas d’arrestation ou de détention, d’avoir recours à l’assistance d’un avocat et d’être informé par l’avocat, *avant* qu’on puisse soutirer des déclarations de l’accusé. L’expression « en cas d’arrestation ou de détention » indique un moment en particulier et non un continuum. Il ne porte pas sur le droit continu de consulter un avocat chaque fois que la police risque d’obtenir une déclaration de l’accusé. Il est vrai que le mot « *retain* » donne une idée de continuité (The Shorter Oxford English Dictionary (1973), p. 1813), mais il concerne la fourniture de services, c.-à-d. la disponibilité de ces services et

prerequisite to every subsequent elicitation of information. [Underlining added.]

[45] Many courts of appeal have agreed: see *R. v. Wood* (1994), 94 C.C.C. (3d) 193 (N.S.C.A.); *R. v. Gormley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 110 (P.E.I.S.C., App. Div.); *R. v. Baidwan*, 2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL), aff'd 2003 BCCA 351, [2003] B.C.J. No. 1439 (QL); *R. v. Bohnet*, 2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131; *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134; *R. v. Weeseekase*, 2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117. See also, to the contrary, *R. v. R. (P.L.)* (1988), 44 C.C.C. (3d) 174 (N.S.S.C., App. Div.); *Osmond*; and *R. v. Badgerow*, 2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107, per Simmons J.A.

[46] This Court has not definitively pronounced itself on the matter, although it has recognized the need for a second opportunity to consult counsel in situations where changed circumstances make this necessary: see *Evans*; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *Black*; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236. We now turn to these cases.

(b) When a Right to Further Legal Consultation Has Been Upheld

[47] Section 10(b) should be interpreted in a way that fully respects its purpose of supporting the detainee's s. 7 right to choose whether or not to cooperate with the police investigation. Normally, this purpose is achieved by a single consultation at the time of detention or shortly thereafter. This gives the detainee the information he needs to make a meaningful choice as to whether to cooperate with the investigation or decline to do so. However, as the cases illustrate, sometimes developments occur which require a second consultation, in order to allow the accused to get the advice he needs to exercise his right to choose in the new situation.

[48] The general idea that underlies the cases where the Court has upheld a second right to consult with counsel is that changed circumstances suggest that reconsultation is necessary in order for the detainee to have the information relevant

leur utilisation par la suite, au moment voulu. Il ne crée pas une condition préalable à toute obtention de renseignements subséquente. [Nous soulignons; p. 381.]

[45] Plusieurs cours d'appel ont retenu ce point de vue : *R. c. Wood* (1994), 94 C.C.C. (3d) 193 (C.A.N.-É.); *R. c. Gormley* (1999), 140 C.C.C. (3d) 110 (C.S.Î.-P.-É., Div. app.); *R. c. Baidwan*, 2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL), conf. par 2003 BCCA 351, [2003] B.C.J. No. 1439 (QL); *R. c. Bohnet*, 2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131; *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134; *R. c. Weeseekase*, 2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117. Voir également la jurisprudence contraire : *R. c. R. (P.L.)* (1988), 44 C.C.C. (3d) 174 (C.S.N.-É., Div. app.); *Osmond*; et *R. c. Badgerow*, 2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107, la juge Simmons.

[46] Bien qu'elle ait reconnu qu'une deuxième consultation s'impose lorsqu'un changement de situation la rend nécessaire, la Cour ne s'est pas prononcée de façon définitive sur la question : voir *Evans*; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *Black*; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236. Nous examinons maintenant ces arrêts.

b) Cas où le droit à une nouvelle consultation avec un avocat a été reconnu

[47] Il faut interpréter l'al. 10b) de manière à respecter pleinement son objet d'étayer le droit du détenu, prévu par l'art. 7, de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière. Normalement, une seule consultation, au moment de la mise en détention ou peu après celle-ci, suffit pour atteindre cet objectif. Le détenu peut ainsi obtenir les renseignements dont il a besoin pour faire un choix utile quant à savoir s'il coopérera ou non à l'enquête. Toutefois, comme il ressort de la jurisprudence, il peut se produire des faits nouveaux qui rendent nécessaire une deuxième consultation pour permettre à l'accusé d'obtenir les conseils dont il a besoin pour exercer son droit de choisir dans la nouvelle situation.

[48] Selon l'idée générale qui se dégage des arrêts où la Cour a reconnu un deuxième droit de consulter un avocat, le changement de circonstances tend à indiquer qu'une nouvelle consultation s'impose pour permettre au détenu d'obtenir les renseignements

to choosing whether to cooperate with the police investigation or not. The concern is that in the new or newly revealed circumstances, the initial advice may no longer be adequate.

[49] The police, of course, are at liberty to facilitate any number of further consultations with counsel. In some circumstances, the interrogator may even consider it a useful technique to reassure the detainee that further access to counsel will be available if needed. For example, in the companion case of *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429, a skilled interrogator commenced the interview by making it clear to the detainee that he would be free at any time during the interview to stop and call a lawyer. The question here is when a further consultation is *required* under s. 10(b) of the *Charter*. For the purpose of providing guidance to investigating police officers, it is helpful to indicate situations in which it appears clear that a second consultation with counsel is so required. The categories are not closed. However, additions to them should be developed only where necessary to ensure that s. 10(b) has achieved its purpose.

#### 1. *New Procedures Involving the Detainee*

[50] The initial advice of legal counsel will be geared to the expectation that the police will seek to question the detainee. Non-routine procedures, like participation in a line-up or submitting to a polygraph, will not generally fall within the expectation of the advising lawyer at the time of the initial consultation. It follows that to fulfill the purpose of s. 10(b) of providing the detainee with the information necessary to making a meaningful choice about whether to cooperate in these new procedures, further advice from counsel is necessary: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3.

#### 2. *Change in Jeopardy*

[51] The detainee is advised upon detention of the reasons for the detention: s. 10(a). The s. 10(b) advice and opportunity to consult counsel follows this. The advice given will be tailored to the situation as the detainee and his lawyer then understand

dont il a besoin pour choisir de coopérer ou non à l'enquête policière. On craint, en effet, que les conseils reçus initialement ne soient plus adéquats par suite du changement de situation ou des faits nouvellement révélés.

[49] Il est évident que la police est libre de faciliter toute consultation supplémentaire avec un avocat. Il arrive parfois que l'interrogateur considère même comme une technique utile de rassurer le détenu sur la possibilité pour celui-ci de consulter de nouveau, au besoin, un avocat. Par exemple, dans le pourvoi connexe *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429, un interrogateur habile a commencé l'entretien en indiquant clairement au détenu qu'il était libre d'arrêter et d'appeler un avocat au cours de l'entretien. Il s'agit en l'espèce de se demander quand une consultation supplémentaire est *requise* aux termes de l'al. 10b) de la *Charte*. Il est utile d'indiquer à l'intention des interrogateurs de la police les situations où il ne fait aucun doute qu'une deuxième consultation s'impose. Les catégories ne sont pas limitatives. Toutefois, il ne faudrait ajouter que les cas où il est nécessaire d'accorder une autre consultation pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b).

#### 1. *Mesures additionnelles visant le détenu*

[50] Les conseils donnés initialement par l'avocat seront orientés en fonction de ses attentes, à savoir que la police cherche à poser des questions au détenu. L'avocat chargé de conseiller le détenu au moment de la consultation initiale ne s'attend généralement pas à des mesures peu habituelles, comme une séance d'identification ou un test polygraphique. Il s'ensuit qu'une nouvelle consultation est nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de fournir au détenu les renseignements dont il a besoin pour choisir, de façon éclairée, de coopérer ou non à ces mesures additionnelles : *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3.

#### 2. *Changement du risque*

[51] Le détenu est informé dès le début de sa détention des raisons qui l'ont motivée : al. 10a). Viennent ensuite les conseils juridiques et la possibilité de consulter un avocat dont il est question à l'al. 10b). Les conseils donnés seront en fonction de

it. If the investigation takes a new and more serious turn as events unfold, that advice may no longer be adequate to the actual situation, or jeopardy, the detainee faces. In order to fulfill the purpose of s. 10(b), the detainee must be given a further opportunity to consult with counsel and obtain advice on the new situation. See *Evans and Black*.

### 3. *Reason to Question the Detainee's Understanding of His Section 10(b) Right*

[52] If events indicate that a detainee who has waived his right to counsel may not have understood his right, the police should reiterate his right to consult counsel, to ensure that the purpose of s. 10(b) is fulfilled: *Prosper*. More broadly, this may be taken to suggest that circumstances indicating that the detainee may not have understood the initial s. 10(b) advice of his right to counsel impose on the police a duty to give him a further opportunity to talk to a lawyer. Similarly, if the police undermine the legal advice that the detainee has received, this may have the effect of distorting or nullifying it. This undercuts the purpose of s. 10(b). In order to counteract this effect, it has been found necessary to give the detainee a further right to consult counsel. See *Burlingham*.

#### (c) The General Principle Emerging From the Cases

[53] The general principle underlying the cases discussed above is this: where a detainee has already retained legal advice, the implementational duty on the police under s. 10(b) includes an obligation to provide the detainee with a reasonable opportunity to consult counsel again where a change of circumstances makes this necessary to fulfill the purpose of s. 10(b) of the *Charter* of providing the detainee with legal advice on his choice of whether to cooperate with the police investigation or decline to do so.

[54] The cases thus far offer examples of situations where the right of another consultation arises.

la situation, telle que le détenu et son avocat la comprennent à ce stade. Si l'enquête prend une tournure nouvelle et plus grave au fur et à mesure du déroulement des événements, il se peut que ces conseils ne soient plus adéquats compte tenu de la situation ou du risque réels auxquels est confronté le détenu. Pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b), le détenu doit avoir la possibilité de consulter de nouveau un avocat et d'obtenir des conseils au sujet de la nouvelle situation. Voir *Evans et Black*.

### 3. *Raisons de se demander si le détenu comprend le droit que lui confère l'al. 10b)*

[52] S'il ressort des événements que le détenu qui a renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat n'a peut-être pas compris son droit, la police doit l'en informer de nouveau pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) : *Prosper*. En termes généraux, cela peut vouloir dire que, si les circonstances indiquent que le détenu n'a peut-être pas compris les conseils reçus initialement en vertu de l'al. 10b) au sujet de son droit à l'assistance d'un avocat, la police a l'obligation de lui accorder de nouveau la possibilité de parler à un avocat. De même, si la police dénigre les conseils juridiques reçus par le détenu, cela peut avoir pour effet de les dénaturer ou de les réduire à néant, ce qui mine l'objet de l'al. 10b). Pour faire contrepoids à cet effet, on a estimé nécessaire d'accorder de nouveau au détenu le droit de consulter un avocat. Voir *Burlingham*.

#### (c) Le principe général qui se dégage de la jurisprudence

[53] Le principe général sur lequel reposent les arrêts examinés ci-dessus est le suivant : si le détenu a déjà reçu des conseils juridiques, la police a, dans le cadre de la mise en application, notamment l'obligation prévue à l'al. 10b) de lui fournir une possibilité raisonnable de consulter de nouveau un avocat si, par suite d'un changement de circonstances, cette mesure est nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de la *Charte* de fournir au détenu des conseils juridiques quant à son choix de coopérer ou non à l'enquête policière.

[54] La jurisprudence jusqu'à maintenant offre des exemples de situations où intervient le droit à une

However, the categories are not closed. Where the circumstances do not fall into a situation previously recognized, the question is whether a further opportunity to consult a lawyer is necessary to fulfill s. 10(b)'s purpose of providing the detainee with advice in the new or emergent situation.

[55] The change of circumstances, the cases suggest, must be objectively observable in order to trigger additional implementational duties for the police. It is not enough for the accused to assert, after the fact, that he was confused or needed help, absent objective indicators that renewed legal consultation was required to permit him to make a meaningful choice as to whether to cooperate with the police investigation or refuse to do so.

[56] As we read his reasons, Binnie J. agrees that allowing further consultations with counsel is constitutionally mandated where developing circumstances make this necessary to serve the purpose underlying s. 10(b). However, he would go further and expand the category of cases where this right arises to include all situations where the detainee reasonably requests this in the course of a custodial interview. He then sets out a non-exhaustive list of factors which may provide reasonable grounds for a further consultation for the guidance of police and reviewing courts (para. 106).

[57] As we see it, an approach which would require that questioning be suspended pending a reasonable opportunity to consult further with counsel whenever there is "objective support" to think that the detainee may require further legal advice is not sufficiently connected to the purpose of ensuring that the detainee remains properly advised about how to exercise his or her rights. It is assumed that the initial legal advice received was sufficient and correct in relation to how the detainee should exercise his or her rights in the context of the police investigation. The failure to provide an additional opportunity to consult counsel will constitute a

autre consultation. Toutefois, les catégories ne sont pas limitatives. Lorsque les circonstances ne correspondent pas à une situation reconnue à ce jour, il s'agit de se demander s'il faut accorder une nouvelle possibilité de consulter un avocat pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de fournir au détenu des conseils dans sa situation nouvelle ou émergente.

[55] D'après la jurisprudence, le changement de circonstances doit être objectivement observable pour donner naissance à de nouvelles obligations pour la police en matière de mise en application. Il ne suffit pas que l'accusé affirme, après coup, qu'il n'avait pas bien compris ou qu'il avait besoin d'aide alors qu'il n'existe aucun élément objectif indiquant qu'une nouvelle consultation juridique était nécessaire pour lui permettre d'exercer un choix utile pour ce qui est de coopérer ou non à l'enquête policière.

[56] Selon notre interprétation de ses motifs, le juge Binnie reconnaît que la Constitution exige que l'on accorde d'autres consultations avec un avocat si de nouvelles circonstances rendent cette mesure nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b). Cependant, il irait jusqu'à étendre la catégorie des cas où ce droit prend naissance, de manière à englober toutes les situations où le détenu fait une demande raisonnable à cet effet dans le cadre d'un entretien sous garde. Il établit ensuite à l'intention de la police et des tribunaux de révision une liste non exhaustive de facteurs qui peuvent fournir des motifs raisonnables pour accorder une autre consultation (par. 106).

[57] Pour autant que nous puissions en juger, la thèse selon laquelle il faut suspendre les questions jusqu'à ce que le détenu ait une possibilité raisonnable de consulter de nouveau un avocat — s'il existe un « fondement objectif » pour penser que le détenu peut avoir besoin d'autres conseils juridiques — n'est pas suffisamment liée à l'objectif de veiller à ce que le détenu demeure bien informé de la façon d'exercer ses droits. On suppose que les conseils juridiques reçus initialement sont suffisants et bons quant à la façon dont le détenu devrait exercer ses droits dans le cadre de l'enquête policière. Le fait de ne pas accorder une nouvelle consultation constitue

breach of s. 10(b) only when it becomes clear, as a result of changed circumstances or new developments, that the initial advice, viewed contextually, is no longer sufficient or correct. This is consistent with the purpose of s. 10(b) to ensure that the detainee's decision to cooperate with the police or not is informed as well as free. Our colleague's proposed test does not, in our respectful view, capture the circumstances in which additional advice may be required.

[58] Further, this aspect of the test gives the detainee an additional, vaguely described and unnecessary tool to control the interrogation, a tool more likely to be of benefit to the sophisticated than to the vulnerable. Detainees have an absolute right to silence and, therefore, ultimate control over the interrogation. They have the right not to say anything, to decide what to say and when. It must be remembered that the opportunity to consult again with counsel is accompanied by a duty on the police to hold off further questioning until that consultation has taken place or a reasonable opportunity for it to occur has been provided. This may well result in long delays in pursuing the interrogation. A person's *Charter* rights "must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society": *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368, at p. 385. The purpose of the right to counsel is not to permit suspects, particularly sophisticated and assertive ones, to delay "needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or [for whatever reasons, made] impossible to obtain": *Smith*, at p. 385. This, however, is the likely result of Binnie J.'s proposed approach, in our view.

[59] Finally, the proposed test is so vague that it is impractical. No doubt, courts over the years would sort out these problems as best they can. But these efforts will leave a trail of *Charter* motions, appeals and second trials in their wake. In our respectful view, there is no constitutional need for any of this.

une violation de l'al. 10b) seulement s'il devient clair, par suite d'un changement de circonstances ou de faits nouveaux, que les conseils reçus au départ, compte tenu du contexte, ne suffisent plus ou ne sont plus bons. Cette façon de voir est compatible avec l'objet de l'al. 10b) de veiller à ce que la décision du détenu de coopérer ou non avec la police soit à la fois informée et libre. Le test proposé par notre collègue ne prend pas en compte, soit dit en tout respect, les circonstances où des conseils supplémentaires peuvent s'imposer.

[58] Par ailleurs, cet aspect du test donne sans raison au détenu un outil supplémentaire, vaguement décrit, pour contrôler l'interrogatoire; c'est un outil plus susceptible de profiter aux personnes bien avisées qu'aux vulnérables. Les détenus ont le droit absolu de garder le silence et, par conséquent, l'ultime contrôle de l'interrogatoire. Ils ont le droit de ne rien dire, de décider de ce qu'ils veulent dire et quand le dire. Il ne faut pas oublier que la possibilité de consulter de nouveau un avocat va de pair avec l'obligation pour la police de suspendre les questions jusqu'à ce que le détenu ait consulté un avocat ou qu'on lui ait accordé une possibilité raisonnable de le faire. Il se peut fort bien qu'on ait à attendre longtemps avant de pouvoir poursuivre l'interrogatoire. Les droits garantis par la *Charte* « doivent être exercés d'une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société » : *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368, p. 385. Le droit à l'assistance d'un avocat ne vise pas à permettre aux suspects, surtout les personnes bien avisées et sûres d'elles, de « retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu'une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir » : *Smith*, p. 385. C'est pourtant le résultat que risque, à notre avis, d'entraîner la démarche proposée par le juge Binnie.

[59] Enfin, le test proposé est si vague qu'il est difficile à appliquer. Il est certain qu'au fil des ans les tribunaux règlent ces problèmes du mieux qu'ils peuvent. Tous ces efforts laisseront toutefois dans leur sillage une série de requêtes, d'appels et de deuxième procès fondés sur la *Charte*. Soit dit en tout respect, la Constitution n'impose aucune obligation de cette nature.

[60] The better approach is to continue to deal with claims of subjective incapacity or intimidation under the confessions rule. For example, in *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at para. 61, the Court recognized that using non-existent evidence to elicit a confession runs the risk of creating an oppressive environment and rendering any statement involuntary. In *Singh*, the Court stressed that persistence in continuing the interview, particularly in the face of repeated assertions by the detainee that he wishes to remain silent, may raise “a strong argument that any subsequently obtained statement was not the product of a free will to speak to the authorities” (para. 47). However, the cases thus far do not support the view that the common police tactic of gradually revealing (actual or fake) evidence to the detainee in order to demonstrate or exaggerate the strength of the case against him automatically triggers the right to a second consultation with a lawyer, giving rise to renewed s. 10(b) rights.

[61] We note that our colleagues LeBel and Fish JJ. express concern that these reasons, together with the majority judgment in *Singh*, “in effect creates a new right on the part of the police to the unfettered and continuing access to the detainee, for the purposes of conducting a custodial interview to the point of confession” (para. 190). While Binnie J. does not endorse their approach, he echoes similar concerns.

[62] We do not agree with the suggestion that our interpretation of s. 10(b) will give *carte blanche* to the police. This argument overlooks the requirement that confessions must be voluntary in the broad sense now recognized by the law. The police must not only fulfill their obligations under s. 10(b); they must conduct the interview in strict conformity with the confessions rule. On this point, we disagree with Binnie J. that the test for voluntariness in *Oickle* “sets a substantial hurdle to making inadmissible a confession” (para. 92). As explained more fully in *Singh*, the confessions rule is broad-based and clearly encompasses the right to silence. Far from truncating the detainee’s constitutional right to silence, its recognition as one component

[60] La meilleure démarche consiste à continuer d’examiner selon la règle des confessions les allégations d’incapacité ou d’intimidation subjectives. Par exemple, dans *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 61, la Cour a reconnu que l’utilisation d’éléments de preuve inexistantes pour soutirer des aveux risque de créer une atmosphère oppressive et de rendre les déclarations non volontaires. Dans *Singh*, la Cour a souligné que la persistance à poursuivre l’entretien, surtout devant les affirmations répétées du détenu qu’il souhaite garder le silence, permet de « faire valoir sérieusement que toute déclaration obtenue par la suite ne résult[e] pas d’une libre volonté de parler aux autorités » (par. 47). Toutefois, la jurisprudence jusqu’à maintenant n’appuie pas le point de vue selon lequel la tactique, souvent utilisée par la police, de révéler petit à petit des éléments de preuve (réels ou faux) au détenu pour démontrer ou exagérer la solidité de la preuve contre lui donne automatiquement naissance au droit à une deuxième consultation avec un avocat en faisant renaître les droits garantis à l’al. 10b).

[61] Nous remarquons que nos collègues les juges LeBel et Fish expriment la crainte que les présents motifs, combinés avec la décision de la majorité dans *Singh*, ne « confèrent à la police un nouveau droit qui lui garantit un accès sans entraves et continu au détenu pour la conduite d’un interrogatoire jusqu’à l’obtention d’aveux » (par. 190). Le juge Binnie ne partage pas leur avis, mais il évoque les mêmes inquiétudes.

[62] Nous ne pouvons souscrire à la prétention que notre interprétation de l’al. 10b) donnera *carte blanche* à la police. Cet argument ne tient pas compte de l’exigence selon laquelle les confessions doivent être volontaires dans le sens large maintenant reconnu en droit. La police doit non seulement respecter les obligations qui lui incombent selon l’al. 10b), mais aussi conduire l’entretien en se conformant strictement à la règle des confessions. Sur ce point, nous ne partageons pas l’avis du juge Binnie selon lequel le test énoncé dans *Oickle* pour statuer sur le caractère volontaire des confessions « a établi des conditions très strictes pour rendre [celles-ci] inadmissibles » (par. 92). Comme il est expliqué plus en détail dans *Singh*, la règle des confessions est de nature générale

of the common law rule enhances the right as any reasonable doubt on the question of voluntariness must result in the automatic exclusion of the statement. We also disagree with LeBel and Fish JJ. that the number of times Mr. Singh asserted that he had nothing to say during the course of his interview demonstrates that the protection afforded under the confessions rule is meaningless (para. 183). Voluntariness can only be determined by considering all the circumstances. As stated by the majority in *Singh*, at para. 53:

It must again be emphasized that such situations are highly fact-specific and trial judges must take into account all the relevant factors in determining whether or not the Crown has established that the accused's confession is voluntary. In some circumstances, the evidence will support a finding that continued questioning by the police in the face of the accused's repeated assertions of the right to silence denied the accused a meaningful choice whether to speak or to remain silent: see *Otis*. The number of times the accused asserts his or her right to silence is part of the assessment of all of the circumstances, but is not in itself determinative. The ultimate question is whether the accused exercised free will by choosing to make a statement: *Otis*, at paras. 50 and 54.

The trial judge in *Singh* had correctly instructed himself in accordance with the law and conducted a thorough review of all relevant circumstances. As noted by the majority: "Indeed, his analysis of the applicable jurisprudence and review of the relevant facts are impeccable, particularly with respect to the right to silence" (para. 50). In the majority's view, there was no basis to interfere with his ruling.

[63] Our colleagues LeBel and Fish JJ. also assert that our approach is such that the detainee is effectively *forced* to participate in the police investigation. The suggestion is that the questioning of a suspect, in and of itself, runs counter to the presumption of innocence and the protection against self-incrimination. This is clearly contrary

et englobe manifestement le droit au silence. Loin de restreindre le droit au silence garanti aux détenus par la Constitution, sa reconnaissance en tant que composante de la règle de common law le renforce, car tout doute raisonnable au sujet du caractère volontaire entraîne obligatoirement l'exclusion automatique de la déclaration. Nous ne partageons pas non plus l'avis des juges LeBel et Fish selon lequel le nombre de fois que M. Singh a affirmé qu'il n'avait rien à dire au cours de son entretien démontre que la protection offerte par la règle des confessions n'a aucune importance (par. 183). On ne peut déterminer le caractère volontaire qu'en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Comme l'a indiqué la majorité dans *Singh*, par. 53 :

Là encore, il faut souligner que ces situations dépendent fortement des faits de chaque affaire et que le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents pour déterminer si le ministère public a établi que la confession de l'accusé est volontaire. Dans certains cas, la preuve permettra de conclure que la poursuite de l'interrogatoire de la police, malgré que l'accusé ait invoqué, à maintes reprises, son droit de garder le silence, a privé ce dernier de la possibilité de faire un choix utile de parler ou de garder le silence : voir l'arrêt *Otis*. Le nombre de fois que l'accusé invoque son droit de garder le silence entre dans l'appréciation de l'ensemble des circonstances, mais il n'est pas déterminant en soi. En définitive, la question est de savoir si l'accusé a usé de son libre arbitre en choisissant de faire une déclaration : *Otis*, par. 50 et 54.

Le juge du procès dans *Singh* s'est rappelé correctement les règles applicables et avait procédé à un examen approfondi de l'ensemble des faits pertinents. Comme l'a fait observer la majorité, « [e]n fait, son analyse de la jurisprudence applicable et son examen des faits pertinents sont impeccables, particulièrement en ce qui concerne le droit de garder le silence » (par. 50). De l'avis de la majorité, il n'y avait pas lieu de modifier sa décision.

[63] Nos collègues les juges LeBel et Fish affirment également que, selon notre approche, le détenu est effectivement *forcé* de participer à l'enquête policière, laissant entendre qu'en soi le fait de poser des questions à un suspect va à l'encontre de la présomption d'innocence et de la protection contre l'auto-incrimination. Il est clair que cette affirmation est

to settled authority and practice. In our view, in defining the contours of the s. 7 right to silence and related *Charter* rights, consideration must be given not only to the protection of the rights of the accused but also to the societal interest in the investigation and solving of crimes. The police are charged with the duty to investigate alleged crimes and, in performing this duty, they necessarily have to make inquiries from relevant sources of information, including persons suspected of, or even charged with, committing the alleged crime. While the police must be respectful of an individual's *Charter* rights, a rule that would require the police to automatically retreat upon a detainee stating that he or she has nothing to say, in our respectful view, would not strike the proper balance between the public interest in the investigation of crimes and the suspect's interest in being left alone.

[64] Finally, LeBel and Fish JJ. assert in different ways that our reasons represent a constitutionalized expansion of police powers. We fail to see how our reasons could be so interpreted. Rather, as explained earlier, we take the settled view to the effect that the right to counsel is essentially a one-time matter with few recognized exceptions, and expand upon this existing jurisprudence by recognizing the right to a further consultation with counsel in any case where a change in circumstances makes this necessary to fulfill s. 10(b)'s purpose of providing the detainee with advice in the new or emergent situation. If anything, our reasons broaden the protection available to suspects, and narrow the ambit of police questioning. In our respectful view, it is our colleagues LeBel and Fish JJ.'s interpretation of the scope of s. 10(b) that would change the law substantially by recognizing a hitherto unrecognized constitutional right to have counsel present at all times during an interrogation — and do so, we note, by relying on the dissenting opinion in *Singh* which was rejected by the majority of the Court.

contraire à la jurisprudence et à la pratique établies. À notre avis, pour définir la portée du droit au silence reconnu à l'art. 7 et celle des droits connexes garantis par la *Charte*, il faut tenir compte non seulement de la protection des droits de l'accusé, mais aussi de l'intérêt de la société à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et soient résolus. La police a l'obligation d'enquêter sur les crimes présumés et, dans l'exercice de cette fonction, elle doit nécessairement interroger des sources d'information pertinentes, y compris les personnes soupçonnées ou même accusées d'avoir commis le crime présumé. Certes, la police doit respecter les droits que la *Charte* garantit à un individu, mais la règle selon laquelle elle doit automatiquement battre en retraite dès que le détenu déclare qu'il n'a rien à dire ne permet pas, à notre avis, d'établir le juste équilibre entre l'intérêt public à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et l'intérêt du suspect à ne pas être importuné.

[64] Enfin, les juges LeBel et Fish affirment de différentes façons que nos motifs représentent un élargissement constitutionnalisé des pouvoirs de la police. Nous ne voyons pas comment nos motifs pourraient être ainsi interprétés. Au contraire, comme nous l'avons déjà expliqué, nous prenons la position bien établie selon laquelle le droit à l'assistance d'un avocat s'applique essentiellement une seule fois, sauf quelques exceptions reconnues, et développons la jurisprudence existante en reconnaissant le droit à une nouvelle consultation lorsqu'un changement de circonstances rend cette mesure nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de fournir au détenu des conseils dans sa situation nouvelle ou émergente. Nos motifs élargissent plutôt la protection dont disposent les suspects et restreignent le champ des questions de la police. Soit dit en tout respect, c'est l'interprétation que donnent nos collègues les juges LeBel et Fish à la portée de l'al. 10b) qui changerait fondamentalement le droit en reconnaissant un droit constitutionnel jusque-là non reconnu, à savoir celui d'avoir un avocat présent pendant tout l'interrogatoire — et ce, nous tenons à le souligner, en se fondant sur l'opinion dissidente dans *Singh* qui a été rejetée par la majorité de la Cour.

[65] We conclude that the principles and case-law do not support the view that a request, without more, is sufficient to retrigger the s. 10(b) right to counsel and to be advised thereof. What is required is a change in circumstances that suggests that the choice faced by the accused has been significantly altered, requiring further advice on the new situation, in order to fulfill the purpose of s. 10(b) of providing the accused with legal advice relevant to the choice of whether to cooperate with the police investigation or not. Police tactics short of such a change may result in the Crown being unable to prove beyond a reasonable doubt that a subsequent statement was voluntary, rendering it inadmissible. But it does not follow that the procedural rights granted by s. 10(b) have been breached.

#### V. Application to the Facts

[66] The question is whether Mr. Sinclair should have been given a second opportunity to consult with a lawyer. Mr. Sinclair does not appear to fall into any of the categories where thus far a right to reconsultation has been recognized as necessary to fulfill the purpose of s. 10(b) of giving the detainee access to legal advice with respect to his right to choose whether to cooperate with the police or not. Mr. Sinclair's jeopardy remained the same throughout; he knew from the outset he was facing a charge of murder. The evidence the police told him about did not change the jeopardy he was facing. The police were not requesting his cooperation in a line-up. And as the Court of Appeal held, the police representations as to the strength of the evidence against him do not, without more, raise the need for further consultation with a lawyer.

[67] The only possibility of a renewed right to consult a lawyer lies in an extension of the reasoning in *Prosper* or *Burlingham*. Read broadly, these cases suggest that developments in the investigation suggesting that the detainee may be confused about his choices and right to remain silent may

[65] Nous concluons que ni les principes applicables ni la jurisprudence n'appuient la thèse selon laquelle une demande, à elle seule, suffit à redonner naissance au droit à l'assistance d'un avocat et au droit d'être informé de ce droit, qui sont prévus à l'al. 10b). Il faut qu'il y ait un changement de circonstances tendant à indiquer que le choix qui s'offre à l'accusé a considérablement changé, de sorte qu'il a besoin d'autres conseils sur la nouvelle situation pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de fournir à l'accusé des conseils juridiques lui permettant de décider de coopérer ou non à l'enquête policière. Si les tactiques policières n'entraînent pas un tel changement, il est possible que le ministère public ne puisse pas établir hors de tout doute raisonnable qu'une déclaration subséquente était volontaire, ce qui la rendrait inadmissible. Mais il ne s'ensuit pas qu'il y a eu atteinte aux droits procéduraux conférés par l'al. 10b).

#### V. Application aux faits

[66] Il s'agit de déterminer si on aurait dû donner une deuxième occasion à M. Sinclair de consulter un avocat. M. Sinclair ne semble pas entrer dans l'une des catégories pour lesquelles le droit à une nouvelle consultation a été reconnu comme étant nécessaire pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de permettre au détenu d'obtenir des conseils juridiques sur son droit de choisir de coopérer ou non avec la police. Le risque couru par M. Sinclair est demeuré inchangé pendant tout le processus; il savait dès le départ qu'il faisait face à une accusation de meurtre. Les éléments de preuve que la police lui a révélés n'ont pas changé le risque qu'il courait. La police ne lui a pas demandé de coopérer à une séance d'identification. Et, comme l'a conclu la Cour d'appel, les observations de la police au sujet de la solidité de la preuve contre lui ne peuvent, à elles seules, rendre nécessaire une nouvelle consultation avec un avocat.

[67] Pour qu'il y ait renaissance du droit de consulter un avocat, il faut nécessairement étendre le raisonnement suivi dans *Prosper* ou *Burlingham*. Interprétés largement, ces arrêts permettent de penser que la survenance de faits nouveaux au cours de l'enquête qui tendent à indiquer que le détenu

trigger the right to a renewed consultation with a lawyer under s. 10(b). The bottom line in such a situation is whether the circumstances, viewed as a whole, indicate that the detainee required further legal advice in order to fulfill the purpose of s. 10(b) of providing legal advice on his choice as to whether to cooperate with the police or not.

[68] The sequence of the interview relevant to this line of inquiry begins with Mr. Sinclair's reaction to Sgt. Skrine's statement that the case against him was "absolutely overwhelming".

[69] To this Mr. Sinclair answered, "I want my lawyer to look through all that". This can be interpreted as a need for legal advice on the actual strength of the case against him.

[70] The interview continued, and Mr. Sinclair continued to ask for legal advice. On one of these occasions, he expressed uncertainty about what to do:

Just don't know what to do right now. And that's why I say I wanna wait and think and muddle things through my mind and talk to my lawyer and talk to people I . . . and you don't seem to understand that either. It's like okay that's fine. I know you're trying to do your job. And I do think you're doing a good job, it's just I just don't know what to say at the moment. [Emphasis added; Supp. A.R., at p. 77.]

[71] Read broadly and in isolation, these passages arguably support the allegation that Mr. Sinclair may have been confused about his rights and how he should exercise them. However, read in context, it is clear that Mr. Sinclair never had any doubt about the choices the law allowed him and, in particular, his constitutional right to remain silent. The police did not denigrate the legal advice he had received. Rather, they repeatedly confirmed that it was Mr. Sinclair's choice whether or not to speak.

[72] After his confession, and the so-called re-enactment, Mr. Sinclair had an exchange with

ne comprend peut-être pas ses choix et son droit au silence peut faire naître le droit à une nouvelle consultation avec un avocat prévu à l'al. 10b). Dans une telle situation, il faut essentiellement se demander s'il ressort de l'ensemble des circonstances que le détenu a besoin de conseils juridiques supplémentaires pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de fournir au détenu des conseils juridiques quant à son choix de coopérer ou non avec la police.

[68] Pour répondre à cette question, il faut se reporter aux éléments pertinents de l'entretien, à commencer par la réaction de M. Sinclair devant la déclaration du sergent Skrine que la preuve contre lui était [TRADUCTION] « absolument accablante ».

[69] À cela M. Sinclair a répondu : [TRADUCTION] « Je veux que mon avocat examine tout ça. » Cette réponse peut être considérée comme une indication qu'il avait besoin de consulter un avocat pour connaître la réelle solidité de la preuve contre lui.

[70] L'entretien s'est poursuivi, et M. Sinclair a continué à demander d'avoir des conseils juridiques. À l'une de ces occasions, il a exprimé son incertitude sur ce qu'il devait faire :

[TRADUCTION] Je ne sais pas quoi faire maintenant. Et c'est pourquoi je dis que je veux attendre et réfléchir, me remettre les idées en place et parler à mon avocat et parler à des gens, je [ . . ] et vous ne semblez pas comprendre ça non plus. C'est comme okay, tout va bien. Je sais que vous essayez de faire votre travail. Et je pense que vous faites du bon travail, c'est juste que je ne sais pas quoi dire en ce moment. [Nous soulignons; d.a. compl., p. 77.]

[71] Interprétés largement et isolément, ces extraits pourraient appuyer l'allégation que M. Sinclair ne comprend pas bien ses droits et ne sait pas comment il devrait les exercer. Toutefois, pris dans leur contexte, ils indiquent clairement que M. Sinclair n'a jamais eu de doutes sur les choix qui s'offraient à lui sur le plan juridique et, en particulier, son droit constitutionnel de garder le silence. La police n'a pas dénigré les conseils juridiques qu'il avait reçus. Au contraire, elle lui a confirmé à maintes reprises qu'il lui revenait de choisir de parler ou non.

[72] Après sa confession et la soi-disant reconstitution du crime, M. Sinclair a échangé avec le

Sgt. Skrine, which made clear his awareness of the choice he faced and the fact that it went against the advice of his lawyer.

Sinclair: Lawyer'll probably be mad that I told everything out but it's like whatever. It's like I'm I know when I know I know when is when. It's like . . .

Skrine: Yeah. Well you know and that's what I said up front. I mean you're given advice, but at the end of the day you make the decision right?

Sinclair: Yeah.

Skrine: It's your decision to make. Um in this country and you know my opinion is you made the right decision right?

Sinclair: Well now there's closure. [Emphasis added; A.R., at p. 630.]

[73] The following findings of the trial judge confirm that Mr. Sinclair was never confused about his legal options:

1. "I am satisfied by [Mr. Sinclair's] own comments that he understood his right was to remain silent, to choose whether to speak or not. Nobody ever tried to tell him that he did not have that right" (para. 160).
2. Mr. Sinclair's counsel advised him not to discuss anything important with anybody, advised about some of the devices the police might use, including a cell plant, and advised not to say anything "because they lie" (paras. 25 and 161).
3. "[T]he police did not make any attempt to denigrate counsel or the advice he had received from counsel. All they did was confirm that ultimately it was Mr. Sinclair's decision as to whether he said anything or not" (para. 141).

sergent Skrine des propos qui montrent clairement qu'il était conscient du choix qui s'offrait à lui et qu'il comprenait que sa décision allait à l'encontre des conseils de son avocat :

[TRADUCTION]

Sinclair : Mon avocat sera probablement furieux que j'aie tout raconté mais bon. En fait, je [ . . . ] je sais [ . . . ] je sais ce qui en est. En fait . . .

Skrine : C'est ça. Eh bien tu sais et c'est ce que j'ai dit au début. Je veux dire, tu reçois des conseils, mais en fin de compte c'est toi qui decides, non?

Sinclair : Ouais.

Skrine : C'est à toi de décider. Euh, dans ce pays et tu sais qu'à mon avis tu as pris la bonne décision, pas vrai?

Sinclair : Eh bien maintenant c'est terminé. [Nous soulignons; d.a., p. 630.]

[73] Les conclusions suivantes du juge du procès confirment que M. Sinclair avait toujours bien compris ses options sur le plan juridique :

1. [TRADUCTION] « Je suis convaincu, en raison de ses propres paroles [celles de M. Sinclair], qu'il comprenait qu'il avait le droit de garder le silence, de choisir de parler ou de garder le silence. Personne n'a essayé, à aucun moment, de lui dire qu'il n'avait pas ce droit » (par. 160).
2. L'avocat de M. Sinclair lui a conseillé d'éviter de parler de quoi que ce soit d'important avec quiconque, l'a mis en garde contre certains procédés que la police pourrait utiliser, notamment mettre une taupe dans sa cellule, et lui a conseillé de ne rien dire [TRADUCTION] « parce qu'ils mentent » (par. 25 et 161).
3. [TRADUCTION] « [L]a police n'a aucunement tenté de dénigrer son avocat ou les conseils qu'il avait reçus de son avocat. Elle n'a fait que confirmer qu'au bout du compte c'était à M. Sinclair de décider s'il allait dire quelque chose ou non » (par. 141).

4. “I am satisfied that [Mr. Sinclair] is certainly intelligent enough to understand what his situation was and to make his own choices” (para. 154).
5. “What, in my opinion, happened in this case is that all of the efforts that Sergeant Skrine made to try and encourage Mr. Sinclair to speak were without avail. Mr. Sinclair stood up to them very well” (para. 176).
6. “[U]ltimately when Mr. Sinclair knew that the body had been found, that is when he decided the game was up and he thought he may as well come clean and he did so, not because anybody offered him anything, because it relieved him of the pressure he was under, the police investigation, not the interview, and as he said himself, the court might look more kindly on him having cooperated and that is why he decided to do the re-enactment as well” (para. 178).
7. After he had made his initial statement, Mr. Sinclair told his cell mate (who was in fact an undercover police officer): “They’ve got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I’m going away for a long time but I feel relieved” (para. 40).
4. [TRANSDUCTION] « Je suis convaincu qu’il [M. Sinclair] est certainement assez intelligent pour comprendre dans quelle situation il se trouvait et pour prendre ses propres décisions » (par. 154).
5. [TRANSDUCTION] « Ce qui est arrivé en l’espèce, à mon avis, c’est que tous les efforts que le sergent Skrine a déployés pour essayer d’encourager M. Sinclair à parler étaient vains. M. Sinclair y a très bien résisté » (par. 176).
6. [TRANSDUCTION] « [F]inalement, quand M. Sinclair a su qu’on avait découvert le corps, c’est à ce moment-là qu’il a décidé que la partie était terminée et qu’il a pensé qu’il valait mieux tout avouer, ce qu’il a fait, non pas parce que quelqu’un lui avait offert quoi que ce soit, mais parce que cela a soulagé la pression qu’il subissait, à cause de l’enquête policière, non pas à cause de l’entretien, et comme il l’a dit lui-même, le tribunal pourrait avoir une opinion plus favorable de lui parce qu’il avait coopéré et c’est pourquoi il a décidé de procéder aussi à la reconstitution » (par. 178).
7. Après sa déclaration initiale, M. Sinclair a dit à son compagnon de cellule (qui était en fait un agent d’infiltration) : [TRANSDUCTION] « Ils m’ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé » (par. 40).

[74] We conclude that Mr. Sinclair’s claim that his s. 10(b) *Charter* rights were infringed has not been made out.

#### VI. Disposition

[75] We would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[76] BINNIE J. (dissenting) — This appeal addresses the protection of a detainee’s civil liberties while under police interrogation. It is the third in a series of recent cases that have dealt firstly with the rule governing the voluntariness of confessions obtained by the police, and secondly (in the next appeal) with a detainee’s ability to insist

[74] Nous concluons que M. Sinclair n’a pas établi qu’il y a eu atteinte aux droits qui lui sont garantis par l’al. 10b) de la *Charte*.

#### VI. Dispositif

[75] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[76] LE JUGE BINNIE (dissident) — Le présent pourvoi concerne la protection des libertés civiles du détenu lors de l’interrogatoire de la police. Il s’agit de la troisième d’une série de décisions récentes dont la première porte sur la règle régissant le caractère volontaire des confessions obtenues par la police et la deuxième, sur la possibilité pour un détenu

on his or her right to silence and non-cooperation with the investigation. Today's decision completes the trilogy by interpreting narrowly the guarantee in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of the right of a detainee upon arrest or detention "to retain and instruct counsel" (or, in the French text, "*d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat*").

[77] The merits of each of the three cases in this "interrogation trilogy" are open to reasonable debate and disagreement, but when the decisions are read together, the resulting latitude allowed to the police to deal with a detainee, who is to be presumed innocent, disproportionately favours the interests of the state in the investigation of crime over the rights of the individual in a free society, in my view.

[78] Many confessions obtained in extended police interrogations are true, but too many are not. The Ontario Court of Appeal recently dealt with the case of Romeo Phillion who, in 1972, confessed to a murder while in custody on a robbery charge then recanted — he was jailed for 30 years until the conviction was overturned and sent back for a new trial (*R. v. Phillion*, 2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193). Such cases signal caution when approaching the rules governing police interrogations.

[79] The s. 10(b) right to counsel, above all, is "designed to ensure that persons who are arrested or detained are treated fairly in the criminal process": *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 191 (emphasis added); *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394. In interpreting s. 10(b), the courts need to take a long-term view of the reputation and integrity of our justice system rather than focussing on short-term results at the police station.

#### Overview

[80] My colleagues the Chief Justice and Charron J. take the position that in general and for most

d'insister sur son droit de garder le silence et de ne pas coopérer à l'enquête. La décision d'aujourd'hui vient compléter la trilogie par une interprétation étroite du droit du détenu, garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, « d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat » (ou, selon la version anglaise, « *to retain and instruct counsel* ») en cas d'arrestation ou de détention.

[77] Le bien-fondé de chacune des trois décisions formant cette « trilogie de l'interrogatoire » peut faire l'objet de débats et de désaccords raisonnables, mais lorsqu'elles sont interprétées ensemble, la latitude dont dispose la police dans ses rapports avec le détenu — lequel doit être présumé innocent — favorise, à mon avis, de manière disproportionnée les intérêts de l'État en matière d'enquête sur les crimes par rapport aux droits de l'individu dans une société libre.

[78] Les aveux obtenus par la police à la faveur d'un interrogatoire prolongé sont dans bien des cas véridiques, mais souvent aussi ils ne le sont pas. La Cour d'appel de l'Ontario a récemment statué sur le cas de Romeo Phillion, qui, en 1972, avait avoué un meurtre alors qu'il était sous garde pour une accusation de vol qualifié, et s'était ensuite rétracté — il avait été incarcéré pendant 30 ans avant que sa condamnation soit annulée et qu'un nouveau procès soit ordonné (*R. c. Phillion*, 2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193). De telles affaires montrent que la prudence s'impose lorsqu'on aborde les règles régissant les interrogatoires de police.

[79] Le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) vise avant tout « à assurer le traitement équitable dans le processus pénal des personnes arrêtées ou détenues » : *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, p. 191 (je souligne); *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, p. 394. Pour l'interprétation de l'al. 10b), les tribunaux doivent avoir une vision à long terme de la réputation et de l'intégrité de notre système de justice au lieu de se concentrer sur les résultats à court terme au poste de police.

#### Aperçu

[80] Mes collègues la Juge en chef et la juge Charron estiment que, d'une manière générale et

practical purposes the effect of s. 10(b) is more or less spent once the lawyer has advised the detainee *before* the commencement of the police interrogation to keep his or her mouth shut. They concede that a further consultation may be required in “changed circumstances”, but in my view, s. 10(b) may also be engaged by the *evolving* circumstances of the interrogation. My disagreement with the majority essentially relates to the conditions necessary for a defence lawyer to provide *meaningful* assistance to a client in trouble with the law. In my view, the detainee is entitled to a further opportunity or opportunities to receive advice from counsel during a custodial interview where the detainee’s request falls within the purpose of the s. 10(b) right (i.e. to satisfy a need for legal assistance rather than delay or distraction) and such request is reasonably justified by the objective circumstances, which were or ought to have been apparent to the police during the interrogation, as will be discussed.

[81] The detainee’s s. 10(b) request will be dealt with in the first instance by the police. In deciding whether or not to give effect to it, the police will have to make a judgment call, but such judgment calls are no more difficult than many arising in the course of police work. I give as an example the difficult area of police common law powers. In the absence of some statutory authority, the police regularly have to assess the extent and the limits of their powers not previously recognized at common law. Such powers are framed in very general language: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2. It seems to me inconsistent with the Crown’s enthusiastic support of previously unrecognized common law police *powers* for the Crown to insist that the police are not capable of sorting out their *responsibilities* framed in similarly general language. In both cases, it is the police who make the initial difficult determination — not the judges. Eventually, of course, it is the judge who will determine if the police got it right.

à toutes fins utiles, l’effet de l’al. 10b) est plus ou moins épuisé une fois que l’avocat a conseillé au détenu, *avant* que commence l’interrogatoire de la police, de ne pas parler. Elles admettent qu’une consultation supplémentaire peut s’avérer nécessaire en cas de « changement de circonstances », mais l’*évolution* des circonstances de l’interrogatoire peut aussi, à mon avis, déclencher l’application de l’al. 10b). Mon désaccord avec la majorité porte essentiellement sur les conditions qui doivent être remplies pour qu’un avocat de la défense puisse procurer une assistance *utile* à un client qui a des démêlés avec la loi. Selon moi, le détenu a droit à une ou plusieurs autres possibilités de recevoir des conseils d’un avocat au cours d’un entretien sous garde si sa demande cadre avec l’objet du droit garanti par l’al. 10b) (c.-à-d. satisfaire à un besoin d’assistance juridique et non retarder l’enquête policière ou s’y soustraire temporairement), et une telle demande est raisonnablement justifiée par les circonstances objectives qui étaient apparentes, ou auraient dû l’être, pour la police lors de l’interrogatoire, comme nous le verrons.

[81] La police tout d’abord traitera de la demande du détenu fondée sur l’al. 10b). Pour décider s’il y a lieu d’y donner suite, elle doit s’en remettre à son jugement, mais une telle décision n’est pas plus difficile que bien d’autres décisions qu’elle doit prendre dans le cadre de son travail. Citons, par exemple, le domaine complexe des pouvoirs que la common law reconnaît à la police. En l’absence de pouvoir conféré par une loi, la police doit régulièrement évaluer la portée et les limites de ses pouvoirs non reconnus auparavant par la common law. Ces pouvoirs sont établis en termes très généraux : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2. Compte tenu de son appui enthousiaste à l’égard des *pouvoirs* non reconnus auparavant à la police par la common law, il me semble contradictoire que le ministère public soutienne maintenant que la police n’est pas capable de déterminer ses *responsabilités* établies en des termes également généraux. Dans les deux cas, c’est à la police, et non aux juges, de prendre la difficile décision initiale. Au final, il appartiendra naturellement au juge de déterminer si la police avait raison.

[82] I would decline to adopt the appellant's more ambitious submission that s. 10(b) requires the presence, upon request, of defence counsel during a custodial interrogation.

[83] My colleagues the Chief Justice and Charron J. acknowledge that there may be a need for further consultation if there is a change in the legal jeopardy confronting the detainee. Equally important, however, will be the detainee's belated appreciation in many cases of his or her *existing* jeopardy as the interrogation develops in ways that were not — and could not be — anticipated at the outset during the initial consultation with counsel. In the appellant's case, for example, the police let drop various bits of information, some true and some false, over a five-hour period to hammer into his head what they described as an “overwhelming” case proving his guilt, which ostensibly rendered futile his continuing non-cooperation. Police use of moral suasion is, of course, absolutely acceptable, but the appellant was clearly concerned (manifested by his five separate requests to contact his lawyer again) whether the lawyer's initial advice (whatever it was) remained valid. The evolving situation produced information the lawyer needed to have to do his job (to provide “*l'assistance*”). The appellant faced a second degree murder charge. It cannot reasonably be said, in my view, that the 360 seconds of legal advice he received in two initial phone calls before the police began their work was enough to exhaust his s. 10(b) guarantee.

[84] The majority decision limits the purpose of s. 10(b) to “supporting the detainee's s. 7 right to choose whether or not to cooperate with the police investigation” (para. 47). This, with respect, excessively conflates the right to counsel with the right to remain silent, and results in an unduly impoverished view of “*l'assistance d'un avocat*”; it belies the liberal and generous interpretation of *Charter* rights so often trumpeted in our jurisprudence. The majority view tightens the noose around s. 10(b)

[82] Je ne retiendrais pas l'argument plus ambitieux de l'appelant selon lequel l'al. 10b) exige, sur demande, la présence de l'avocat de la défense pendant un interrogatoire sous garde.

[83] Mes collègues la Juge en chef et la juge Charron reconnaissent qu'une nouvelle consultation peut s'avérer nécessaire en cas de changement du risque juridique couru par le détenu. Tout aussi importante, cependant, sera dans bien des cas la prise de conscience tardive par le détenu du risque qu'il subit *déjà* du fait que l'interrogatoire prend une tournure qui était imprévue — et imprévisible — au départ, lors de la consultation initiale avec un avocat. Dans le cas de l'appelant, par exemple, la police a dévoilé petit à petit pendant cinq heures divers éléments d'information, certains véridiques et d'autres faux, pour lui enfoncer dans la tête l'existence de ce qu'elle a décrit comme étant une preuve [TRADUCTION] « accablante » de sa culpabilité, qui rendait soi-disant futile son refus persistant de coopérer. Le recours à la pression morale par la police est bien sûr tout à fait acceptable, mais l'appelant se demandait de toute évidence (comme en témoigne le fait qu'il a demandé à cinq reprises distinctes de pouvoir communiquer de nouveau avec son avocat) si les conseils initiaux de l'avocat (quels qu'ils soient) étaient toujours valables. L'évolution de la situation a produit des renseignements dont l'avocat avait besoin pour faire son travail (fournir son « *assistance* »). L'appelant faisait face à une inculpation de meurtre au deuxième degré; on ne peut pas raisonnablement dire, à mon avis, que les conseils juridiques qu'il a reçus en 360 secondes lors des deux appels téléphoniques initiaux avant que la police amorce son travail étaient suffisants pour entraîner l'extinction de la garantie que lui reconnaît l'al. 10b).

[84] La décision de la majorité limite l'objet de l'al. 10b) à « étayer le droit du détenu, prévu par l'art. 7, de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière » (par. 47). Ce point de vue, à mon avis, amalgame d'une manière excessive le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de garder le silence, ce qui appauvrit indûment la notion d'« assistance d'un avocat », et il ne correspond pas à l'interprétation libérale et généreuse des droits garantis par la *Charte* si souvent claironnée dans notre jurisprudence. L'optique

to the point where, taken together with the Court's other recent pronouncements on police interrogations, the police are allowed more power over the detained individual than the *Charter* intended them to have.

#### What Are Defence Counsel For?

[85] A detainee needs to “retain and instruct counsel” because the law is a complicated place, and the stakes may be high (certainly in a second degree murder charge). The detainee is isolated and in a position of vulnerability. The *Charter* recognizes that in the interest of fairness, the detainee is entitled to help (or “*l’assistance d’un avocat*”) not only in relation to the content of his or her rights but on how to exercise those rights in dealing with the authorities: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; and *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. There is a corresponding duty imposed on the police to respect the s. 10(b) right.

[86] The appellant already knew from the standard police warning that he need say nothing and that whatever he said might be recorded and used in evidence. The police interrogator, Sgt. Skrine, told the appellant on more than one occasion that he did not have to say anything. It cannot be correct to limit the role of defence counsel under s. 10(b) simply to echo what the police have already said and to urge silence regardless of what may emerge in the course of the interrogation (plus perhaps a few hypothetical examples of what *may* occur during the forthcoming encounter with the police). As the Ontario Criminal Lawyers’ Association points out, this much could be accomplished by a recorded message:

[Y]ou have reached counsel; keep your mouth shut; press one to repeat this message. [Transcript, at p. 22]

[87] The role of counsel at this stage of the investigation is to help put the detainee in a position to navigate his or her legal problems with the informed capacity the detainee could muster alone if he or

des juges majoritaires amenuise la portée de l’al. 10b) au point où, compte tenu également des autres décisions récentes de la Cour au sujet des interrogatoires de police, celle-ci se voit accorder davantage de pouvoir sur la personne détenue que la *Charte* était censée lui accorder.

#### Quelle est la fonction de l’avocat de la défense?

[85] Un détenu a besoin « d’avoir recours à l’assistance d’un avocat » parce que le droit est un univers compliqué et que l’enjeu peut être très important (certainement dans le cas d’une accusation de meurtre au deuxième degré). Le détenu se trouve isolé et vulnérable. La *Charte* reconnaît que, par souci d’équité, le détenu a droit à de l’aide (ou à « l’assistance d’un avocat ») en ce qui a trait non seulement à la teneur de ses droits, mais aussi à la façon de les exercer dans ses rapports avec les autorités : *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3 et *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. La police a l’obligation correspondante de respecter le droit prévu à l’al. 10b).

[86] L’appelant savait déjà, d’après la mise en garde habituelle, qu’il n’était pas tenu de dire quoi que ce soit et que tout ce qu’il dirait pourrait être enregistré et utilisé en preuve. L’interrogateur de la police, le sergent Skrine, lui a dit à plus d’une occasion qu’il n’était pas obligé de dire quoi que ce soit. Le rôle de l’avocat de la défense prévu à l’al. 10b) ne saurait se limiter à répéter ce que la police a déjà dit et à conseiller instamment le silence, peu importe ce qui peut ressortir au cours de l’interrogatoire (et éventuellement à donner quelques exemples hypothétiques de ce qui *pourrait* se produire pendant l’entretien avec la police). Comme le souligne l’Ontario Criminal Lawyers’ Association, un message enregistré pourrait alors tout aussi bien faire l’affaire :

[TRADUCTION] [V]ous avez joint la boîte vocale de l’avocat; ne dites pas un mot; pour entendre de nouveau ce message, faites le 1. [Transcription, p. 22]

[87] Le rôle de l’avocat à cette étape de l’enquête consiste à aider le détenu à affronter ses problèmes juridiques de façon éclairée, comme s’il possédait lui-même les connaissances et l’expérience

she possessed the requisite legal knowledge and experience. The choice whether or not to cooperate with the investigation is up to the detainee — not the lawyer — but it should be an informed choice. This does not give the lawyer access to places he or she has no right to be (such as the interrogation room in a police detachment), but it should certainly allow the detainee more than a preliminary piece of advice prior to any questioning, at which point the detained person may have a very flawed understanding of what the police are up to.

[88] Communication between solicitor and client is the condition precedent to the lawyer's ability to assist. The advice will only be as good as the information on which it is based. This is why the Court has elevated solicitor-client privilege to being "as close to absolute as possible": *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 35. It is hardly consistent with this emphasis on the *essential* nature of the free flow of information between a lawyer and a client to hold that in the case of s. 10(b), the lawyer can function in an informational vacuum without the possibility of even a general idea of the unfolding situation in the interrogation room.

### The Interrogation Trilogy

[89] The Crown seems to conceive of the police interrogation as an endurance contest between the detainee, who starts off with the benefit of the standard police warning and generic advice from his or her lawyer (presumably to refuse to cooperate — what else can the lawyer advise at that outset?) and, on the other hand, an experienced police interrogator who wants to cajole and manoeuvre and wear down the detainee into making incriminating statements and, if possible, a full confession.

[90] It bears repeating that persons detained or arrested may be quite innocent of what is being alleged against them. Canada's growing platoon of the wrongfully convicted, including the by now familiar roll call of Donald Marshall, David Milgaard, Guy Paul Morin, Thomas Sophonow, Ronald Dalton, Gregory Parsons, Randy Druken,

juridiques requises. Il appartient au détenu — et non à l'avocat — de choisir de coopérer ou non à l'enquête, mais ce choix doit être éclairé. Cela ne donne pas à l'avocat accès à des lieux où il n'a pas le droit de se trouver (comme la salle d'interrogatoire d'un poste de police), mais devrait certainement permettre au détenu d'obtenir davantage que de simples conseils préliminaires donnés avant que la police commence à lui poser des questions, à un moment où le détenu risque de ne pas savoir du tout où la police veut en venir.

[88] La communication entre l'avocat et son client est la condition préalable à la capacité de l'avocat de fournir une assistance. La qualité des conseils dépend entièrement des renseignements sur lesquels ils sont fondés. C'est la raison pour laquelle la Cour considère que le secret professionnel de l'avocat doit être « aussi absolu que possible » : *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 35. Cette insistance sur la nature *essentielle* de la libre circulation de l'information entre l'avocat et son client n'est guère conciliable avec la thèse que, dans le cas de l'al. 10b), l'avocat peut travailler dans un vide informationnel sans possibilité de même avoir une idée générale du déroulement de la situation dans la salle d'interrogatoire.

### La trilogie de l'interrogatoire

[89] Le ministère public semble concevoir l'interrogatoire de la police comme une épreuve d'endurance entre le détenu, qui au début bénéficie de la mise en garde habituelle et des conseils de nature générale de son avocat (vraisemblablement refuser de coopérer — que pourrait conseiller d'autre l'avocat à ce stade?) et un interrogateur de la police expérimenté qui veut amadouer, manoeuvrer et épuiser le détenu pour l'amener à faire des déclarations incriminantes et, si possible, des aveux complets.

[90] Il convient de rappeler que des personnes détenues ou arrêtées peuvent être parfaitement innocentes des faits qu'on leur reproche. Le peloton grandissant des victimes d'erreurs judiciaires au Canada — au nombre desquelles figurent notamment celles qui portent les noms maintenant familiers de Donald Marshall, David Milgaard,

and others attest to the dangers of police tunnel vision and the resulting unfairness of their investigation. See *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*, by the Right Honourable Antonio Lamer (2006), at pp. 171-73. Convinced (wrongly) of the detainee's guilt, the police will take whatever time and ingenuity it may require to wear down the resistance of the individual they just *know* is culpable. As this Court recognized in *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, innocent people are induced to make false confessions more frequently than those unacquainted with the phenomenon might expect (paras. 34-45).

[91] Canadian society has determined that it is in the long-term interest of the administration of justice to provide the assistance of counsel at this early stage however inconvenient it may appear in the short term. That is a policy decision incorporated in s. 10(b) of the *Charter*, and our job is to give it full effect.

[92] Yet, in their endurance contest with the detainee, the police are now given three trump cards. The first is *Oickle* itself, which sets a substantial hurdle to making inadmissible a confession on the basis of involuntariness. The second is *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, which allows the police to prolong the endurance contest despite repeated assertions of the right to silence by the detainee and the frequently expressed desire to return to his cell. And now we have the present appeal which denies the detainee even a "second" consultation with counsel regardless of the length of the interrogation, unless there is a significant change of circumstances, which in the majority view does not include the unfolding information disclosed by the police to the detainee in the course of the investigation, however critical such information might be to the correctness of the legal advice initially provided, or to the need for further advice.

Guy Paul Morin, Thomas Sophonow, Ronald Dalton, Gregory Parsons et Randy Druken — témoigne des dangers d'une vision policière étriquée et de l'injustice des enquêtes policières qui en découle. Voir *The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes*, le très honorable Antonio Lamer (2006), p. 171-173. Convaincue (à tort) de la culpabilité du détenu, la police prendra tout le temps nécessaire et déploiera toute l'ingéniosité qu'il faut pour venir à bout de la résistance de l'individu qu'elle *sait* coupable. Comme la Cour l'a reconnu dans *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, les cas où des personnes innocentes sont amenées à faire de faux aveux sont beaucoup plus fréquents que pourraient le croire ceux qui ne sont pas au fait du phénomène (par. 34-45).

[91] La société canadienne a décidé qu'il est dans l'intérêt à long terme de l'administration de la justice de fournir l'assistance d'un avocat dès le début, malgré les difficultés que cela peut sembler poser à court terme. Cette décision de principe a été incorporée dans l'al. 10b) de la *Charte*, et notre rôle est de lui donner son plein effet.

[92] Or, dans son épreuve d'endurance avec le détenu, la police dispose maintenant de trois atouts. Le premier est l'arrêt *Oickle* lui-même, qui a établi des conditions très strictes pour rendre inadmissibles des aveux en raison de leur caractère non volontaire. Le deuxième est *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, qui autorise la police à prolonger l'épreuve d'endurance même lorsque le détenu invoque à maintes reprises son droit de garder le silence et exprime fréquemment le désir de regagner sa cellule. Arrive maintenant le présent pourvoi, qui refuse au détenu même une « deuxième » consultation avec un avocat, quelle que soit la durée de l'interrogatoire, à moins d'un changement de circonstances important — qui, selon la majorité, n'inclut pas les renseignements que la police dévoile petit à petit au détenu au cours de l'enquête, même s'ils peuvent revêtir une importance cruciale du point de vue de la justesse des conseils juridiques donnés initialement ou de la nécessité d'obtenir d'autres conseils.

[93] *Oickle* was the case of a pyromaniac who confessed in the course of a six-hour police interrogation to setting seven of alleged eight fires in the vicinity of Waterville, Nova Scotia. At issue was the admissibility of his confession, and in particular the scope of the common law rules related to voluntariness. The case is rightly seen as setting a high barrier to exclusion. Members of the Court agreed on the applicable legal principles but divided 6-1 on the application of the law to the facts. As to the legal principles, Iacobucci J. noted that beyond the traditional exclusionary doctrines of oppression and inducements (which are “primarily concerned with reliability”), the law governing confessions also protects “a broader conception of voluntariness ‘that focuses on the protection of the accused’s rights and fairness in the criminal process’” (para. 69). That said, the Court also emphasized “society’s need to investigate and solve crimes” (para. 33), and reference was made (twice) to the *dictum* of Lamer J. that “the investigation of crime and the detection of criminals is not a game to be governed by the Marquess of Queensbury rules”: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 697.

[94] On the facts of *Oickle*, the majority (Arbour J. dissenting) concluded that the confession was made voluntarily despite the majority’s recognition that the police had minimized the seriousness of the crimes (para. 77), made offers of psychiatric help (though not as a *quid pro quo* for the confession) (para. 78), and suggested that it might be necessary to administer a polygraph test to Mr. Oickle’s fiancée to determine whether she was involved in setting fires but, seemingly, not if Mr. Oickle himself were to confess (para. 84). The police pretended that the results of a failed polygraph test were “infallible” (para. 95), and jumped into their persistent questioning of Mr. Oickle immediately after informing him that he had “failed” the polygraph test (para. 101).

[93] L’arrêt *Oickle* concernait le cas d’un pyromane qui a avoué au cours d’un interrogatoire de police d’une durée de six heures être l’auteur de sept des huit incendies dans les environs de Waterville (Nouvelle-Écosse) qui lui étaient reprochés. Le litige portait sur l’admissibilité de ses aveux, en particulier sur la portée des règles de common law relatives au caractère volontaire des confessions. On considère à juste titre que cette décision impose des conditions sévères à l’exclusion d’aveux. Les juges de la Cour s’entendaient sur les principes de droit applicables mais étaient divisés à 6 contre 1 sur l’application du droit aux faits. En ce qui a trait aux principes de droit, le juge Iacobucci a fait observer qu’en matière d’exclusion, au-delà des théories traditionnelles de l’oppression et des encouragements (qui « s’attachent principalement à la fiabilité »), le droit régissant les confessions vise également à protéger « une conception plus large du caractère volontaire “qui met l’accent sur la protection des droits de l’accusé et l’équité du processus pénal” » (par. 69). Cela dit, la Cour a également insisté sur « la nécessaire faculté de la société d’enquêter sur les crimes et de les résoudre » (par. 33) et a mentionné (deux fois) l’opinion incidente du juge Lamer selon laquelle « une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles du marquis de Queensbury » : *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 697.

[94] Les faits de l’affaire *Oickle* ont amené la majorité (la juge Arbour était dissidente) à conclure au caractère volontaire des aveux, même si elle reconnaissait que la police avait minimisé la gravité des crimes (par. 77), avait offert de l’assistance psychiatrique (mais pas en contrepartie d’une confession) (par. 78) et avait laissé entendre qu’il pourrait s’avérer nécessaire d’administrer un test polygraphique à la fiancée de M. Oickle pour déterminer si elle était impliquée dans les incendies, mais que, semble-t-il, ce ne serait pas nécessaire s’il passait aux aveux (par. 84). La police avait prétendu que les résultats d’un test polygraphique positif étaient « infallibles » (par. 95) et s’était empressée de commencer à poser des questions persistantes à M. Oickle immédiatement après l’avoir informé qu’il avait « échoué » au test polygraphique (par. 101).

[95] On the other hand, the police questioning was courteous and Mr. Oickle was told on at least two occasions *before* his confession that he was free to leave the interrogation (which took place in a motel room) if he wished. The majority held that the police conduct was not necessarily incompatible with Mr. Oickle, in the end, making a *voluntary* confession, as the trial judge had concluded. It was a close case but the points made by the defence, taken in the context of the interrogation as a whole, did not in the view of the majority warrant setting aside the finding of voluntariness by the trial judge to whom deference was owed. A lesson to be drawn from *Oickle*, in my view, is that while the legal principles are comprehensive and fair, in the absence of egregious circumstances, the Crown will be able to establish “voluntariness” without great difficulty when that is the specific issue before the Court.

[96] The second trump card for the police is the majority judgment in *Singh*. Singh was charged with second degree murder when a stray bullet hit and killed an innocent bystander outside a pub. The issue was identification of the shooter. Under interrogation by the police, Singh was not permitted to return to his cell or otherwise bring the lengthy questioning to a close despite his assertion of his right to silence on 18 different occasions. The majority emphasized “the critical balancing of state and individual interests” (para. 7) and observed that “the individual’s right to *remain* silent . . . does not mean . . . that a person has the right *not to be spoken to* by state authorities” (para. 28 (emphasis in original)). Accordingly, Charron J. for the majority concluded that “where a statement [of the detainee] has survived a thorough inquiry into voluntariness, the accused’s *Charter* application alleging that the statement was obtained in violation of the pre-trial right to silence under s. 7 cannot succeed” (para. 8 (emphasis added)). Nevertheless, Charron J. noted that the “right to silence and right to counsel are not the same” (para. 43).

[95] Par contre, la police avait posé ses questions de façon courtoise et précisé à M. Oickle, à au moins deux reprises *avant* sa confession, qu’il était libre de partir s’il le souhaitait (l’interrogatoire avait eu lieu dans une chambre de motel). La majorité a statué que la conduite de la police n’était pas nécessairement incompatible avec une confession en fin de compte *volontaire* de la part de M. Oickle, comme l’avait conclu la juge de première instance. Ce n’était pas une affaire facile à trancher, mais les arguments invoqués par la défense, considérés dans le contexte de l’interrogatoire pris globalement, ne justifiaient pas, selon la majorité, l’annulation de la conclusion de la juge de première instance sur le caractère volontaire, à l’égard de laquelle la déférence s’imposait. On peut, à mon avis, tirer une leçon de *Oickle* : bien que les principes de droit soient exhaustifs et équitables, en l’absence de cas flagrants, le ministère public pourra établir sans grandes difficultés le « caractère volontaire » d’aveux si telle est la question précise sur laquelle la Cour doit statuer.

[96] Le deuxième atout de la police est le jugement majoritaire rendu dans *Singh*. M. Singh a été inculpé de meurtre au deuxième degré après qu’une balle perdue eut tué un passant innocent qui se trouvait dans l’entrée d’un pub. Le litige portait sur l’identification du tireur. Lors de son interrogatoire par la police, M. Singh n’avait pas été autorisé à réintégrer sa cellule ou autrement à mettre fin à une longue séance de questions, même s’il avait invoqué à 18 reprises différentes son droit au silence. La majorité a souligné « l’équilibre crucial entre les intérêts de l’État et ceux de l’individu » (par. 7) et a fait observer que « le droit d’un individu de *garder* le silence [. . .] ne signifie pas que quelqu’un a le droit *de ne pas se faire adresser la parole* par les autorités de l’État » (par. 28 (en italique dans l’original)). La juge Charron a ainsi conclu, au nom de la majorité, que « lorsqu’une déclaration [du détenu] a résisté à un examen approfondi du caractère volontaire, la demande fondée sur la *Charte* dans laquelle l’accusé allègue que cette déclaration a été obtenue en violation du droit de garder le silence avant le procès, garanti par l’art. 7, ne saurait être accueillie » (par. 8 (je souligne)). La juge Charron a néanmoins précisé que « le droit de garder le silence et celui de recourir à l’assistance d’un avocat différent » (par. 43).

[97] So now we come to the right of counsel. It seems the police are to be given a third trump card. The detainee is not to be entitled to “*l’assistance d’un avocat*” after obtaining preliminary advice (presumably being advised to refuse to cooperate), unless there are changed circumstances such as “[n]on-routine procedures, like participation in a line-up or submitting to a polygraph [test that would] not generally fall within the expectation of the advising lawyer at the time of the initial consultation” (para. 50), or a change in legal jeopardy (para. 51), or an indication that a detainee “who has waived his right to counsel may not have understood his right”, or “if the police undermine the legal advice that the detainee has received” (para. 52). Although these categories are not “closed”, it is clearly stated that “the common police tactic of gradually revealing (actual or fake) evidence to the detainee in order to demonstrate or exaggerate the strength of the case against him” does not “automatically trigge[r] the right to a second consultation with a lawyer, giving rise to renewed s. 10(b) rights” (para. 60). In my view, we are not talking here of “renewed” or revived s. 10(b) rights. Until the lawyer is aware in at least a general way of the unfolding case being put to his or her client, the lawyer may be in no position to render — and the detainee may not receive — “*l’assistance d’un avocat*” in any meaningful sense.

[98] What now appears to be licensed as a result of the “interrogation trilogy” is that an individual (presumed innocent) may be detained and isolated for questioning by the police for at least five or six hours without reasonable recourse to a lawyer, during which time the officers can brush aside assertions of the right to silence or demands to be returned to his or her cell, in an endurance contest in which the police interrogators, taking turns with one another, hold all the important legal cards.

[99] In *Oickle* and *Singh*, and again in this case, the majority opinion emphasizes the important societal

[97] Nous en venons maintenant au droit à l’assistance d’un avocat. Il semble qu’on accorde à la police un troisième atout. Le détenu n’a pas droit à « l’assistance d’un avocat » après avoir obtenu des conseils préliminaires (vraisemblablement, celui de refuser de coopérer), sauf s’il y a un changement de circonstances — par exemple « des mesures peu habituelles, comme une séance d’identification ou un test polygraphique », auxquels « [l]’avocat chargé de conseiller le détenu au moment de la consultation initiale ne s’attend généralement pas » (par. 50), un changement du risque juridique (par. 51) ou une indication que le détenu « qui a renoncé à son droit à l’assistance d’un avocat n’a peut-être pas compris son droit », ou bien si « la police dénigre les conseils juridiques reçus par le détenu » (par. 52). Bien que ces catégories ne soient pas « limitatives », il est mentionné clairement que « la tactique, souvent utilisée par la police, de révéler petit à petit des éléments de preuve (réels ou faux) au détenu pour démontrer ou exagérer la solidité de la preuve contre lui [ne] donne [pas] automatiquement naissance au droit à une deuxième consultation avec un avocat en faisant renaître les droits garantis à l’al. 10b) » (par. 60). À mon avis, il n’est pas question en l’espèce de droits garantis par l’al. 10b) qui « renaîtraient » ou seraient revivifiés. Jusqu’à ce que l’avocat soit au courant, au moins d’une façon générale, des éléments de preuve qui sont dévoilés à son client, il risque de ne pas être en mesure de fournir une *assistance* utile — et le détenu risque d’être privé d’une telle assistance.

[98] En conséquence de la « trilogie de l’interrogatoire », la police pourra désormais, semble-t-il, détenir un individu (préssumé innocent), le garder en isolement pour lui poser des questions pendant au moins cinq ou six heures sans lui donner une possibilité raisonnable de consulter un avocat, et balayer pendant ce temps ses revendications du droit de garder le silence ou ses demandes de regagner sa cellule, dans le cadre d’une épreuve d’endurance au cours de laquelle les interrogateurs de la police, se relayant l’un l’autre, possèdent tous les atouts juridiques importants.

[99] Dans *Oickle* et dans *Singh*, et de nouveau dans la présente affaire, l’opinion de la majorité

interest in resolving crimes. This, of course, is a very valid consideration, but society also intends crimes to be solved in a framework that respects civil liberties and the fairness of the justice system: *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; and *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190. This includes “*l’assistance d’un avocat*”. For reasons already given, I do not believe the majority approach in this case reaches the threshold of meaningful assistance.

#### The Appellant’s More Expansive Approach to Section 10(b)

[100] The appellant would interpret s. 10(b) to give the lawyer a place in the interrogation room. This may be of interest to rich people (as Legal Aid across the country is in no position to fund such a service), but it is not clear what role the lawyer would play. Would the lawyer participate actively by vetting and objecting to questions and demanding “clarifications” or sit there like the proverbial potted plant? The former role risks bringing the tactics of the courtroom into the preliminaries of a police interrogation. There would be no judge present to referee clashes between the defence lawyer and the police interrogator (who might then understandably complicate matters further by involving a Crown Attorney).

[101] The appellant invokes *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), at p. 469, where the U.S. Supreme Court adopted the sweeping proposition:

The circumstances surrounding in-custody interrogation can operate very quickly to overbear the will of one merely made aware of his privilege by his interrogators. Therefore, the right to have counsel present at the interrogation is indispensable to the protection of the Fifth Amendment privilege under the system we delineate today. [Emphasis added.]

While LeBel and Fish JJ. say that they “are not advocating the adoption of the American rules

souligne l’intérêt de la société à ce que les crimes soient résolus. Il s’agit bien sûr d’une considération tout à fait valable, mais la société veut aussi que les crimes soient résolus dans un cadre qui respecte les libertés civiles et l’équité du système de justice (*R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; et *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190), y compris le droit à « l’assistance d’un avocat ». Or, pour les raisons déjà exposées, je ne crois pas que l’approche adoptée en l’espèce par la majorité satisfasse à l’exigence minimale en matière d’assistance utile.

#### L’interprétation plus large donnée par l’appellant à l’al. 10b)

[100] Selon l’appellant, l’al. 10b) doit être interprété de façon à donner à l’avocat une place dans la salle d’interrogatoire. Cela serait sans doute intéressant pour les gens fortunés (puisque nulle part au pays l’aide juridique n’est en mesure de financer un tel service), mais il est difficile de savoir quel rôle jouerait l’avocat. Participerait-il activement à l’interrogatoire en approuvant certaines questions, en s’opposant à d’autres et en demandant des « éclaircissements », ou ferait-il simplement figure de potiche? Dans le premier cas, les tactiques utilisées en salle d’audience risqueraient d’être introduites dans les préliminaires d’un interrogatoire de la police. Aucun juge ne serait présent pour arbitrer les affrontements entre l’avocat de la défense et l’interrogateur de la police (qui pourrait alors compliquer encore les choses en faisant intervenir un procureur de la Couronne, ce qui se comprend parfaitement).

[101] L’appellant invoque l’arrêt *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 469, où la Cour suprême des États-Unis a adopté le large principe suivant :

[TRADUCTION] Les circonstances de l’interrogatoire sous garde peuvent avoir très rapidement pour effet d’ébranler la volonté de quelqu’un qui a été simplement informé de son privilège par ses interrogateurs. Le droit d’avoir un avocat présent à l’interrogatoire est donc indispensable à la protection du privilège garanti par le Cinquième Amendement selon le système dont nous délimitons la portée aujourd’hui. [Je souligne.]

Les juges LeBel et Fish affirment qu’ils « ne préconis[ent] pas l’adoption au Canada des règles en

under *Miranda*” (para. 201), they are clear in their view that “early fears” raised by *Miranda* proved to be “unfounded” (para. 199). Whatever may be my colleagues’ eventual position (if any) on having counsel present during custodial interrogations, my own view is that adoption of the *Miranda* rule would seriously overshoot the purpose of s. 10(b) in the Canadian context, with its different structure of checks and balances. The need for caution not to overshoot the purpose of s. 10(b) was emphasized in a somewhat different context by Lamer J. in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368, at p. 385:

This limit on the rights of an arrested or detained person is essential because without it, it would be possible to delay needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or rendered impossible to obtain. The rights set out in the Charter, and in particular the right to retain and instruct counsel, are not absolute and unlimited rights. They must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society. An arrested or detained person cannot be permitted to hinder the work of the police by acting in a manner such that the police cannot adequately carry out their tasks. [Emphasis added.]

No doubt, a defence counsel sitting mute in the interrogation room would be better informed than one who is excluded, but the potential “to delay needlessly and with impunity” cannot be doubted by anyone who has experienced the disruptive force of even a moderately aggressive lawyer in a civil examination for discovery (a proceeding that is also un-refereed). Of course, the detainee (unlike the civil litigant) has a right to silence, but there is no corresponding obligation of silence placed on defence counsel. My colleagues LeBel and Fish JJ. rightly observe that police interrogations in a criminal case are not analogous to a civil examination for discovery (para. 173). Yes, the settings are different, but the potential for disruption is comparable.

[102] I do not suggest that defence counsel would deliberately abuse a right of access. I say only that

vigueur aux États-Unis en vertu de *Miranda* » (par. 201), mais ils expriment clairement l’avis que les « craintes initiales » soulevées par *Miranda* se sont révélées sans fondement (par. 199). Quelle que soit la position éventuelle de mes collègues sur la question de la présence de l’avocat pendant les interrogatoires sous garde, personnellement j’estime que l’adoption de la règle *Miranda* outrepasserait de beaucoup l’objet de l’al. 10b) dans le contexte canadien en raison de notre jeu de freins et contrepoids différent. La nécessité de veiller à ne pas dépasser l’objet de l’al. 10b) a été soulignée dans un contexte quelque peu différent par le juge Lamer dans *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368, p. 385 :

Cette limite aux droits d’une personne arrêtée ou détenue est essentielle puisque sans elle, il serait possible de retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu’une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir. Les droits énoncés dans la Charte, et en particulier le droit à l’assistance d’un avocat, ne sont pas des droits absolus et illimités. Ils doivent être exercés d’une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société. On ne peut permettre à une personne arrêtée ou détenue d’entraver le travail des policiers en lui permettant de faire en sorte que ces derniers ne puissent effectuer adéquatement leur tâche. [Je souligne.]

Il est certain que l’avocat de la défense présent sans rien dire dans la salle d’interrogatoire sera mieux informé que celui qui en est exclu. Mais quiconque a déjà vu la force perturbatrice d’un avocat même modérément combatif lors d’un interrogatoire préalable en matière civile (procédure où il n’y a pas non plus d’arbitre) ne peut mettre en doute le risque que l’enquête soit « retard[ée] inutilement et impunément ». Bien sûr, le détenu (contrairement au plaignant en matière civile) a le droit de garder le silence, mais l’avocat de la défense n’a pas l’obligation correspondante de garder le silence. Mes collègues les juges LeBel et Fish ont fait observer à juste titre que les interrogatoires de police dans une affaire criminelle ne sont pas analogues aux interrogatoires préalables en matière civile (par. 173). Il est vrai que le cadre est différent, mais les possibilités de perturbation sont comparables.

[102] Je ne dis pas que les avocats de la défense abuseraient délibérément d’un droit d’accès à la

inviting them into the interrogation room would, in my view, interpret s. 10(b) rights in a way that would excessively undermine the ability of the police to “adequately carry out their tasks”.

[103] Of course, nothing prevents Parliament from regulating the presence of counsel at a police interrogation, but in jurisdictions where this has been done, the legislature has generally taken care to spell out the applicable circumstances, e.g. the Australian Commonwealth *Crimes Act 1914*, Part IC, ss. 23G and 23L; the New South Wales *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002*, s. 123; the Queensland *Police Powers and Responsibilities Act 2000*; the English *Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984, c. 60, ss. 58 and 66; and related Practice Codes (including Code C — Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers), and the English *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, 1994, c. 33. Our Parliament and/or the provincial legislatures have not seen fit to introduce similar measures within their respective areas of jurisdiction.

#### Undershooting the Section 10(b) Right

[104] That said, I believe the majority view expressed by the Chief Justice and Charron J. *undershoots* the right. Their interpretation presupposes that a detainee is faced with a stark binary choice between cooperation and non-cooperation, whereas a properly informed detainee may choose to cooperate with the police in whole or in part on some issues but not on others. A lawyer’s “one size fits all” instruction to a detained individual to keep quiet and decline to cooperate may turn out to be terrible advice. As more information is put to the detainee in the course of the interrogation regarding the date, time, and circumstances of the offence, for example, it may emerge that he has an alibi but he will fail to disclose it — because the lawyer told him over the phone to say nothing — despite the fact it would be in the detainee’s interest to make such disclosure immediately. It may turn out — by way of another example — that there are

salle d’interrogatoire. Je dis simplement que le fait de les y inviter reviendrait, à mon avis, à donner aux droits garantis par l’al. 10b) une interprétation qui nuirait excessivement à la capacité des policiers d’« effectuer adéquatement leur tâche ».

[103] Rien n’interdit, bien sûr, au législateur de réglementer la présence de l’avocat lors d’un interrogatoire de la police, mais là où il l’a fait, il a généralement pris soin de décrire clairement les circonstances d’application, par exemple dans la *Crimes Act 1914* du Commonwealth australien, partie IC, art. 23G et 23L; dans la *Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002* de la Nouvelle-Galles du Sud, art. 123; dans la *Police Powers and Responsibilities Act 2000* du Queensland; dans la *Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984, ch. 60, art. 58 et 66, de l’Angleterre, et dans les codes de pratique connexes (dont le Code C — Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers) ainsi que dans la *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, 1994, ch. 33, de l’Angleterre. Ni le Parlement fédéral ni les assemblées législatives provinciales n’ont jugé bon d’instaurer des mesures analogues dans leurs sphères de compétence respectives.

#### Affaiblissement du droit garanti par l’al. 10b)

[104] Cela dit, je crois que le point de vue de la majorité exprimé par la Juge en chef et la juge Charron *affaiblit* le droit en question. Leur interprétation présuppose que le détenu fait face à un choix strictement binaire entre la coopération et la non-coopération, alors qu’un détenu bien informé peut choisir de coopérer avec la police entièrement ou en partie sur certains aspects mais non sur d’autres. Le conseil « passe-partout » que l’avocat donne au détenu de garder le silence et de refuser toute coopération peut dans certains cas se révéler désastreux. Lorsque de nouveaux renseignements lui sont dévoilés au cours de l’interrogatoire au sujet de la date, de l’heure et des circonstances de l’infraction, par exemple, le détenu peut se rendre compte qu’il dispose d’un alibi mais décide de ne pas en faire part parce que son avocat lui a recommandé au téléphone de ne rien dire, alors que ce serait dans son intérêt de le mentionner sans

a number of co-accused, in which case offering some additional information to lay the basis for an exculpatory “cutthroat” defence may be preferable to silence. Other facts may come to light giving the detainee a new interest in providing an explanation where previously the detainee declined to cooperate. There will be many matters unknown to the lawyer (and perhaps to the detainee) in their initial conversation. Preliminary advice might provide a snapshot of the applicable law and is, of course, a good start, but it hardly discharges the detainee’s right to meaningful legal “assistance”.

[105] There exists an intermediate position that would allow the detainee *reasonable* access to legal advice from time to time in the course of a police interrogation (which in this case, as stated, lasted about five hours) without defence counsel being actually present in the interrogation room. The Crown argues that any such approach would create difficult issues of line drawing for police interrogators: When should further consultation be allowed? When can it be delayed? How frequently is “reasonable”? The fact is, however, that unless the detainee is to have a constitutional right unilaterally to stop police questioning at any time merely by indicating a wish to speak to counsel (again) — a position which in my view tilts the balance too far against the community interest in law enforcement — it is inevitable that the police are going to have to make the reasonableness judgment in the first instance. I do not see this as deeply problematic. Police deal with “reasonableness” issues all the time. It is one of the organizing principles that govern their professional work. Various factors can provide guidance, as will be discussed. What is not acceptable, in my view, is to read down the s. 10(b) right for the purpose of making it easier for the police to administer it.

tarder. Il peut arriver — je donne un autre exemple — qu’il y ait des coaccusés; dans ce cas, il peut s’avérer préférable, plutôt que de garder le silence, de donner des renseignements additionnels sur lesquels pourra être fondé un moyen de défense consistant à se disculper en accusant les autres. Des faits nouveaux peuvent être mis au jour et procurer au détenu de nouvelles raisons de donner une explication alors qu’il avait jusque-là refusé de coopérer. Il y aura bien des choses que l’avocat (et peut-être le détenu lui-même) ne sait pas lors de la conversation initiale. Les conseils préliminaires donnent un aperçu du droit applicable et constituent, certes, un bon point de départ, mais ils ne suffisent certainement pas à épuiser le droit du détenu à une « assistance » juridique utile.

[105] Il existe une position intermédiaire, qui reconnaîtrait au détenu un droit d’accès *raisonnable* à des conseils juridiques de temps à autre au cours d’un interrogatoire de la police (qui en l’espèce, comme je l’ai indiqué, a duré environ cinq heures) sans que l’avocat de la défense se trouve dans la salle d’interrogatoire. Le ministère public fait valoir qu’une solution de ce genre créerait des difficultés aux interrogateurs de la police pour l’établissement de la ligne de démarcation : Dans quels cas faut-il permettre une autre consultation? Dans quels cas peut-elle être différée? Quelle fréquence peut être considérée comme « raisonnable »? Il reste cependant que, sauf si le détenu a le droit constitutionnel d’arrêter unilatéralement les questions de la police à tout moment simplement en indiquant qu’il désire parler à un avocat (encore une fois) — position qui, à mon avis, fait trop pencher la balance contre l’intérêt de la communauté à ce que la loi soit appliquée —, il est inévitable que la police devra en premier lieu faire preuve de jugement quant au caractère raisonnable. Cela ne pose pas, à mon avis, un énorme problème. Les policiers ont constamment à résoudre des problèmes relatifs à la détermination de ce qui est « raisonnable ». C’est l’un des principes directeurs de leur profession. Divers éléments peuvent les guider à cet égard, comme nous le verrons. Ce qui n’est pas acceptable, à mon sens, c’est d’atténuer la portée du droit garanti à l’al. 10b) dans le but d’en faciliter l’application pour la police.

Grounds for Further Consultation

[106] What gives grounds for a further consultation will depend on the evolving circumstances. The police are not, in my opinion, required to shut down their interrogation simply because the detainee expresses a desire to consult again with counsel as seemingly advocated by my colleagues LeBel and Fish JJ. (para. 177). On the other hand, the need for a further consultation (and thus a suspension but not a termination of the interrogation) may arise, I believe, in circumstances beyond those contemplated by my colleagues the Chief Justice and Charron J. I accept that the detainee's request must be for the purpose of the s. 10(b) right — i.e. related to the need for *legal* assistance — and not simply to delay or distract from the sort of police interrogation approved in *Oickle* and *Singh*. Moreover, justification for such additional consultation(s) must find objective support in factors which would include (but are not limited to):

1. The extent of prior contact with counsel. Was it an extended consultation or a cursory telephone call?
2. The length of the interview at the time of the request. A request made after an hour of questioning may carry more weight than one made as soon as the questioning begins.
3. The extent of other information (true or false) provided by the police to the detainee about the case during the interrogation, which may reasonably suggest to the detainee that the advice in the initial consultation may have been overtaken by events.
4. The existence of exigent or urgent circumstances that militate against any delay in the interrogation.
5. Whether an issue of a legal nature has arisen in the course of the interrogation, e.g. if the

Motifs justifiant une autre consultation

[106] Ce qui peut justifier une autre consultation dépendra de l'évolution des circonstances. La police n'est pas tenue, selon moi, de mettre fin à son interrogatoire simplement parce que le détenu exprime le désir de consulter de nouveau un avocat, comme semblent le préconiser mes collègues les juges LeBel et Fish (par. 177). Par contre, la nécessité d'une autre consultation (entraînant la suspension mais non l'arrêt définitif de l'interrogatoire) peut se présenter, selon moi, dans des circonstances différentes de celles envisagées par mes collègues la Juge en chef et la juge Charron. Je conviens que la demande du détenu doit cadrer avec l'objet du droit garanti par l'al. 10b) — c.-à-d. se rapporter au besoin d'assistance *juridique* — et ne doit pas simplement retarder le genre d'interrogatoire de police approuvé dans *Oickle* et dans *Singh* ou permettre au détenu de s'y soustraire temporairement. En outre, la justification de cette autre ou de ces autres consultations doit reposer sur un fondement objectif, y compris les facteurs suivants :

1. La portée de la communication antérieure avec l'avocat. S'agit-il d'une consultation en profondeur ou d'un appel téléphonique superficiel?
2. La durée de l'entretien au moment de la demande. Une demande faite après une heure de questions risque d'avoir plus de poids qu'une demande faite dès le début de l'entretien.
3. L'ampleur des autres renseignements (vrais ou faux) fournis au détenu par la police au sujet de l'affaire pendant l'interrogatoire, dont il est raisonnable de croire qu'elle peut amener le détenu à penser que les conseils reçus lors de la consultation initiale ont peut-être perdu de leur pertinence en raison de la tournure des événements.
4. L'existence de circonstances pressantes incitant fortement à ne pas retarder l'interrogatoire.
5. La survenance d'un incident de nature juridique au cours de l'interrogatoire — par exemple si

police bring forward “similar fact” occurrences allegedly involving the detainee, he or she might legitimately want to understand how a response to questions on those collateral events might impact potential liability on the crime charged.

6. The mental and physical condition of the detainee, including signs of fatigue or confusion, to the extent that this is or ought to be apparent to the interrogator.

[107] The Chief Justice and Charron J. argue that their truncated interpretation of s. 10(b) would be easier for the police to administer. No doubt, this is true. Rights during an interrogation will be harder to administer than no rights. My colleagues state:

Finally, the proposed test is so vague that it is impractical. No doubt, courts over the years would sort out these problems as best they can. But these efforts will leave a trail of *Charter* motions, appeals and second trials in their wake. [para. 59]

This “floodgates” argument, also advocated by the Crown, has been rejected in numerous *Charter* contexts notwithstanding that the elaboration of *Charter* rights have generally left in their wake “a trail of *Charter* motions, appeals and second trials”. The *Charter* is framed in general language. Litigation is inevitable. The criminal justice system might well work more smoothly and efficiently from the crime-stopper’s perspective if we had no *Charter*, but so long as we do have a *Charter*, s. 10(b) like other *Charter* rights should be given a broad interpretation consistent with its purpose. If it takes time to work out its proper amplitude, so be it.

[108] Is the test suggested above vague and impractical? “Reasonableness” is a constitutional standard that is widely employed and is familiar to the police. Officers regularly consult with Crown counsel and have experience in determining when

la police évoque des « faits similaires » dans lesquels le détenu serait impliqué, il pourrait légitimement vouloir comprendre l’incidence qu’une réponse aux questions sur ces faits connexes pourrait avoir sur une éventuelle responsabilité à l’égard du crime reproché.

6. L’état psychologique et physique du détenu, notamment les signes de fatigue ou de confusion, dans la mesure où cet état est apparent ou devrait l’être pour l’interrogateur.

[107] La Juge en chef et la juge Charron font valoir que leur interprétation tronquée de l’al. 10b) faciliterait la tâche de la police. Cela ne fait aucun doute : l’existence de droits pendant l’interrogatoire lui rendra la vie plus difficile que l’absence de droits. Mes collègues écrivent :

Enfin, le test proposé est si vague qu’il est difficile à appliquer. Il est certain qu’au fil des ans les tribunaux règlent ces problèmes du mieux qu’ils peuvent. Tous ces efforts laisseront toutefois dans leur sillage une série de requêtes, d’appels et de deuxième procès fondés sur la *Charte*. [par. 59]

Cet argument de « l’avalanche de poursuites », également invoqué par le ministère public, a été rejeté dans nombre de contextes relevant de la *Charte* malgré le fait que l’élaboration de droits fondés sur celle-ci a généralement laissé dans son sillage « une série de requêtes, d’appels et de deuxième procès fondés sur la *Charte* ». La *Charte* est rédigée en termes généraux. Les litiges sont inévitables. Le système de justice criminelle fonctionnerait peut-être plus en douceur et plus efficacement du point de vue des autorités chargées de la répression du crime s’il n’y avait pas de *Charte*, mais tant que la *Charte* existe, le droit garanti par l’al. 10b) doit recevoir, comme les autres droits prévus par la *Charte*, une interprétation large qui soit compatible avec son objet. S’il faut du temps pour en déterminer la portée exacte, qu’il en soit ainsi.

[108] Le test proposé ci-dessus est-il vague et difficile à appliquer? La « raisonabilité » est une norme constitutionnelle largement employée et bien connue de la police. Les policiers consultent régulièrement les avocats du ministère public

taking counsel is reasonably necessary. The police are regularly involved in search and seizure activity; yet s. 8 of the *Charter*, they know, protects only against “unreasonable search or seizure”. In the case of a warrantless search, the Crown must establish that the manner in which the police carried out the search was *reasonable*: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278. The police must, therefore, determine in the first instance the extent of the rights of the individuals they wish to search. Even within s. 10(b) the police will often be required to decide whether a detainee has exercised *reasonable* diligence in the initial exercise of his s. 10(b) rights. The police must wait a *reasonable* time for the detainee to get in touch with counsel before proceeding with questioning. The police deal routinely with these and other aspects of “reasonableness”, and I see no reason why they should not be capable of treating s. 10(b) reasonableness in relation to a demand for further consultation with counsel with the same level of professionalism.

[109] The existence of a s. 10(b) right creates a correlative duty (or responsibility) on the part of the police to respect and implement that right. However, as mentioned at the outset, there seems to be a certain dissonance emerging in the court’s view of the police capacity for judgment when it comes to the determination (in the first instance) of their own previously unrecognized *powers* at common law (see, e.g., *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725), and police capacity in making determinations (in the first instance) about their *duties* and *responsibilities*.

[110] In the recent case of *R. v. Waugh*, 2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139, a police officer decided that he had the power to impound a motor vehicle he believed to be uninsured. He had no statutory authority to do so. The correctness of the police decision to seize the car, accordingly, fell to be decided under the *Dedman/Waterfield* test

et ont de l’expérience pour déterminer quand la consultation d’un avocat est raisonnablement nécessaire. Ils sont régulièrement appelés à agir en matière de fouille, perquisition et saisie, et pourtant ils savent que la garantie prévue à l’art. 8 de la *Charte* protège seulement contre les « fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Dans le cas d’une fouille ou perquisition sans mandat, le ministère public doit établir qu’elle *n’a pas été effectuée d’une manière abusive* par la police : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278. La police doit par conséquent déterminer au départ la portée des droits des individus qu’elle souhaite fouiller. Même dans le cadre de l’al. 10b), elle se verra souvent appelée à décider si le détenu a fait preuve de diligence *raisonnable* dans l’exercice initial de ses droits prévus par l’al. 10b). Avant de poser des questions au détenu, elle doit attendre un délai *raisonnable* pour lui permettre de communiquer avec un avocat. Elle est couramment aux prises avec ces aspects — et d’autres — de la « raisonabilité »; je ne vois pas pourquoi elle ne pourrait pas faire preuve du même degré de professionnalisme lorsqu’il s’agit de juger du caractère raisonnable d’une demande de consultation supplémentaire fondée sur l’al. 10b).

[109] L’existence d’un droit prévu par l’al. 10b) impose à la police l’obligation (ou la responsabilité) corrélatrice de respecter et d’appliquer ce droit. Toutefois, comme je l’ai mentionné au début, une certaine discordance semble se dégager dans le point de vue de la Cour quant à la capacité de la police de faire preuve de jugement lorsqu’il s’agit de déterminer (au départ) ses *pouvoirs* non reconnus auparavant par la common law (voir p. ex. *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725), ou quant à sa capacité de prendre des décisions (au départ) au sujet de ses *obligations* et *responsabilités*.

[110] Dans l’affaire récente *R. c. Waugh*, 2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139, un agent de police a décidé qu’il avait le pouvoir de mettre en fourrière un véhicule automobile qu’il croyait non assuré. Or la loi ne lui conférait pas ce pouvoir. Pour statuer sur le bien-fondé de la décision de la police de saisir le véhicule, il fallait donc recourir au test *Dedman/*

(*R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.)), which incorporates two rather vague criteria, namely (1) did the police conduct in question fall within the “general scope of any duty imposed by statute or recognized at common law”, and (2) did such conduct “albeit within the general scope of such a duty, involv[e] an unjustifiable use of powers associated with the duty” (para. 26)? Blair J.A., for the Ontario Court of Appeal, conceded that:

the common law has never explicitly recognized the authority of the police to tow a vehicle as deriving from their general police duties. However, I see no reason why that should not be the case provided the *Dedman/Waterfield* test is met in the circumstances and provided the police act reasonably and prudently. Here, in my view, the test is met and the police acted reasonably and prudently. [para. 27]

(There’s that “reasonably” word linked to police judgment again!) The *Dedman/Waterfield* test poses quite an abstract assessment for the police to make when deciding if they can seize a motor vehicle (*Waugh*), or blockade the parking lot of a strip club based on a 9-1-1 gun call (*Clayton*), or initiate a random road stop without statutory authority (*Dedman*), or detain someone on the street for questioning even if the police possess no reasonable and probable grounds to believe that the person was involved in criminal activity (*R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59). In all these cases, the police made the initial determination of their previously unrecognized powers, and the courts held that the police got it right.

[111] My colleagues LeBel and Fish JJ. object to this “intermediate position” on s. 10(b) with the argument that the exercise of the right to counsel “cannot be made to depend on an interrogator’s opinion” (para. 172), and “we do not accept that fresh access to counsel is limited to situations where *the police interrogator* is satisfied either

*Waterfield* (*R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.)), qui comporte deux critères plutôt vagues, à savoir (1) est-ce que la conduite policière en cause entre dans [TRADUCTION] « le cadre général d’un devoir imposé par une loi ou reconnu par la common law » et (2) est-ce qu’une telle conduite, [TRADUCTION] « bien que dans le cadre général d’un tel devoir, a comporté un emploi injustifiable des pouvoirs découlant de ce devoir » (par. 26)? Le juge Blair, de la Cour d’appel de l’Ontario, a admis que :

[TRADUCTION] la common law n’a jamais reconnu explicitement que le pouvoir de la police de remorquer un véhicule découle de ses fonctions générales. Je ne vois cependant pas pourquoi cela ne devrait pas être le cas, pourvu qu’il soit satisfait au test *Dedman/Waterfield* dans les circonstances et que la police agisse d’une manière raisonnable et prudente. En l’espèce, à mon avis, il est satisfait au test, et la police a agi d’une manière raisonnable et prudente. [par. 27]

(Voilà encore une fois cette notion de « raisonnable » qui est liée au jugement dont doit faire preuve la police!) Le test *Dedman/Waterfield* impose à la police une évaluation plutôt abstraite lorsqu’il lui faut décider si elle peut saisir un véhicule (*Waugh*), établir un barrage routier à l’entrée du stationnement d’un club de danseuses nues par suite d’un appel au 9-1-1 signalant la présence d’armes à feu (*Clayton*), procéder à l’interception au hasard d’un véhicule sans y être autorisée par la loi (*Dedman*) ou détenir une personne dans la rue pour lui poser des questions même si la police n’a aucun motif raisonnable et probable de croire que la personne est mêlée à une activité criminelle (*R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59). Dans tous ces cas, la police a conclu au départ à l’existence de pouvoirs qui ne lui étaient pas reconnus jusque-là, et les tribunaux lui ont donné raison.

[111] Mes collègues les juges LeBel et Fish s’opposent à la présente « position intermédiaire » à l’égard de l’al. 10b), soutenant que l’exercice du droit à l’assistance d’un avocat « ne peu[t] être subordonn[é] ainsi à l’opinion d’un enquêteur » (par. 172) et affirmant qu’ils « n’accept[ent] pas la thèse selon laquelle la possibilité de consulter de

that there has been a material change in circumstances, or that the request is not made in an effort to delay or distract” (para. 179 (emphasis in original)). This is a curious argument. In every interaction between the police and the citizen, the police have to assess, in the first instance, the limits of their authority and the extent of the rights and liberties sought to be exercised by the person they are dealing with. This is true of the individual’s right to drive out of a parking lot (*Clayton*), resist a body search (*Mann*), or walk away from a police officer despite the command: “Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere” (*R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, at para. 9). Equally, short of inserting a judge (as well as defence counsel) into the police interrogation room, it will always be for the interrogator to determine *in the first instance* whether the s. 10(b) right is invoked reasonably. The alternative is to allow the detainee to shut down the interrogation simply by uttering the magic words, “I want to speak to my lawyer NOW”, a form of unilateral control by the detainee seemingly embraced by my colleagues LeBel and Fish JJ., at para. 177.

[112] While I agreed with the dissent of Fish J. in *Singh*, I do not see the proper role of s. 10(b) as a trump card to be played against the majority judgment in *Singh* by giving the detainee the power under s. 10(b) to unilaterally bring a halt to the custodial interrogation in a way that Singh’s repeated assertion of a desire to return to his cell failed to accomplish. Section 10(b) should be understood and construed in its own terms and for its own purposes. The result of my colleagues’ interpretation is to make the detainee the sole judge of further consultations with counsel even if, viewed objectively, such demands are made whimsically or capriciously.

[113] In my view, the police are entitled in the first instance to assess the objective circumstances surrounding the s. 10(b) request. Their assessment

nouveau un avocat est réservée aux cas où *le policier conduisant l’interrogatoire* est convaincu soit de l’existence d’un changement important de circonstances, soit que la demande ne vise pas à retarder l’enquête policière ou à s’y soustraire temporairement » (par. 179 (en italique dans l’original)). C’est un curieux argument. Dans toute interaction entre la police et le citoyen, la police doit évaluer en premier lieu les limites de ses pouvoirs ainsi que la portée des droits et libertés que veut exercer la personne à qui elle a affaire. Il en est ainsi du droit de sortir en voiture d’un parc de stationnement (*Clayton*), de résister à une fouille corporelle (*Mann*) ou de s’éloigner d’un policier malgré l’ordre qui est donné : « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez » (*R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, par. 9). De même, à moins de planter un juge (et aussi un avocat de la défense) dans la salle d’interrogatoire, ce sera toujours à l’interrogateur de déterminer *en premier lieu* s’il est raisonnable d’invoquer le droit garanti par l’al. 10(b). L’autre solution consiste à permettre au détenu de mettre fin à l’interrogatoire par cette simple déclaration : « Je veux parler à mon avocat MAINTENANT », forme de contrôle unilatéral par le détenu que mes collègues les juges LeBel et Fish semblent accepter (par. 177).

[112] Même si j’ai souscrit aux motifs dissidents du juge Fish dans *Singh*, je ne considère pas qu’on puisse vraiment opposer l’al. 10(b) au jugement de la majorité dans *Singh* et reconnaître au détenu, en vertu de cette disposition, le pouvoir de mettre fin unilatéralement à l’interrogatoire sous garde d’une façon que le détenu dans *Singh* n’a pas réussi à faire en invoquant à maintes reprises son désir de regagner sa cellule. Il faut comprendre et interpréter l’al. 10(b) selon son libellé et son objet. L’interprétation que proposent mes collègues a pour résultat de faire du détenu le seul juge de l’utilité de consultations supplémentaires avec l’avocat, même si, d’un point de vue objectif, de telles demandes sont présentées de façon capricieuse.

[113] Selon moi, la police a le droit en premier lieu d’évaluer les circonstances objectives de la demande fondée sur l’al. 10(b). Son évaluation est toujours

is always reviewable by a judge, in the fullness of time, and with the luxury of hindsight. If the police have got it wrong, the prosecution will pay the price.

[114] I cannot think that the police assessment of whether a detainee's request to consult counsel falls within the purpose of s. 10(b) — access to proper legal assistance — is any more difficult than whether setting up a random road stop falls within the general concept of police “duty”. Nor is determining whether access to counsel is justified by the objective circumstances of the interrogation any more difficult to assess than whether the existence of the police power to blockade the parking lot of a strip club is “unjustifiable”. In *Clayton*, moreover, a majority of the Court held that police powers thus defined will necessarily be “consistent with *Charter* values” because justification for the police conduct under the *Dedman/Waterfield* test focusses on “whether the interference with liberty is necessary given the extent of the risk and the liberty at stake, and no more intrusive to liberty than reasonably necessary to address the risk” (para. 21 (emphasis added)). If the police are handed the task of making such on-the-spot judgment calls “reasonably necessary” in relation to previously unrecognized police powers, why is it beyond police capacity to assess their responsibilities in the course of a custodial interrogation? Why are general criteria satisfactory for police to assess their powers but “so vague” as to be “impractical” in relation to their duty to respect a detainee's right to counsel? The answer is that police are quite capable of making both types of judgment calls *in the first instance*.

[115] I agree with my colleagues the Chief Justice and Charron J. that “[n]o doubt, courts over the years would sort out these problems as best they can” (para. 59). This is so — just as the courts (and police) have sorted out (and continue to sort out) every other *Charter* problem “as best they can”. The essential fairness of our system of justice is

soumise à une révision par un juge, qui dispose du temps nécessaire et du luxe du recul. Si la police a eu tort, la poursuite en paiera le prix.

[114] Je ne peux pas croire qu'il soit plus difficile pour la police de juger si la demande du détenu de consulter un avocat cadre avec l'objet de l'al. 10b) — l'accès à une véritable assistance juridique — que de juger si l'interception au hasard d'un véhicule s'inscrit dans la notion générale de « devoir » de la police. Et il n'est sûrement pas plus difficile de déterminer si l'accès à l'assistance d'un avocat est justifié par les circonstances objectives de l'interrogatoire que de juger si l'existence du pouvoir de la police d'établir un barrage à l'entrée du stationnement d'un club de danseuses nues est « injustifiable ». Dans *Clayton*, en outre, la majorité de la Cour a conclu que des pouvoirs de la police ainsi définis seront nécessairement « compatibles avec les valeurs de la Charte » parce que la justification de la conduite de la police selon le test *Dedman/Waterfield* est centrée sur le fait que « l'entrave à la liberté [. . .] était nécessaire vu l'étendue du risque et la liberté en jeu et qu'elle n'était attentatoire que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour faire face au risque » (par. 21 (je souligne)). Si la police se voit confier la tâche de juger ainsi, sur le moment, de ce qui est « raisonnablement nécessaire » pour ce qui est de ses pouvoirs jusque-là non reconnus, pourquoi serait-elle incapable d'évaluer ses responsabilités au cours d'un interrogatoire sous garde? Pourquoi des critères généraux sont-ils considérés comme satisfaisants lorsqu'il s'agit pour la police d'évaluer ses pouvoirs, mais comme « vagues » au point d'être « difficiles à appliquer » lorsqu'il est question de son devoir de respecter le droit du détenu à l'assistance d'un avocat? La réponse est que la police est parfaitement capable, dans les deux cas, de faire preuve de jugement *en premier lieu*.

[115] Je conviens avec mes collègues la Juge en chef et la juge Charron qu'« [i]l est certain qu'au fil des ans les tribunaux règlent ces problèmes du mieux qu'ils peuvent » (par. 59). C'est vrai — tout comme les tribunaux (et la police) ont résolu (et continuent à le faire) chaque problème visé par la *Charte* « du mieux qu'ils peuvent ». L'équité essentielle de notre

at stake in police interrogations. We should not be dissuaded from giving the s. 10(b) right its full expression by the Crown's invocation of a *bright line* for ease of administration.

### Application to the Facts of This Case

[116] The relevant facts are set out in the majority opinion. For my purposes, it is important to note that about half way through the interrogation (i.e. after about two and a half hours of questioning), Sgt. Skrine gave an account of how he thought the appellant, while intoxicated, had killed the victim in a blind rage. He said “[t]he evidence here is absolutely overwhelming”, but he didn’t say what it was. He claimed (falsely) the existence of incriminating DNA at the crime scene. The appellant’s responses were non-committal. When Sgt. Skrine told the appellant that he shouldn’t take the interview lightly, the appellant said:

Sinclair: I don’t take any of this lightly. That’s at least I’m not sure, I’m not talking right now and I wanna see my lawyer and stuff but like I don’t take anything you’re saying lightly. [Emphasis added; Supp. A.R., at p. 58.]

[117] A few minutes later, the police officer again hammered home the message that further resistance would be futile:

Skrine: . . . Maybe you’re sitting there with some glimmer of hope. Some glimmer of hope that this is all gonna go away. But it’s not. It is not gonna go away. You are done. The evidence here is absolutely overwhelming. Absolutely overwhelming. And you can’t change that. The only questions left are why.

Sinclair: I want my lawyer to look through all that.

Skrine: Your lawyer’s gonna get all that. [Emphasis added; Supp. A.R., at p. 59.]

système de justice est en jeu dans les interrogatoires de police. L’invocation par le ministère public d’une *ligne de démarcation nette* pour faciliter la tâche à l’administration ne devrait pas nous dissuader de donner au droit garanti par l’al. 10b) sa pleine expression.

### Application aux faits de la présente affaire

[116] Les faits pertinents sont décrits dans l’opinion de la majorité. Pour les besoins des présents motifs, il est important de noter que vers le milieu de l’interrogatoire (soit après environ deux heures et demie de questions), le sergent Skrine a expliqué pourquoi il croyait que l’appelant, alors sous l’empire de l’alcool, avait tué la victime dans un accès de rage aveugle. Il a dit : [TRADUCTION] « [l]a preuve ici est absolument accablante », mais sans préciser en quoi elle consistait. Il a mentionné (faussement) l’existence de preuve génétique incriminante sur les lieux du crime. Les réponses de l’appelant étaient évasives. Lorsque le sergent Skrine lui a dit qu’il ne devrait pas prendre l’entretien à la légère, l’appelant a répondu :

[TRADUCTION]

Sinclair : Je ne prends rien de tout ça à la légère. Du moins je ne suis pas sûr, je ne veux rien dire maintenant et je veux voir mon avocat, et tout ça, mais non, je ne prends rien de ce que vous dites à la légère. [Je souligne; d.a. compl., p. 58.]

[117] Quelques minutes plus tard, le policier a encore une fois martelé le message qu’il serait futile de continuer à résister :

[TRADUCTION]

Skrine : . . . Peut-être que tu as encore une lueur d’espoir. Un petit espoir que tout ça va se terminer. Mais non, ça ne va pas se terminer. Tu es fait. La preuve est absolument accablante. Absolument accablante. Et ça, tu ne peux rien y faire. Les seules questions qui restent, c’est pourquoi.

Sinclair : Je veux que mon avocat examine tout ça.

Skrine : Ton avocat va avoir tout ça. [Je souligne; d.a. compl., p. 59.]

But of course Sgt. Skrine did not intend the lawyer to “get all that” until after the appellant’s confession was in the bag. Then, again, a little further on:

- Skrine: . . . There had to be something that caused the snap. Hey? You didn’t do this without reason, right? Hmm? Trent? You killed Gary because you enjoy it right? Hmm? Gary? Er Trent?
- Sinclair: I wanna talk to my lawyer.
- Skrine: Trent you talked to your lawyer already, okay?
- Sinclair: For a minute on the phone, that’s no, I wanna talk to him when he’s . . . when I see him on Monday.
- Skrine: Well you’ll have an opportunity to talk to him again, but you already talked to him twice, okay Trent. And you know what? And nobody can come in and make this decision for you but you.
- Sinclair: When my lawyer comes. . . [Supp. A.R., at p. 67]

[118] The initial refusal to allow the appellant to consult further with his counsel did not constitute a breach. The breach occurred when after several hours or so of suggestions (subtle and not so subtle) and argument, Sgt. Skrine confronted the appellant with what he said was “absolutely overwhelming” evidence linking the appellant to the crime and the appellant repeated his desire to consult with his counsel before going further. At least in part, the appellant must have wondered if the initial 360 seconds of legal advice was still valid. Given the unfolding of new information up to that point in the interview, his request to speak again to counsel was reasonable, and the police refusal of that further consultation was, in my view, a breach of s. 10(b).

[119] The appellant’s subsequent admissions to the undercover officer in the jail cell were “part of the same transaction or course of conduct” as the

Mais bien entendu, il n’était pas dans l’intention du sergent Skrine que l’avocat [TRADUCTION] « ait tout ça » avant que les aveux de l’appelant soient dans le sac. Puis, un peu plus tard :

[TRADUCTION]

- Skrine : . . . Il y a sûrement eu un élément déclencheur. Hein? Tu n’as pas fait ça sans raison, pas vrai? Hein? Trent? Tu as tué Gary parce que tu aimes ça, pas vrai? Hein? Gary? Euh, Trent?
- Sinclair : Je veux parler à mon avocat.
- Skrine : Trent, tu as déjà parlé à ton avocat, d’accord?
- Sinclair : Pendant une minute au téléphone, c’est pas, je veux lui parler quand il [. . .] quand je le verrai lundi.
- Skrine : Eh bien, tu auras l’occasion de lui parler de nouveau, mais tu lui as déjà parlé deux fois. D’accord, Trent? Et tu sais quoi? Et personne d’autre que toi ne peut venir ici et prendre cette décision pour toi.
- Sinclair : Quand mon avocat viendra. . . [d.a. compl., p. 67]

[118] Le refus initial de permettre à l’appelant de consulter de nouveau son avocat ne constituait pas une violation de ses droits. Cette violation s’est produite lorsque, après plusieurs heures de suggestions (subtiles et moins subtiles) et d’argument, le sergent Skrine a parlé à l’appelant de la preuve [TRADUCTION] « absolument accablante », selon ses termes, qui reliait l’appelant au crime, et celui-ci a réitéré son désir de consulter son avocat avant de continuer. L’appelant a dû se demander, au moins dans une certaine mesure, si les conseils juridiques reçus lors de la consultation initiale de 360 secondes étaient toujours valables. Étant donné la révélation de nouveaux éléments d’information depuis le début de l’entretien, sa demande de parler de nouveau à son avocat était raisonnable, et le refus de la part de la police de lui accorder cette nouvelle consultation constituait, selon moi, une violation de l’al. 10(b).

[119] Les aveux ultérieurs de l’appelant devant un agent d’infiltration placé dans sa cellule faisaient « partie de la même opération ou de la même ligne

statement to Sgt. Skrine (*R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235, at para. 21) and were thus tainted, because the appellant's reason for confessing to the undercover officer was explicitly linked to the fact that he had just given himself up in the interrogation room: "They've got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I'm going away for a long time but I feel relieved" (trial judge, at para. 40). The same is true of the re-enactment. Without the initial statement to Sgt. Skrine, it would not have taken place. This causal connection is sufficient to establish the requisite link.

[120] In sum, the statement to the undercover officer and the evidence produced by the re-enactment cannot be separated from the earlier breach of s. 10(b) and were therefore obtained in breach of the *Charter*.

[121] I would have excluded the evidence under s. 24(2) in light of the general presumption of exclusion of unconstitutionally obtained statements: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

[122] In my view, the appeal should be allowed and a new trial ordered.

The reasons of LeBel, Fish and Abella JJ. were delivered by

LEBEL AND FISH JJ. (dissenting) —

## I. Overview

[123] This case concerns the reasonable limits that can be placed on the effective exercise by detainees of their constitutionally entrenched right to counsel, in the face of relentless custodial interrogation. At its core, it again raises the question "whether 'no' means 'yes' where a police interrogator refuses to take 'no' for an answer from a detainee under his total control" (*R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, at para. 55).

de conduite » que la déclaration au sergent Skrine (*R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235, par. 21) et étaient par conséquent viciés, étant donné le lien explicite entre le motif l'ayant amené à se confesser à cet agent d'infiltration et le fait qu'il venait de capituler dans la salle d'interrogatoire : [TRADUCTION] « Ils m'ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé » (juge du procès, par. 40). Cela vaut aussi pour la reconstitution. Sans la déclaration initiale au sergent Skrine, elle n'aurait pas eu lieu. Ce lien de causalité suffit à établir l'existence du lien requis.

[120] En somme, la déclaration à l'agent d'infiltration et la preuve émanant de la reconstitution ne peuvent être dissociées de la violation antérieure de l'al. 10b) et ont par conséquent été obtenues en violation de la *Charte*.

[121] J'aurais écarté les éléments de preuve en application du par. 24(2) compte tenu de la présomption générale d'exclusion des déclarations obtenues d'une façon inconstitutionnelle : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

[122] Selon moi, le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès doit être ordonné.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish et Abella rendus par

LES JUGES LEBEL ET FISH (dissidents) —

## I. Aperçu

[123] Le présent pourvoi porte sur les limites raisonnables qui peuvent être imposées à l'exercice effectif par les détenus de leur droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat, au cours d'interrogatoires menés avec acharnement durant leur détention. Fondamentalement, il soulève une fois de plus la question de « savoir si "non" veut dire "oui" lorsque le policier qui effectue un interrogatoire refuse d'accepter le "non" donné comme réponse par un détenu qui est entièrement sous son contrôle » (*R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, par. 55).

[124] As we shall later explain, the right to counsel is inextricably bound up with, although not subsumed by, the right to silence. One supports the other, particularly in the context of custodial interrogation and, more particularly still, where a detainee who has repeatedly invoked his right to silence is systematically denied access to counsel by a determined police officer who relentlessly pursues the interrogation of the detainee under his total control “in an effort to get [the detainee] to confess, *no matter what*” (*Singh*, at para. 59 (emphasis in original)). At its core, that is what this appeal is about: The focus in *Singh* was on the right to silence; our concern in this case is with the right to counsel. Both rights are constitutionally guaranteed. We know from experience that, in the context of custodial interrogations, *you can't have one without the other*.

[125] We disagree with the disposition proposed by the Chief Justice and Charron J. Moreover, we do not agree with their analysis of the scope and purpose of the s. 10(b) right to counsel in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A proper understanding of this right should acknowledge that it is far broader than their reasons indicate, and reflects the role that counsel plays in the life of the law, the protection of the rule of law and, particularly, in the administration of criminal justice. In essence, our colleagues' approach also subjects the exercise of the right to consult counsel to a detainee's successful demonstration, to the satisfaction of the police, that there have been fresh developments amounting to a material or substantial change in jeopardy. We are concerned, too, that their conclusion tends to erode the very basic principles of Canadian criminal law, particularly the protection against self-incrimination and the presumption of innocence.

[126] We therefore hold that Mr. Sinclair's constitutionally protected right to counsel was infringed in this case, because his police interrogators prevented him from obtaining the legal advice to

[124] Comme nous l'expliquerons plus loin, le droit à l'assistance d'un avocat, quoiqu'il soit inextricablement lié au droit de garder le silence, s'exerce de façon autonome par rapport à celui-ci. L'un soutient l'autre, en particulier dans le contexte de l'interrogatoire, et encore plus précisément, lorsque le détenu qui a invoqué à maintes reprises son droit au silence se voit systématiquement refuser l'accès à l'assistance d'un avocat par un policier déterminé qui poursuit avec acharnement l'interrogatoire du détenu — lequel se trouve entièrement sous son contrôle — « dans le but [de l']amener à passer aux aveux, *coûte que coûte* » (*Singh*, par. 59 (souligné dans l'original)). En soi, c'est ce dont il est question en l'espèce : l'arrêt *Singh* est centré sur le droit au silence; le présent pourvoi porte sur le droit à l'assistance d'un avocat. La Constitution garantit les deux droits. Nous savons par expérience que, dans le contexte de l'interrogatoire, *l'un ne va pas sans l'autre*.

[125] Nous ne souscrivons pas au dispositif proposé par la Juge en chef et la juge Charron. Nous ne partageons pas non plus leur analyse de la portée et de l'objet du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En réalité, ce droit a une portée bien plus étendue que ce qu'indiquent leurs motifs, puisqu'il reflète le rôle fondamental joué par l'avocat dans l'application quotidienne du droit, dans la protection de la primauté du droit et, en particulier, dans l'administration de la justice criminelle. Essentiellement, l'approche adoptée par nos collègues impose par ailleurs au détenu désireux d'exercer son droit de consulter un avocat l'obligation de prouver à la police l'existence de faits nouveaux entraînant un changement important ou substantiel dans le risque que comporte pour lui la situation dans laquelle il se trouve placé. Nous craignons aussi que leur conclusion sape les principes les plus fondamentaux du droit criminel canadien, surtout la protection contre l'auto-incrimination et la présomption d'innocence.

[126] Nous concluons donc que le droit constitutionnel de M. Sinclair à l'assistance d'un avocat a été violé en l'espèce du fait que les policiers l'ont empêché d'obtenir les conseils juridiques auxquels

which he was entitled. In our view, the detainee's access to legal advice would have mitigated the impact of the interrogating officer's relentless and skilful efforts to obtain a confession.

[127] Furthermore, we find that this breach of the appellant's right to counsel was particularly serious. It cannot be characterized as minor or technical. On the contrary, it went to the core of the self-incrimination interest, which s. 10(b) is meant to protect. The breach also impacted on other interests that s. 10(b) is likewise meant to reflect and safeguard, notably the vital role of counsel under our legal system, particularly in the criminal law context.

[128] These conclusions are entirely consistent with the fundamental principles governing the administration of justice in Canada. Under our system of criminal justice, the state bears the sole burden of proving the guilt of the accused. This basic precept finds expression in the presumption of innocence and the right to silence. Both rights are constitutionally protected. It follows inexorably that a detainee under police control (or any accused person, for that matter) is under no obligation to cooperate with a police investigation or to participate in an interrogation. To suggest that detainees must in any such way assist the state in securing their conviction and punishment, or otherwise expose themselves to an enhanced risk of self-incrimination, is to turn our system of criminal justice on its head. It effectively recognizes a new police power of virtually unfettered access, for the purposes of endless interrogation, to custodial detainees who have *chosen* to remain silent.

[129] We do not take issue with the right of the police to continue their investigation where an accused wishes to consult with counsel, before submitting to further custodial interrogation. But that is not the question that concerns us here. The police can continue their investigation as they see fit, but

il avait droit au cours de l'interrogatoire. Selon nous, l'accès du détenu à l'assistance de son avocat aurait atténué les conséquences des efforts acharnés et habiles que déployait le policier afin d'obtenir des aveux de sa part.

[127] De plus, à notre avis, cette violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat présente un caractère particulièrement grave. Elle ne saurait être qualifiée de mineure ou de technique. Au contraire, elle touche l'essentiel du droit de ne pas s'incriminer que l'al. 10b) vise à protéger. La violation a également affecté d'autres intérêts que l'al. 10b) vise aussi à reconnaître et à garantir, en particulier le rôle vital de l'avocat dans notre système juridique, surtout dans le contexte du droit criminel.

[128] Ces conclusions s'accordent parfaitement avec les principes fondamentaux qui régissent l'administration de la justice au Canada. Dans notre système de justice criminelle, la preuve de la culpabilité de l'accusé incombe exclusivement à l'État. Ce principe de base s'exprime dans la présomption d'innocence et dans le droit au silence, que la Constitution protège tous deux. Ces principes entraînent comme conséquence nécessaire qu'un détenu sous le contrôle de la police (comme d'ailleurs tout accusé) n'est pas tenu de coopérer à une enquête policière ou de participer à un interrogatoire. Laisser entendre que les détenus sont ainsi obligés d'aider l'État à prouver leur propre culpabilité et, de ce fait, de faciliter l'obtention d'une condamnation à leurs dépens, revient à les exposer à un risque accru d'auto-incrimination. Une telle situation dénature notre système de justice criminelle. On reconnaît alors à la police un nouveau pouvoir en lui assurant un accès pratiquement sans entraves à des détenus placés sous garde, même s'ils ont *choisi* de garder le silence, pour les soumettre à des interrogatoires interminables.

[129] Nous ne contestons pas le droit de la police de continuer son enquête après que l'accusé ait exprimé son désir de consulter un avocat au cours d'un interrogatoire. Mais la question sur laquelle nous devons statuer en l'espèce n'est pas celle-ci. Bien que la police puisse poursuivre son enquête

not in violation of, or with disregard for, the constitutional rights of detainees.

[130] Clearly, everyone who is *not* detained is entitled to consult with counsel before responding to police questioning. On what principle should detainees, whose right to counsel is constitutionally guaranteed because they are under total police control and therefore more vulnerable to pressure and manipulation, be deprived of that very same protection? Surely, the detainee cannot be said to subvert the investigative process by exercising either their right to consult with counsel, their right to silence, or both.

## II. The Facts, Briefly

[131] We largely agree with the summary of the facts in this appeal provided by the Chief Justice and Charron J. We think it helpful, however, to examine more closely the chronology of the detainee's repeated requests for counsel and invocations of his right to silence. A close reading of the interaction between detainee and police interrogator demonstrates the need for ongoing assistance of counsel, in the context of the relentless custodial interrogation that occurred in this case.

[132] Mr. Sinclair was arrested in the early morning of December 14, 2002. Immediately upon arrest, he was informed of his right to consult counsel. When asked if he wished to call a lawyer, Mr. Sinclair responded: "Not right this second" (A.R., at p. 524). He was then taken by the police to the local RCMP detachment.

[133] When he arrived, he was given an opportunity to call counsel. At 6:53 a.m., he contacted Mr. Janicki, a lawyer who had represented him previously. Mr. Sinclair spoke to his lawyer for three minutes. He told the police that his lawyer was going to call him back.

comme bon lui semble, il ne lui est pas loisible de le faire en violation des droits constitutionnels du détenu.

[130] Il ne fait aucun doute que la personne qui *n'est pas* détenue a le droit de consulter un avocat avant de répondre aux questions de la police. Au nom de quel principe serait-elle privée de ce même droit constitutionnel alors qu'étant détenue, elle se trouve sous le contrôle complet de la police et, par conséquent, devient vulnérable aux pressions et manipulations des enquêteurs? On ne peut sûrement pas prétendre que la personne détenue compromet le processus d'enquête en exerçant son droit de consulter un avocat, celui de garder le silence, ou l'un et l'autre.

## II. Bref rappel des faits

[131] Nous souscrivons dans une large mesure au résumé des faits établi par la Juge en chef et la juge Charron dans le présent pourvoi. Il nous paraît toutefois utile d'examiner de plus près la chronologie des demandes répétées du détenu de consulter un avocat et de ses revendications de son droit de garder le silence. Un examen minutieux des échanges entre le détenu et l'enquêteur permet de constater la nécessité de reconnaître le droit à l'assistance continue d'un avocat dans le contexte de l'interrogatoire mené avec acharnement auquel le détenu a été soumis en l'espèce.

[132] M. Sinclair a été arrêté à l'aube, le 14 décembre 2002. Immédiatement après son arrestation, la police l'a informé de son droit de consulter un avocat. Lorsqu'on lui a demandé s'il souhaitait appeler un avocat, il a répondu : [TRADUCTION] « Pas pour l'instant » (d.a., p. 524). La police l'a ensuite conduit au détachement local de la GRC.

[133] À son arrivée, on lui a donné la possibilité d'appeler un avocat. À 6 h 53, il a communiqué avec M<sup>e</sup> Janicki, qui l'avait déjà représenté dans le passé. M. Sinclair a parlé à son avocat pendant trois minutes. Puis, il a dit à la police que son avocat allait le rappeler.

[134] Mr. Sinclair was placed in a cell until 9:40 a.m., when Mr. Janicki asked to speak with him. They spoke for another three minutes.

[135] At 4:38 p.m., Mr. Sinclair was taken from his cell to the interrogation room. He was met by Sgt. Kerry Skrine, an RCMP detective with the Major Crimes Unit, who described himself as an experienced interrogator and a member of the “designated interview team” (A.R., at p. 247).

[136] After being informed of his right to silence, Mr. Sinclair said: “I don’t have anything to say right now” (Supp. A.R., at p. 3). He told Sgt. Skrine that he was “not saying anything or talking about anything that’s until my lawyer’s around and he tells me what’s going on and stuff” (A.R., at p. 542). With regard to Mr. Sinclair’s request to have his lawyer present during the interrogation, Sgt. Skrine stated that “the law in this country anyway is that . . . you do not have a right to have a lawyer present with you, okay, while you’re being interviewed by the police” (A.R., at p. 542).

[137] Despite Mr. Sinclair’s categorically expressed and reiterated decision not to speak to the police interrogator, Sgt. Skrine continued to interrogate him.

[138] Mr. Sinclair objected to the continued questioning:

What are these questions, like, I’m just not feeling comfortable not having a lawyer around. Like you say I don’t have a right to have a lawyer in the room while I’m being questioned and I don’t think that make doesn’t even make sense in my head.

. . .

I feel I should have my lawyer present while any type of questioning goes on like . . .

. . .

[134] M. Sinclair a été placé dans une cellule jusqu’à 9 h 40, heure à laquelle M<sup>e</sup> Janicki l’a rappelé pour lui parler. Encore une fois, la conversation a duré trois minutes.

[135] À 16 h 38, on a fait sortir M. Sinclair de sa cellule pour le conduire dans la salle d’interrogatoire. Le sergent Kerry Skrine, un enquêteur appartenant au Groupe des crimes graves de la GRC, l’a alors accueilli. Au procès, le sergent Skrine a affirmé être un enquêteur expérimenté dans les interrogatoires et un membre de l’[TRADUCTION] « équipe d’interrogatoire désignée » (d.a., p. 247).

[136] Après avoir été informé de son droit de garder le silence, M. Sinclair a répondu : [TRADUCTION] « Je n’ai rien à dire pour l’instant » (d.a. compl., p. 3). Il a expliqué au sergent Skrine qu’il [TRADUCTION] « refus[ait] de dire quoi que ce soit ou de parler de quoi que ce soit jusqu’à ce que [s]on avocat soit là et [lui] dise ce qui se passe et tout » (d.a., p. 542). À propos de la demande de M. Sinclair que son avocat assiste à l’interrogatoire, le sergent Skrine a répondu que, [TRADUCTION] « selon le droit en vigueur dans notre pays, on n’a pas droit à la présence d’un avocat pendant un interrogatoire » (d.a., p. 542).

[137] Bien que M. Sinclair eût exprimé de façon catégorique et à plusieurs reprises sa décision de ne pas lui parler, le sergent Skrine a néanmoins continué de l’interroger.

[138] M. Sinclair a protesté contre la poursuite de l’interrogatoire :

[TRADUCTION] Avec ces questions, eh bien, je ne me sens tout simplement pas à l’aise de ne pas avoir d’avocat ici. Par exemple, vous dites que je n’ai pas le droit d’avoir un avocat dans la pièce pendant qu’on m’interroge, et je ne pense pas que . . . ça ne me semble même pas logique.

. . .

Je crois que mon avocat devrait être présent quand on continue comme ça à me poser des questions, quelles qu’elles soient . . .

. . .

Like if you were reverse the scenario, and it was you in this chair . . .

. . . .

I think you'd wanna have a lawyer present. You guys are looking at putting me away for the rest of my life. [A.R., at p. 546]

[139] Sgt. Skrine persisted with the interview, slowly moving from uncontroversial topics, such as Mr. Sinclair's relationship with his siblings and tobacco preferences, to his complicity in the killing of Mr. Grice.

[140] During the course of his five-hour interrogation, each accusatory statement or claim that the evidence against him was overwhelming was met with a consistent response from Mr. Sinclair: a request to speak to his lawyer or to have his lawyer present during questioning. These requests were firmly and systematically rebuffed.

[141] Sgt. Skrine stated that the police had spoken with witnesses who had directly implicated Mr. Sinclair in the murder, and then pressed Mr. Sinclair to confess. Mr. Sinclair responded as follows:

Skrine: You didn't do this without reason, right? Hmm? Trent? You killed Gary because you enjoy it right? Hmm? . . . Trent?

Sinclair: I wanna talk to my lawyer.

Skrine: Trent you talked to your lawyer already, okay?

Sinclair: For a minute on the phone, that's no, I wanna talk to him when he's when I see him on Monday.

Skrine: Well you'll have an opportunity to talk to him again, but you already talked to him twice, okay Trent. And you know what? And nobody can come in and make this decision for you but you.

Par exemple, dans la situation inverse, si c'était vous qui étiez assis sur cette chaise . . .

. . . .

Je pense que vous voudriez qu'un avocat soit présent. On parle ici de quelque chose qui pourrait me mettre en dedans pour le reste de mes jours. [d.a., p. 546]

[139] Le sergent Skrine a poursuivi l'interrogatoire, passant graduellement de sujets ne prêtant pas à controverse, comme les rapports entre M. Sinclair et sa fratrie et ses préférences en matière de tabac, à sa complicité dans le meurtre de M. Grice.

[140] Pendant son interrogatoire, qui a duré cinq heures, M. Sinclair a répondu de la même façon chaque fois que des propos accusatoires ont été tenus à son endroit ou qu'on a insisté sur le caractère accablant de la preuve disponible contre lui : il a demandé à parler à son avocat ou à obtenir la présence de ce dernier pendant l'interrogatoire. On a rejeté fermement et systématiquement toutes ses demandes.

[141] Le sergent Skrine a affirmé que la police avait parlé à des témoins dont les propos établissaient que M. Sinclair était impliqué dans le meurtre. Il a alors pressé M. Sinclair de passer aux aveux. Voici les réponses de M. Sinclair :

[TRADUCTION]

Skrine : Tu n'as pas fait ça sans raison, pas vrai? Hein? Trent? Tu as tué Gary parce que tu aimes ça, pas vrai? Hein? [. . .] Trent?

Sinclair : Je veux parler à mon avocat.

Skrine : Trent tu as déjà parlé à ton avocat, d'accord?

Sinclair : Pendant une minute au téléphone, c'est pas, je veux lui parler quand il [. . .] quand je le verrai lundi.

Skrine : Eh bien, tu auras l'occasion de lui parler de nouveau, mais tu lui as déjà parlé deux fois, d'accord, Trent. Et tu sais quoi? Et personne d'autre que toi ne peut venir ici et prendre cette décision pour toi.

Sinclair: When my lawyer comes . . . [A.R., at p. 607]

[142] Shortly afterwards, Sgt. Skrine left the interview room. When he returned, he continued to press Mr. Sinclair to confess to the killing. Sgt. Skrine told Mr. Sinclair that the police had found bedding from the hotel (they had) and had identified Mr. Sinclair's DNA on the bedding (they had not) (Supp. A.R., at p. 85).

[143] Immediately after Sgt. Skrine revealed these two pieces of evidence, Mr. Sinclair declared, "You got me I know it . . ." (Supp. A.R., at p. 85). He proceeded to confess in detail to the murder of Gary Grice.

[144] When Mr. Sinclair returned to his cell, five hours after his first request to again consult with counsel, he spoke to his cellmate about the interrogation. Unbeknownst to Mr. Sinclair, he was speaking to an undercover officer, Cst. Sergio L. B. Dasilva. Mr. Sinclair told him, "They've got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I'm going away for a long time but I feel relieved" (Frankel J.A., 2008 BCCA 127, 252 B.C.A.C. 288, at para. 23).

### III. Analysis

#### A. *The Text of Section 10(b)*

[145] Relying on *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (Ont. C.A.), the Chief Justice and Charron J. maintain that the phrase "upon arrest or detention" indicates a single point in time, not a continuum (para. 44). This interpretation also formed the basis of the judgment below (Frankel J.A., at para. 48). With respect, we disagree with this narrow reading of s. 10(b).

[146] We will first examine the English provision and then turn to its French counterpart. Section 10(b) of the *Charter* provides: "Everyone has the right on arrest or detention . . . to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right." The French version reads: "*Chacun*

Sinclair : Quand mon avocat viendra . . . [d.a., p. 607]

[142] Peu après, le sergent Skrine a quitté la salle d'entretien. À son retour, il a continué à presser M. Sinclair d'avouer le meurtre. Il a dit à M. Sinclair que la police avait trouvé la literie provenant de l'hôtel (ce qui était vrai) et y avait identifié l'ADN de M. Sinclair (ce qui était faux) (d.a. compl., p. 85).

[143] Immédiatement après que le sergent Skrine lui eut fait part de ces deux éléments de preuve, M. Sinclair a reconnu : [TRADUCTION] « Je suis fait, je le sais . . . » (d.a. compl., p. 85). Il a alors avoué dans le détail le meurtre de Gary Grice.

[144] Après son retour en cellule, cinq heures depuis sa première demande de consulter de nouveau un avocat, M. Sinclair a parlé de l'interrogatoire avec son compagnon de cellule. Sans le savoir, il parlait en fait à un agent d'infiltration, l'agent de police Sergio L. B. Dasilva. M. Sinclair lui a dit : [TRADUCTION] « Ils m'ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé » (le juge Frankel, 2008 BCCA 127, 252 B.C.A.C. 288, par. 23).

### III. Analyse

#### A. *Le texte de l'al. 10b)*

[145] Se fondant sur *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (C.A. Ont.), la Juge en chef et la juge Charron affirment que l'expression « en cas d'arrestation ou de détention » se réfère à un moment en particulier et ne correspond pas à un continuum (par. 44). Cette interprétation constituait aussi le fondement du jugement de la Cour d'appel (le juge Frankel, par. 48). Avec égards, nous ne pouvons souscrire à cette interprétation étroite de l'al. 10b).

[146] Nous examinerons tout d'abord le texte anglais de la disposition, puis le texte français correspondant. Le texte anglais de l'al. 10b) de la *Charte* est rédigé ainsi : « *Everyone has the right on arrest or detention [ . . . ] to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right.* »

*a le droit, en cas d'arrestation ou de détention . . . d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit."*

[147] In our view, the plain meaning of s. 10(b) favours an ongoing right to the assistance of counsel. The words "retain" and "instruct" signify a continuing relationship between client and counsel. On this basis alone, it is difficult to see how the s. 10(b) right could be "spent" upon its initial exercise.

[148] Nor does the phrase "on arrest or detention" limit s. 10(b) to a one-time consultation. Section 10(b) is of course triggered "on arrest or detention", which ensures that the detainee is afforded an opportunity to consult counsel as soon as possible, and certainly before any interrogation. Indeed, as Lamer J. (later C.J.) put it in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at p. 1243: "For the right to counsel to be effective, the detainee must have access to this advice before he is questioned or otherwise required to provide evidence."

[149] However, it hardly follows that the s. 10(b) right, though triggered by a detention, is spent upon this initial consultation. If it were, defence counsel across the country would soon find themselves without a thing to do. In this sense, the Chief Justice and Charron J.'s view that s. 10(b) is spent upon the initial exercise of course conflicts with the right to counsel at trial (see, e.g., *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.)) and, in some circumstances, on appeal (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 684(1)). Section 10(b) does not create for the detainee a black hole between the time of arrest or detention, and the detainee's first appearance before a judge.

[150] This interpretation is bolstered by a reading of the French text. As Lamer J. (as he then was) explained in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265,

La version française est ainsi libellée : « Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention [. . .] d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. »

[147] À notre avis, le sens manifeste de l'al. 10b) favorise la reconnaissance d'un droit continu à l'assistance d'un avocat. Les verbes « *retain* » et « *instruct* » désignent une relation continue entre le client et son avocat. Sur ce seul fondement, on voit mal comment le droit garanti par l'al. 10b) pourrait être « épuisé » après son exercice initial.

[148] L'expression « *on arrest or detention* » ne limite pas non plus à une consultation unique la portée du droit garanti par l'al. 10b). Cette disposition entre bien sûr en jeu « *on arrest or detention* », ce qui garantit au détenu la possibilité de consulter un avocat le plus tôt possible — et certainement avant tout interrogatoire. Du reste, comme l'a souligné le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, p. 1243 : « Pour que le droit à l'assistance d'un avocat soit efficace, le détenu doit pouvoir obtenir ces conseils avant d'être interrogé ou requis autrement de fournir des éléments de preuve. »

[149] Ce libellé ne signifie pas pour autant que, même si la détention provoque sa mise en application, le droit garanti par l'al. 10b) est épuisé après cette consultation initiale. Si tel était le cas, les avocats de la défense partout au pays seraient bien vite réduits au chômage. En ce sens, la thèse de la Juge en chef et de la juge Charron — pour qui le droit en question serait épuisé après son premier exercice — entre en conflit avec le droit à l'assistance d'un avocat pendant le procès (voir, p. ex., *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)) et, dans certaines circonstances, à l'étape de l'appel (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, par. 684(1)). L'alinéa 10b) ne place pas le détenu dans un trou noir entre le moment de l'arrestation ou de la détention et celui de sa première comparution devant un juge.

[150] La lecture du texte français de la disposition renforce cette interprétation. Comme le juge Lamer (plus tard Juge en chef) l'a expliqué dans

at p. 287, when faced with diverging French and English versions of a *Charter* provision, the Court should employ a purposive approach and adopt the interpretation “which better protects that right”.

[151] The French version of s. 10(b) bolsters our interpretation, despite differing from the English version in two minor, yet significant ways. First, instead of the right to “retain and instruct counsel”, the French provision guarantees detainees the right to “*l’assistance d’un avocat*”. Second, the French version states that the right is triggered “*en cas d’arrestation*”, and not “*on arrest*”.

[152] As Mr. Sinclair submits, the term “*l’assistance*” connotes a broader role for legal counsel than simply providing the advice to *keep quiet*. Accordingly, the “*assistance*” of counsel cannot be confined to a single consultation followed by a lengthy interrogation during which the detainee is held virtually incommunicado. If this were the case, then we also agree with the Ontario Criminal Lawyers’ Association that this could be accomplished by a recorded message on an answering service. And if the Chief Justice and Charron J. agree that the right to counsel cannot be reduced to a simple phone message, then it is difficult to understand how they can endorse an interpretation of the right to “retain and instruct counsel” that would simply replace the recorded message with a one-minute telephone call to the same effect.

[153] “[*E*]n cas de” can be translated into English as “in the event of” (*Collins-Robert French-English, English-French Dictionary* (2nd ed. 1987), at p. 102, “cas”). Therefore, unlike with “on arrest”, there is no possible connotation of a singular occurrence or a “point in time”. Instead “*en cas d’arrestation ou de détention*” implies a triggering event — arrest or detention — which then results in a constitutionally entrenched and prospective right to the assistance of counsel.

*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 287, en cas de divergence entre les versions française et anglaise d’une disposition de la *Charte*, le tribunal doit adopter une approche téléologique et retenir l’interprétation « la mieux à même de protéger ce droit ».

[151] Le texte français de l’al. 10b) conforte notre interprétation, bien qu’il diffère de la version anglaise sur deux aspects mineurs mais tout de même significatifs. D’abord, il garantit, non pas le droit « *to retain and instruct counsel* », mais le droit à « l’assistance d’un avocat ». Ensuite, il précise que le droit entre en jeu « *en cas d’arrestation* », et non pas « *on arrest* ».

[152] Comme le plaide M. Sinclair, l’emploi du mot « assistance » suggère que l’avocat remplit un rôle plus important que celui de simplement conseiller de *garder le silence*. L’« assistance » d’un avocat ne saurait ainsi être restreinte à une seule consultation suivie d’un long interrogatoire durant lequel le détenu se trouve virtuellement coupé de tout lien avec l’extérieur. Si tel était le cas, nous sommes d’accord avec l’Ontario Criminal Lawyers’ Association que l’on n’aurait ainsi qu’à se contenter d’un message enregistré dans une boîte vocale. Et si la Juge en chef et la juge Charron reconnaissent que l’exercice du droit à l’assistance d’un avocat ne saurait se réduire à l’accès à un simple message téléphonique, il devient alors difficile de comprendre pourquoi elles persistent à cautionner une interprétation du droit à « l’assistance d’un avocat » qui remplace simplement ce message enregistré par une conversation téléphonique d’une minute au contenu similaire.

[153] L’expression « en cas de » peut se traduire en anglais par « *in the event of* » (*Robert-Collins : Dictionnaire français-anglais, anglais-français* (nouvelle éd. 1987), p. 102, sous l’entrée « cas »). Contrairement à « *on arrest* », elle ne peut donc correspondre à la notion d’un événement isolé ou de « moment en particulier ». L’expression « en cas d’arrestation ou de détention » suggère plutôt qu’un fait déclencheur — l’arrestation ou la détention — donne ouverture à l’exercice du droit constitutionnel prospectif à l’assistance d’un avocat.

[154] Accordingly, the plain meaning of s. 10(b), in both French and English, supports a broad application of the right to counsel, which includes an ongoing right to consult with counsel.

**B. *The Purpose and Scope of the Section 10(b) Right to Counsel***

[155] Our textual interpretation of the s. 10(b) right is supported by both the purpose and the scope of s. 10(b). Canadian criminal law is premised on several animating, normative principles, including the presumption of innocence, the protection against self-incrimination, and the right to silence. These principles have all attained constitutional status, reflected in ss. 11(c), 11(d) and 13 of the *Charter*, as well as in the residual protection found in s. 7.

[156] The presumption of innocence, described as the “one golden thread” that runs “[t]hroughout the web of the English Criminal Law” (*Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), at p. 481, *per* Lord Sankey), was recognized by this Court as the “single most important organizing principle in criminal law” (*R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 577). Now constitutionally entrenched in s. 11(d) of the *Charter*, the presumption of innocence ensures that the state must meet its heavy burden before an accused person will be subjected to the consequences of a criminal conviction:

In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused’s guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

(*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 120, *per* Dickson C.J.)

[157] The presumption of innocence is closely related to the protection against self-incrimination.

[154] Par conséquent, le sens manifeste de l’al. 10b), en anglais comme en français, commande une interprétation suffisamment large du droit à l’assistance d’un avocat pour englober le droit continu de consulter un avocat.

**B. *L’objet et la portée du droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b)***

[155] Notre interprétation textuelle du droit garanti par l’al. 10b) est confortée à la fois par l’objet et par la portée de la disposition en question. Le droit criminel canadien est fondé sur plusieurs principes normatifs fondamentaux, dont la présomption d’innocence, la protection contre l’auto-incrimination et le droit de garder le silence. Ces principes ont tous été érigés au rang de principes constitutionnels énoncés aux al. 11c) et 11d) et à l’art. 13 de la *Charte* ou inclus dans la protection résiduelle offerte par l’art. 7.

[156] La présomption d’innocence, considérée comme un [TRADUCTION] « fil d’or » qui se retrouve « dans toute la toile du droit criminel anglais » (*Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), p. 481, lord Sankey), a été reconnue par notre Cour comme le « principe directeur qui est [. . .] le plus important en droit criminel » (*R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 577). Maintenant constitutionnalisée par l’al. 11d) de la *Charte*, la présomption d’innocence signifie que l’État doit s’acquitter d’un lourd fardeau avant qu’un accusé ne subisse les conséquences d’une déclaration de culpabilité criminelle :

Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d’innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu’un accusé est innocent tant que l’État n’a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l’équité et la justice sociale. La présomption d’innocence confirme notre foi en l’humanité; elle est l’expression de notre croyance que, jusqu’à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

(*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 120, le juge en chef Dickson)

[157] La présomption d’innocence se rattache étroitement à la protection contre l’auto-

If the presumption of innocence places a burden on the state alone to prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt, then it follows that the accused cannot be made to offer evidence or information that would assist the state in that endeavour. Thus, the right against self-incrimination simply confirms that there is no obligation on the part of a suspect to assist, in any way whatsoever, in the investigation against them:

The core idea of the principle is that when the state uses its power to prosecute an individual for a criminal offence, the individual ought not to be required to assist the state in the investigation or trial of the offence.

(Hamish Stewart, “The Confessions Rule and the Charter” (2009), 54 *McGill L.J.* 517, at pp. 520-21)

[158] The right to silence is the last piece in this system of pre-trial procedural protections. In *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, Lamer J. provided this quintessential articulation:

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police . . . is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise. [p. 683]

See also *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519, at para. 41, *per* Abella J.

[159] The right to silence, the right against self-incrimination, and the presumption of innocence are interrelated principles and the core values that animate the administration of criminal justice in Canada. They work together to ensure that suspects are never obligated to participate in building the case against them. As this Court has noted time and again, the ability of an accused to exercise these

incrimination. Puisque la présomption d'innocence impose à l'État seul le fardeau de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, l'accusé n'assume aucune obligation de communiquer des éléments de preuve ou des renseignements de nature à assister le ministère public dans l'exercice de cette tâche. Ainsi, le droit à la protection contre l'auto-incrimination confirme simplement qu'un suspect n'est nullement tenu de prêter son concours, d'une quelconque manière, à l'enquête dont il est l'objet :

[TRADUCTION] L'idée fondamentale à la base de ce principe est celle-ci : lorsque l'État use de son pouvoir pour poursuivre un individu pour une infraction criminelle, celui-ci ne devrait pas être obligé de l'aider dans le cadre de l'enquête ou du procès relatifs à l'infraction.

(Hamish Stewart, « The Confessions Rule and the Charter » (2009), 54 *R.D. McGill* 517, p. 520-521)

[158] Le droit de garder le silence constitue le dernier élément de ce système de protections procédurales préalables au procès. Dans *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, le juge Lamer en a décrit l'essence même :

Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police [. . .] n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement. [p. 683]

Voir aussi *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519, par. 41, la juge Abella.

[159] Le droit de garder le silence, le droit à la protection contre l'auto-incrimination et la présomption d'innocence constituent des principes interreliés et forment les valeurs fondamentales sur lesquelles repose l'administration de la justice criminelle au Canada. Ensemble, ils garantissent que les suspects n'assument aucune obligation de participer à l'établissement de la preuve contre eux. Enfin, comme

fundamental rights is dependent upon the assistance of counsel.

[160] The Chief Justice and Charron J. assert that the s. 10(b) right has the narrow purpose of ensuring that detainees are able to effectively assert their right to silence and, by extension, secure their right against self-incrimination. We agree that the overarching purpose of the right to counsel lies in the protection against compelled self-incrimination, and extends to the custodial context in order to make the detainee's choice whether to speak to the police a meaningful one. This, in turn, preserves "fairness" in the investigative process, or at least fosters that objective: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

[161] However, in our view, the role of counsel in the administration of criminal justice, and under s. 10(b), is much broader. Our view is shaped by what we see as a proper appreciation of the role of counsel within the justice system generally. Lawyers are bound by their oath of office, by the rules that govern their profession and by their status as officers of the court. They must ensure that the interests of their clients, however zealously advocated, remain subject to society's interest in ensuring the orderly and ethical resolution of legal disputes: see *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500.

[162] This Court has long emphasized the essential role that lawyers "are expected to play in the administration of justice and the upholding of the rule of law in Canadian society" (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 64, *per* LeBel J., dissenting, but not on this point. See also *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 187; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, at para. 22.)

[163] This role is no different in the criminal context, and applies to the defence of the criminal

notre Cour l'a rappelé à maintes reprises, la capacité effective d'un accusé d'exercer ces droits fondamentaux dépend de l'assistance d'un avocat.

[160] La Juge en chef et la juge Charron affirment que le droit énoncé à l'al. 10b) vise seulement à garantir que les détenus puissent faire valoir de manière effective leur droit au silence et, par extension, celui de faire respecter leur droit à la protection contre l'auto-incrimination. Nous convenons que l'objet fondamental du droit à l'assistance d'un avocat réside dans la protection contre l'auto-incrimination forcée et s'étend au contexte de la détention, pour que le choix du détenu de parler ou non à la police conserve son caractère véritablement libre. Cette interprétation, à son tour, préserve l'« équité » du processus d'enquête, ou à tout le moins favorise la réalisation de cet objectif : *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

[161] Mais, selon nous, le rôle de l'avocat dans l'administration de la justice criminelle, et dans le cadre de l'al. 10b), dépasse largement les limites de cette fonction. Notre opinion s'appuie sur ce que nous considérons comme une juste appréciation du rôle de l'avocat au sein du système de justice en général. Lié par son serment professionnel, par les règles régissant l'exercice de sa profession et par sa qualité d'officier de justice, l'avocat doit veiller, même lorsqu'il les défend avec le zèle le plus intense, à ce que les intérêts de son client demeurent subordonnés à l'intérêt de la société et au règlement ordonné des différends juridiques : voir *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500.

[162] Notre Cour insiste depuis longtemps sur le rôle essentiel que les avocats « sont censés jouer dans l'administration de la justice et le maintien de la règle de droit dans la société canadienne » (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 64, le juge LeBel, dissident, mais non sur ce point. Voir aussi *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 22.)

[163] Ce rôle ne diffère pas dans le contexte du droit criminel. Il demeure identique tant pour la

accused no less than to landlords, tenants, separating or divorcing partners, employers and employees and all others whose opposing rights or interests are subjected to litigation or legal scrutiny. However, the obligations of the lawyer extend beyond his or her client, and mandate a role that is “vital to the maintenance of order in our society and the due administration of the law in the interest of the whole community” (*Andrews*, at p. 188). Rather than having a detrimental effect on the administration of criminal justice, the role played by lawyers actually furthers and ensures the proper administration of justice.

[164] As Gonthier J. affirmed in *Fortin*, the lawyer’s role as officer of the court extends to the pre-litigation stage: “As an officer of the court, the advocate plays an essential role in our justice system, in representing the rights of litigants before the courts, but also at the preceding stage of settling disputes” (para. 54). In the criminal context, the advice of counsel is even more important at the pre-charge stage.

[165] When a person is detained but not yet charged, the events that follow will determine whether that person can properly be charged and prosecuted. If that person is in fact charged, what occurred at the pre-charge stage will likely influence the nature of the proceedings that follow. The detainee, under total police control and isolated from family and friends, is particularly vulnerable.

[166] Upon arrest, the suspect will be subject to skilled and persistent interrogation, as occurred in this case. Confronted by bits and pieces of incriminating “evidence”, conjectural or real, the detainee may be wrongly persuaded that maintaining his or her right of silence is a futile endeavour: that the advice to remain silent originally provided by counsel is now unsound. Through ignorance of the consequences, the detainee may feel bound to make an incriminatory statement to which the police are

défense de la personne accusée d’un crime que pour la représentation des propriétaires et des locataires, des conjoints qui se séparent ou divorcent, des employeurs et des employés, ainsi que pour toutes les personnes dont les droits ou intérêts opposés sont visés par un procès ou un examen juridique. Cependant, les obligations de l’avocat dépassent le cadre de celles qu’il assume envers son client et lui confèrent un rôle « essentiel[1] au maintien de l’ordre dans notre société et à l’application régulière de la loi dans l’intérêt de toute la collectivité » (*Andrews*, p. 188). Loin d’avoir un effet néfaste sur l’administration de la justice criminelle, le rôle joué par les avocats favorise et même garantit une saine administration de la justice.

[164] Comme l’a rappelé le juge Gonthier dans *Fortin*, le rôle de l’avocat en sa qualité d’officier de justice s’étend à l’étape qui précède le procès : « en tant qu’officier de justice, [il] joue un rôle essentiel dans notre système de justice, au niveau de la représentation des droits des justiciables devant les tribunaux, mais également à l’étape préalable de règlement à l’amiable des litiges » (par. 54). Dans le contexte criminel, les conseils de l’avocat s’avèrent même plus importants avant le dépôt d’accusations.

[165] Lorsqu’une personne est détenue sans que des accusations aient encore été portées contre elle, le cours des événements après son arrestation déterminera s’il est possible de l’inculper et de la poursuivre. Lorsqu’une mise en accusation se produira, les événements survenus avant l’inculpation influenceront vraisemblablement sur la nature des procédures qui suivront. Le détenu, entièrement sous le contrôle de la police et isolé de sa famille et de ses amis, se trouve alors particulièrement vulnérable.

[166] Après son arrestation, le suspect subira un interrogatoire habile et persistant, comme c’est arrivé en l’espèce. Confronté à des fragments d’éléments de « preuve » incriminants, fictifs ou réels, le détenu risque de se persuader à tort de la futilité de l’exercice de son droit au silence et que le conseil de garder le silence donné au départ par l’avocat n’est maintenant plus pertinent. Il est possible que, dans l’ignorance des conséquences, il se sente obligé de faire une déclaration incriminante que la police n’est

not by law entitled. In what may seem counterintuitive to the detainee without legal training, it is often better to remain silent in the face of the “evidence” proffered, leaving it to the court to determine its cogency and admissibility, and forego the inevitable temptation to end the interrogation by providing the inculpatory statement sought by the interrogators.

[167] Access to counsel is therefore of critical importance at this stage to ensure, insofar as possible, that the detainee’s constitutional rights are respected and provide the sense of security that legal representation is intended to afford. However, it is also in society’s interest that constitutional rights be respected at the pre-trial stage, as doing so ensures the integrity of the criminal process from start to finish. In these circumstances, counsel’s advice is not simply a matter of reiterating the detainee’s right to silence, but also to explain *why* and *how* that right should be, and can be, effectively exercised. In other words, the lawyer not only tells the detainee not to speak but, perhaps more importantly, *why* he ought not to.

[168] The assistance of counsel is a right granted not only to detainees under s. 10(b) of the *Charter*, but a right granted to every accused by the common law, the *Criminal Code* and ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. It is not just a right to the assistance of counsel, but to the *effective* assistance of counsel, and one that this Court has characterized “as a principle of fundamental justice” (*R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 24, *per* Major J.).

[169] Like the right to silence, this right has not been granted to suspects and to persons accused of crime *on the condition that it not be exercised when they are most in need of its protection* — notably at the stage of custodial interrogation, when they are particularly vulnerable and in an acute state of jeopardy.

[170] As mentioned above, the Chief Justice and Charron J. would subject a detainee’s request to

pas en droit d’obtenir. Or, même si une telle approche peut sembler paradoxale au détenu dépourvu de formation juridique, il vaut souvent mieux garder le silence devant la « preuve » présentée et laisser au tribunal le soin d’en déterminer l’admissibilité et la force probante, et résister à l’inévitable tentation de mettre un terme à l’interrogatoire en faisant la déclaration incriminante que les enquêteurs cherchent à obtenir.

[167] L’accès à un avocat revêt donc une importance capitale à ce stade pour garantir, dans la mesure du possible, le respect des droits constitutionnels du détenu et pour lui donner le sentiment de sécurité que la représentation juridique est censée procurer. Mais il demeure dans l’intérêt de la société que les droits constitutionnels soient respectés à l’étape préalable au procès, puisqu’ils garantissent l’intégrité du processus criminel du début à la fin. Dans ces circonstances, le rôle de l’avocat ne se limite pas à rappeler au détenu son droit au silence, mais consiste aussi à lui expliquer *pourquoi* et *comment* ce droit devrait et pourrait être exercé efficacement. En d’autres mots, l’avocat donne non seulement au détenu le conseil de ne pas parler mais aussi, ce qui est peut-être plus important, il lui explique *pourquoi* il ne doit pas le faire.

[168] L’assistance d’un avocat est non seulement un droit reconnu aux détenus en vertu de l’al. 10b) de la *Charte*, mais aussi un droit accordé à tous les accusés par la common law, le *Code criminel* ainsi que l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*. Il ne s’agit pas simplement du droit à l’assistance d’un avocat, mais du droit à l’assistance *effective* d’un avocat, que, du reste, notre Cour a qualifié de « principe de justice fondamentale » (*R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 24, le juge Major).

[169] Tout comme le droit au silence, ce droit n’a pas été donné aux suspects et aux personnes accusées d’un crime *à la condition qu’ils ne l’exercent pas lorsqu’ils ont le plus besoin de sa protection* — surtout au stade de l’interrogatoire, un moment de vulnérabilité particulière et de risque spécialement élevé pour eux.

[170] Comme nous l’avons déjà mentionné, selon la Juge en chef et la juge Charron, la personne

consult with counsel, made during the course of an interrogation, to a requirement, in essence, that there have been, in some form, a material or substantial change in jeopardy in the eyes of police interrogators. The limitations they propose are inconsistent with the text and purpose of s. 10(b). They are also inconsistent with the broader and indispensable role of counsel in the administration of criminal justice. Giving s. 10(b) the requisite large and liberal interpretation leads us to a principled disagreement with our colleagues that the effective exercise of the s. 10(b) right does not require greater access to counsel, on the part of detainees, in the custodial setting.

### C. *The “Intermediate Position” of Binnie J.*

[171] We recognize that the reasons of our colleague Binnie J. are meant to expand the protections afforded by s. 10(b). Building on precedent that has recognized the right of detainees to consult counsel whenever they face a material change in jeopardy, our colleague would permit detainees to do so, upon request, but only where there is a genuine need for consultation and not where the request is made for the purpose of delay or distraction (para. 80). Our colleague then sets out a detailed list of factors to guide police interrogators in determining whether there is “objective support” for the detainee’s request (para. 106).

[172] In our view, the right to counsel, and by extension its meaningful exercise, cannot be made to depend on an interrogator’s opinion in this way. Detainees are constitutionally entitled to consult counsel without having to persuade their interrogators that their wish to do so is *valid* or *reasonable*. And no detainee is bound, simply because an interrogator sees no valid need for further consultation, to submit to the unrelenting questioning of an interrogator, bent on extracting a confession to be relied on in prosecuting the detainee.

détenue ne peut demander, pendant un interrogatoire, à consulter un avocat que si, aux yeux des policiers, il y a essentiellement un changement important ou substantiel du risque, sous une forme ou une autre. Les restrictions qu’elles proposent ne respectent ni le texte de l’al. 10b) lui-même ni son objet général. Elles ne se concilient pas non plus avec le rôle indispensable, de nature plus large, de l’avocat dans l’administration de la justice criminelle. Nous adoptons l’interprétation large et généreuse de l’al. 10b) qui s’impose en l’espèce. Notre conception nous conduit à un désaccord de principe avec nos collègues, pour qui l’exercice effectif du droit garanti par l’al. 10b) n’exige pas un accès plus généreux à l’avocat de la part des détenus placés sous garde.

### C. *La « position intermédiaire » du juge Binnie*

[171] Nous reconnaissons que les motifs de notre collègue le juge Binnie veulent élargir les protections offertes par l’al. 10b). Se fondant sur la jurisprudence qui a reconnu le droit des détenus de consulter un avocat lorsqu’ils se trouvent devant un changement important du risque, notre collègue permettrait aux détenus de le faire, sur demande, mais uniquement s’il existe un besoin réel de consultation et non lorsque la demande a pour but de retarder l’enquête policière ou de s’y soustraire temporairement (par. 80). Notre collègue dresse ensuite à l’intention des enquêteurs une liste détaillée de facteurs pour les aider à déterminer si la demande du détenu repose sur un « fondement objectif » (par. 106).

[172] À notre avis, le droit à l’assistance d’un avocat et, par extension, son exercice utile ne peuvent être subordonnés ainsi à l’opinion d’un enquêteur. Les détenus ont, en vertu de la Constitution, le droit de consulter un avocat sans avoir à persuader les policiers qui les interrogent que leur souhait de consultation est *valable* ou *raisonnable*. Et aucun détenu n’est obligé, du simple fait qu’un enquêteur ne voit aucun besoin valable de consultation supplémentaire, de se soumettre aux questions incessantes d’un policier, fermement résolu à arracher des aveux capables d’être invoqués dans le cadre d’une poursuite pénale.

[173] In support of his contention that it would be inappropriate to allow counsel to be present during a custodial interrogation, Binnie J. notes that, in civil examinations for discovery, the presence of counsel can be a “disruptive force” (para. 101). While we are sure that our colleague does not wish to draw procedural parallels between the civil and criminal justice systems, we must reiterate that unlike in the civil process where all parties, including the defendant, are compellable witnesses and have reciprocal disclosure obligations, the accused in a criminal investigation enjoys a constitutionally protected right to silence and has absolutely no obligation to assist the state with its prosecution. This bedrock principle forms the basis of our common law and is enshrined in the Constitution. The assistance of lawyers might be disruptive during interrogations. But so are the presence of lawyers at trial, the right to silence, the presumption of innocence, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[174] Finally, we wish to address the application of Lamer J.’s comment in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368, at p. 385 (cited at para. 101 of Binnie J.’s reasons and at para. 58 of the Chief Justice and Charron J.’s reasons):

This limit on the rights of an arrested or detained person is essential because without it, it would be possible to delay needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or rendered impossible to obtain. The rights set out in the *Charter*, and in particular the right to retain and instruct counsel, are not absolute and unlimited rights. They must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society. An arrested or detained person cannot be permitted to hinder the work of the police by acting in a manner such that the police cannot adequately carry out their tasks.

[175] We note that in *Smith*, the detainee had unequivocally waived his right to counsel. The language used by Lamer J. should not be extended to the present appeal, where the detainee not only

[173] Pour appuyer l’argument selon lequel il ne conviendrait pas de permettre à l’avocat d’assister à l’interrogatoire, le juge Binnie souligne que, dans les interrogatoires préalables en matière civile, la présence des avocats peut constituer une « force perturbatrice » (par. 101). Bien que nous soyons convaincus que notre collègue n’entend pas établir des parallèles procéduraux entre les systèmes de justice civile et criminelle, nous devons rappeler que, contrairement à la procédure civile, où toutes les parties, y compris le défendeur, demeurent des témoins contraignables ayant des obligations réciproques de divulgation, la personne accusée dans le cadre d’une enquête criminelle jouit du droit constitutionnellement protégé de garder le silence et n’est absolument pas tenue de prêter son concours à la poursuite engagée par l’État. Ce principe fondamental de la common law canadienne est également inscrit dans la Constitution. L’assistance d’avocats peut entraîner des perturbations pendant l’interrogatoire. Mais la présence d’avocats au procès, le droit de garder le silence, la présomption d’innocence et la *Charte canadienne des droits et libertés* elle-même constituent aussi des éléments perturbateurs.

[174] Finalement, nous voulons commenter l’utilisation de l’observation suivante du juge Lamer dans *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368, p. 385 (citée au par. 101 des motifs du juge Binnie et au par. 58 des motifs de la Juge en chef et de la juge Charron) :

Cette limite aux droits d’une personne arrêtée ou détenue est essentielle puisque sans elle, il serait possible de retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu’une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir. Les droits énoncés dans la *Charte*, et en particulier le droit à l’assistance d’un avocat, ne sont pas des droits absolus et illimités. Ils doivent être exercés d’une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société. On ne peut permettre à une personne arrêtée ou détenue d’entraver le travail des policiers en lui permettant de faire en sorte que ces derniers ne puissent effectuer adéquatement leur tâche.

[175] Nous signalons que, dans *Smith*, le détenu avait renoncé de façon non équivoque à son droit à l’assistance d’un avocat. Les propos du juge Lamer ne devraient pas être appliqués au présent pourvoi,

exercised his right to counsel once, but consistently maintained that he wished to reconsult his lawyer.

[176] The close connection between the right to counsel and the right to silence is manifest in the context of custodial interrogations, where the police, as we have seen time and time again, systematically deny detainees access to counsel in order to prevent them from effectively exercising their right to silence. This case and *Singh* are but two recent examples. In both instances, a detainee under the total control of the police unequivocally and repeatedly asserted his decision to remain silent. In both instances, their interrogators ignored the detainees' assertions of that constitutional right and, in order to prevent or circumvent its effective exercise, denied the detainees' repeated request to consult their lawyers. To "break" or wear down the detainees, the police officers continued to interrogate them relentlessly for hours.

[177] In our view, detainees who demand access to counsel before being further subjected to relentless interrogation against their will can hardly be said to exercise their right to counsel "whimsically or capriciously" (Binnie J., at para. 112). They are constitutionally entitled "to speak to [their] lawyer NOW" (para. 111) — not TOMORROW, after the police, who hold all the cards, have won what Binnie J. aptly describes as a prolonged "endurance contest" (para. 89). In Binnie J.'s words, at para. 89:

The Crown seems to conceive of the police interrogation as an endurance contest between the detainee, who starts off with the benefit of the standard police warning and generic advice from his or her lawyer (presumably to refuse to cooperate — what else can the lawyer advise at that outset?) and, on the other hand, an experienced police interrogator who wants to cajole and manoeuvre and wear down the detainee into making incriminating statements and, if possible, a full confession.

où le détenu a non seulement exercé son droit à l'assistance d'un avocat une première fois, mais aussi a invariablement maintenu qu'il souhaitait consulter de nouveau son avocat.

[176] Le lien étroit entre le droit à l'assistance d'un avocat et le droit au silence est manifeste dans le contexte de l'interrogatoire, où la police, comme nous l'avons vu à maintes reprises, refuse systématiquement aux détenus l'accès à l'assistance d'un avocat afin de les empêcher d'exercer effectivement leur droit au silence. Le présent pourvoi et l'affaire *Singh* ne constituent que deux exemples récents. Dans les deux cas, le détenu, qui se trouvait entièrement sous le contrôle de la police, a affirmé clairement et à maintes reprises sa décision de garder le silence. Dans les deux cas, les policiers qui interrogeaient les détenus n'ont pas tenu compte de leur revendication de ce droit constitutionnel et, pour empêcher ou contourner son exercice effectif, ont refusé de donner suite à leur demande répétée de consulter leurs avocats. Pour faire craquer les détenus et pour les avoir à l'usure, les policiers ont continué à les interroger avec acharnement pendant des heures.

[177] À notre avis, on ne peut pas vraiment dire des détenus qui demandent d'avoir accès à un avocat avant d'être soumis, contre leur gré, à un interrogatoire acharné qu'ils exercent leur droit à l'assistance d'un avocat « de façon capricieuse » (le juge Binnie, par. 112). Selon la Constitution, ils ont le droit de « parler à [leur] avocat MAINTENANT » (par. 111) — pas DEMAIN, après que la police, qui détient toutes les cartes, eut gagné ce que le juge Binnie a fort bien décrit comme une longue « épreuve d'endurance » (par. 89). Pour reprendre les propos du juge Binnie :

Le ministère public semble concevoir l'interrogatoire de la police comme une épreuve d'endurance entre le détenu, qui au début bénéficie de la mise en garde habituelle et des conseils de nature générale de son avocat (vraisemblablement refuser de coopérer — que pourrait conseiller d'autre l'avocat à ce stade?) et un interrogateur de la police expérimenté qui veut amadouer, manoeuvrer et épuiser le détenu pour l'amener à faire des déclarations incriminantes et, si possible, des aveux complets. [par. 89]

Under our Constitution the right to counsel enshrined in s. 10(b) is not “spent” upon its initial exercise following arrest or detention. Nor is its further exercise subject to the permission of the police officers who deliberately ignore the detainee’s repeated requests to consult counsel. By persisting instead with their relentless custodial interrogation, despite the detainee’s clearly expressed choice not to speak with them, the police flout another constitutional right — the detainee’s right to silence. Often if not invariably, they thereby succeed in persuading the detainee that further attempts to exercise either constitutional right will merely postpone the inevitable and prove to be in vain.

[178] Finally, at least in the context of custodial interrogations, nothing in s. 10(b) renders the effective exercise by detainees of their right to counsel subject to an “objective” determination by their interrogators regarding the presence or absence of the factors enumerated by Binnie J. (para. 106). None of these proposed limits on the right to counsel were the subject of constitutional justification under s. 1 of the *Charter*. The grounds proposed by our colleague may well provide helpful guidance in determining whether evidence obtained in violation of s. 10(b) should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In our respectful view, however, they do not bear on the contours or content of the right to counsel itself.

[179] In short, we do not accept that fresh access to counsel is limited to situations where *the police interrogator* is satisfied either that there has been a material change in circumstances, or that the request is not made in an effort to delay or distract. As we have shown, this approach is consistent neither with the text of s. 10(b) itself, nor with its broader purpose. We also reject this approach on the basis that it focusses on the objective observations and conclusions of the police, who have the detainee in their total control, and not on the subjective needs of the accused.

Selon notre Constitution, le droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) n’est pas « épuisé » après son exercice initial qui suit l’arrestation ou la détention. Son exercice par la suite n’est pas non plus assujéti à la permission des policiers qui ignorent délibérément les demandes répétées du détenu de consulter un avocat. En poursuivant plutôt leur interrogatoire acharné, malgré la décision clairement exprimée du détenu de ne pas leur parler, les policiers ne respectent pas un autre droit constitutionnel — le droit qu’a le détenu de garder le silence. Souvent, voire invariablement, ils arrivent ainsi à persuader le détenu que toute tentative d’exercer l’un ou l’autre de ces droits constitutionnels ne servira qu’à remettre à plus tard l’inévitable et se révélera futile.

[178] Enfin, du moins dans le contexte de l’interrogatoire, rien dans l’al. 10b) ne permet d’assujétir l’exercice effectif par les détenus du droit à l’assistance d’un avocat à la détermination « objective » des policiers qui les interrogent, quant à la présence ou l’absence des facteurs énumérés par le juge Binnie (par. 106). Aucune des restrictions proposées relativement au droit à l’assistance d’un avocat n’a fait l’objet d’une justification constitutionnelle au regard de l’art. 1 de la *Charte*. Il se peut que les motifs proposés par notre collègue aident à déterminer s’il y a lieu d’écarter, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue en violation de l’al. 10b). Nous estimons, toutefois, qu’ils ne se rapportent pas aux limites ni au contenu du droit à l’assistance d’un avocat lui-même.

[179] Bref, nous n’acceptons pas la thèse selon laquelle la possibilité de consulter de nouveau un avocat est réservée aux cas où *le policier conduisant l’interrogatoire* est convaincu soit de l’existence d’un changement important de circonstances, soit que la demande ne vise pas à retarder l’enquête policière ou à s’y soustraire temporairement. Comme nous l’avons démontré, cette approche ne s’accorde ni avec le texte de l’al. 10b) lui-même, ni avec son objectif général. Nous la rejetons également du fait qu’elle est centrée sur les observations et conclusions objectives de la police, sous le contrôle de laquelle se trouve entièrement le détenu, et non sur les besoins ressentis par ce dernier.

D. *Oickle and the Singh-Sinclair Squeeze*

[180] In our view, the approach of the Chief Justice and Charron J., when coupled with the majority decision in *Singh*, carries significant and unacceptable consequences for the administration of criminal justice and the constitutional rights of detainees in this country.

[181] The Chief Justice and Charron J. suggest that any residual concerns regarding the detainee's inability to consult counsel during a custodial interrogation can be addressed by an assessment of the voluntariness of the statement. More specifically, with respect to the detainee's right to remain silent, they suggest at para. 60 that the "answer" lies with *Singh*:

The better approach is to continue to deal with claims of subjective incapacity or intimidation under the confessions rule. For example, in *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at para. 61, the Court recognized that using non-existent evidence to elicit a confession runs the risk of creating an oppressive environment and rendering any statement involuntary. In *Singh*, the Court stressed that persistence in continuing the interview, particularly in the face of repeated assertions by the detainee that he wishes to remain silent, may raise "a strong argument that any subsequently obtained statement was not the product of a free will to speak to the authorities" (para. 47). [Emphasis added.]

[182] We question our colleagues' assertion that *Singh*, and the confessions rule more generally, are capable of dealing with these residual concerns in any meaningful manner. The reasons of the Chief Justice and Charron J., we believe, place an over-reliance on the ability of the confessions rule to provide this residual but essential protection.

[183] The common law requirement of voluntariness set out in *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, was never intended to serve as a substitute for the constitutional guarantees that concern us here. As Binnie J. amply demonstrates, it has hardly offered the residual protection it is said by

D. *Oickle et Singh-Sinclair : Entre l'enclume et le marteau*

[180] À notre avis, l'approche adoptée par la Juge en chef et la juge Charron, combinée avec la décision de la majorité dans *Singh*, entraîne des conséquences sérieuses et inacceptables pour l'administration de la justice criminelle et pour les droits constitutionnels des détenus dans notre pays.

[181] La Juge en chef et la juge Charron laissent entendre qu'une évaluation du caractère volontaire de la déclaration permettra de répondre à toute crainte résiduelle quant à l'impossibilité pour le détenu de consulter un avocat pendant un interrogatoire sous garde. En ce qui a trait, plus précisément, au droit du détenu de garder le silence, elles affirment, au par. 60, que la « réponse » réside dans *Singh* :

La meilleure démarche consiste à continuer d'examiner selon la règle des confessions les allégations d'incapacité ou d'intimidation subjectives. Par exemple, dans *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 61, la Cour a reconnu que l'utilisation d'éléments de preuve inexistantes pour soutirer des aveux risque de créer une atmosphère oppressive et de rendre les déclarations non volontaires. Dans *Singh*, la Cour a souligné que la persistance à poursuivre l'entretien, surtout devant les affirmations répétées du détenu qu'il souhaite garder le silence, permet de « faire valoir sérieusement que toute déclaration obtenue par la suite ne résult[e] pas d'une libre volonté de parler aux autorités » (par. 47). [Nous soulignons.]

[182] L'affirmation de nos collègues que *Singh* et, d'une façon plus générale, la règle des confessions permettent de répondre d'une façon le moins utile à ces craintes résiduelles nous laisse fort sceptiques. Les motifs de la Juge en chef et de la juge Charron, croyons-nous, expriment une confiance exagérée dans la capacité de la règle des confessions de fournir cette protection résiduelle mais essentielle.

[183] Il n'a jamais été question que l'exigence de la common law d'établir le caractère volontaire, énoncée dans *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, remplace les garanties constitutionnelles dont il est question en l'espèce. Comme le juge Binnie l'a amplement démontré, elle offre à peine la

the Chief Justice and Charron J. to afford. We need only go back to the particular facts of both *Singh* and the within appeal to demonstrate why this is so. Mr. Singh asserted his right to silence 18 times during the course of his custodial interview. Yet, a majority of the Court concluded that his inculpatory statement was nevertheless voluntary. Similarly, Mr. Sinclair's statement was deemed voluntary by the trial judge, and an appeal against that finding was abandoned in the Court of Appeal (see reasons of Frankel J.A., at para. 4) and not further challenged in this Court. Mr. McCrimmon, the appellant in the companion appeal (*R. v. McCrimmon*, 2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402) also challenged the voluntariness of his statement before both the trial judge and the Court of Appeal. Both courts concluded that his statement was voluntary.

[184] With respect, the suggestion of the Chief Justice and Charron J. that our residual concerns can be *meaningfully* addressed by way of the confessions rule thus ignores what we have learned about the dynamics of custodial interrogations and renders pathetically anaemic the entrenched constitutional rights to counsel and to silence.

[185] More broadly, however, the majority opinions in both *Singh* and this case project a view of the right to silence that hinges too closely on the voluntariness of a detainee's inculpatory statement. This approach ignores the fact that the right to silence can be breached in a manner other than the taking by the police of an involuntary statement. As Professor Stewart has observed, "[t]he right to silence can be violated when the police improperly persuade the accused to speak, but without any inducement or other factor that would make the ensuing statement involuntary" (p. 539).

[186] In our view, a denial of the right to consult counsel, which has the effect of forcing a detainee to participate in the interrogation until confession, coupled with the explicit belief on the part of the

protection résiduelle qu'elle est censée offrir selon la Juge en chef et la juge Charron. Il suffit de rappeler les faits particuliers de *Singh* et du présent pourvoi pour justifier cette évaluation. M. Singh avait invoqué son droit au silence à 18 reprises au cours de son interrogatoire. Pourtant la majorité de la Cour a conclu au caractère malgré tout volontaire de sa déclaration inculpatoire. De même, le juge de première instance a considéré la déclaration de M. Sinclair comme volontaire. Cette conclusion a fait l'objet d'un appel, lequel a été abandonné en Cour d'appel (voir les motifs du juge Frankel, par. 4) et elle n'est pas contestée devant nous. M. McCrimmon, l'appelant dans le pourvoi connexe (*R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402) a lui aussi contesté le caractère volontaire de sa déclaration en première instance et en Cour d'appel. Les deux juridictions ont jugé sa déclaration volontaire.

[184] Lorsqu'elles suggèrent que le recours à la règle des confessions peut répondre *véritablement* à nos craintes résiduelles, la Juge en chef et la juge Charron ne tiennent pas compte, à notre avis, de ce que nous avons appris au sujet de la dynamique des interrogatoires; leur suggestion affaiblit terriblement le droit à l'assistance d'un avocat et le droit de garder le silence, inscrits dans la Constitution.

[185] Mais d'une façon plus générale, les opinions de la majorité dans *Singh* et dans la présente affaire adoptent une vision du droit au silence trop étroitement axée sur le caractère volontaire de la déclaration inculpatoire du détenu. Cette conception oublie que le droit au silence peut être enfreint autrement que par l'obtention par la police d'une déclaration non volontaire. Comme l'a écrit le professeur Stewart, [TRADUCTION] « [l]e droit de garder le silence peut être violé lorsque la police persuade abusivement l'accusé de parler, mais sans qu'il y ait incitation ou présence d'un autre élément qui rendrait non volontaire la déclaration qui en découle » (p. 539).

[186] Selon nous, le fait de refuser au détenu l'exercice du droit de consulter un avocat et, par là même, de le forcer à participer à l'interrogatoire jusqu'à l'obtention d'aveux, conjugué avec la

police that they are entitled to that confession, has precisely that effect.

[187] And yet this is not the most troubling consequence of the approach adopted by the Chief Justice and Charron J.

[188] The majority held in *Singh* that detainees who have asserted their right to silence have no consequent right or power, under either the common law or the *Charter*, to prevent the police from relentlessly pursuing their custodial interrogation. It therefore follows, in their view, that a detainee cannot be allowed to achieve the same result simply by asserting their s. 10(b) right to counsel. They ground this conclusion in a belief that detainees have *an obligation to participate in the investigation against them* (reasons of the Chief Justice and Charron J., at paras. 57-58).

[189] We rejected this view in *Singh* and feel bound again to do so here. The objections we expressed in *Singh* apply with no less force to the s. 10(b) right to counsel.

[190] The majority's conclusion in *Singh* that a detainee cannot use the s. 7 right to silence to cease a custodial interview, and the view of the Chief Justice and Charron J. in this case that a detainee cannot use s. 10(b) in this same fashion, in effect creates a new right on the part of the police to the unfettered and continuing access to the detainee, for the purposes of conducting a custodial interview to the point of confession. The clear result is that custodial detainees cannot exercise their constitutional rights in order to prevent their participation in the investigation against them.

[191] We note that this expansion of police powers occurs at the expense of *Charter* rights. More importantly, it is being accomplished without subjecting the potential police power to the rigours of the s. 1 justification process, or even the *Dedman/Waterfield* test for the recognition of police powers at common law (*R. v. Waterfield*,

croyance explicite de la part de la police qu'elle a le droit d'obtenir ces aveux, a précisément cet effet.

[187] Et pourtant cette conséquence de l'approche privilégiée par la Juge en chef et la juge Charron n'est pas la plus préoccupante.

[188] La majorité a conclu dans *Singh* que le détenu qui a invoqué son droit au silence n'a pas de ce fait le droit ou le pouvoir, en vertu de la common law ou de la *Charte*, d'empêcher la police de poursuivre avec acharnement son interrogatoire. En conséquence, selon nos collègues, on ne saurait pas permettre au détenu d'obtenir le même résultat simplement en invoquant le droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b). Elles fondent cette conclusion sur l'opinion que le détenu a *l'obligation de coopérer à l'enquête dont il fait l'objet* (motifs de la Juge en chef et de la juge Charron, par. 57-58).

[189] Nous avons rejeté cette thèse dans *Singh*. Nous estimons devoir l'écartier encore une fois en l'espèce. En effet, les objections que nous avons formulées dans *Singh* s'appliquent avec la même force à propos du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b).

[190] La conclusion de la majorité dans *Singh* qu'un détenu ne peut invoquer le droit au silence garanti par l'art. 7 pour mettre fin à un interrogatoire et la thèse défendue en l'espèce par la Juge en chef et la juge Charron, qui consiste à refuser à un détenu la possibilité d'invoquer l'al. 10b) dans le même but, confèrent à la police un nouveau droit qui lui garantit un accès sans entraves et continu au détenu pour la conduite d'un interrogatoire jusqu'à l'obtention d'aveux. Le résultat est clair : le détenu sous garde ne peut pas exercer ses droits constitutionnels afin d'éviter de collaborer à l'enquête dont il fait l'objet.

[191] Nous constatons que cet élargissement des pouvoirs de la police se fait au détriment de droits garantis par la *Charte*. Surtout, il s'effectue sans que le pouvoir potentiel de la police soit soumis aux rigueurs du processus de justification prévu par l'art. 1, ni même au test *Dedman/Waterfield* utilisé pour la reconnaissance de nouveaux pouvoirs

[1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), and *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2). What is more, “this kind of judicial intervention would pre-empt any serious *Charter* review of the limits, as the limits would arise out of initiatives of the courts themselves” (*R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, at para. 81 (*per* LeBel J., Fish J. concurring)). Indeed, the Chief Justice and Charron J. subject the limits they impose on s. 10(b) to no legal or constitutional scrutiny whatsoever.

[192] Members of this Court have, in recent years, repeatedly questioned the practice of expanding the scope of police powers by judicial fiat (see, for example, *R. v. Clayton*, 2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725 (*per* Binnie J., LeBel and Fish JJ. concurring); *Orbanski*; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 (*per* LeBel J., Fish, Abella and Charron JJ. concurring)). The common thread linking these opinions is a concern that “while *Charter* rights relating to the criminal justice system were developed by the common law, the common law would now be used to trump and restrict them” (*Orbanski*, at para. 70).

[193] These concerns have been echoed by appellate courts, as exemplified by the following passage from the concurring reasons of Jackson J.A. in *R. v. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, at para. 147:

It also goes, almost without saying, that an expansion of police powers, by judicial decision alone, precludes any future *Charter* scrutiny of the increased power, and is inconsistent with the usual tenor of the evolution of the common law, which traditionally defends civil liberties and does not infringe them, without cogent evidence of the need to do so. [Emphasis added.]

We agree.

[194] We do not question the authority of the courts to expand, narrowly and only when proven

policiers en vertu des règles de la common law (*R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.), et *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2). Au surplus, « le fait d’envisager ce type d’intervention judiciaire empêcherait tout examen sérieux des restrictions à la lumière de la *Charte*, puisqu’elles auraient leur origine dans des initiatives des tribunaux eux-mêmes » (*R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, par. 81 (le juge LeBel, aux motifs duquel a souscrit le juge Fish)). Du reste, la Juge en chef et la juge Charron n’assujettissent à aucun examen légal ou constitutionnel les limites qu’elles imposent à l’égard de l’al. 10b).

[192] Des juges de notre Cour ont, au cours des dernières années, remis en question à plusieurs reprises la pratique visant à accroître l’étendue des pouvoirs de la police par décision judiciaire (voir, par exemple, *R. c. Clayton*, 2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725 (le juge Binnie, aux motifs duquel ont souscrit les juges LeBel et Fish); *Orbanski*; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, (le juge LeBel, aux motifs duquel ont souscrit les juges Fish, Abella et Charron)). Le dénominateur commun à ces opinions consiste en la crainte suivante : « alors que les droits prévus à la *Charte* en ce qui a trait au système de justice pénale ont été élaborés par la common law, on utiliserait maintenant cette même common law pour les court-circuiter et les restreindre » (*Orbanski*, par. 70).

[193] Ces préoccupations ont trouvé un écho dans des cours d’appel, comme le montre le passage suivant tiré des motifs concordants de la juge Jackson dans *R. c. Yeh*, 2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1, par. 147 :

[TRADUCTION] Il va presque sans dire qu’un élargissement des pouvoirs policiers opéré par la seule voie de la décision judiciaire exclut tout examen futur, fondé sur la *Charte*, de ce pouvoir accru, et ne cadre pas avec le sens habituel de l’évolution de la common law, qui traditionnellement défend les libertés civiles plutôt que d’y porter atteinte, à moins que la nécessité de le faire ait été solidement établie. [Nous soulignons.]

C’est aussi notre avis.

[194] Nous ne mettons pas en doute le pouvoir des tribunaux d’accroître l’étendue des pouvoirs

necessary, the scope of police powers. However, we insist that this authority be exercised explicitly, only in the face of clear evidence of the need to do so, and in a manner that is shown to be constitutionally compliant upon a rigorous s. 1 analysis.

[195] In the view of the Chief Justice and Charron J., it is important to preserve the ability of the police to properly *investigate crimes*, and to use interrogation as an *investigative technique*. As the *Singh* majority held, custodial suspects are not immune from the reach of the police:

What the common law recognizes is the individual's right to remain silent. This does not mean, however, that a person has the right not to be spoken to by state authorities. The importance of police questioning in the fulfilment of their investigative role cannot be doubted. One can readily appreciate that the police could hardly investigate crime without putting questions to persons from whom it is thought that useful information may be obtained. The person suspected of having committed the crime being investigated is no exception. Indeed, if the suspect in fact committed the crime, he or she is likely the person who has the most information to offer about the incident. Therefore, the common law also recognizes the importance of police interrogation in the investigation of crime. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 28.]

The suspect in a criminal investigation is to be valued as an important, if not “fruitful”, source of information (*Singh*, at para. 45).

[196] Based primarily on a belief in the need to balance the s. 10(b) right against the public interest in investigating and solving crimes, in addition to the perceived practical difficulties associated with exercising the right to the ongoing assistance of counsel, the position of the Chief Justice and Charron J., in essence, would therefore limit the right to consult with counsel to circumstances where some form of material or substantial change in jeopardy has occurred and the detainee has demonstrated it to the satisfaction of his interrogators. Otherwise, the ability of the police to investigate crimes would, in their view, be unduly frustrated

policiers, de façon circonscrite et seulement lorsque la nécessité de le faire a été établie. Nous précisons cependant que ce pouvoir doit être exercé explicitement, dans les seuls cas où sa nécessité a été clairement établie, et d'une manière dont on a démontré la conformité à la Constitution après une analyse rigoureuse fondée sur l'art. 1.

[195] Selon la Juge en chef et la juge Charron, il importe de préserver la capacité de la police d'*enquêter* adéquatement *sur les crimes* et de recourir à l'interrogatoire comme *technique d'enquête*. Comme l'a conclu la majorité dans *Singh*, les suspects sous garde ne sont pas à l'abri de la police :

Ce que la common law reconnaît, c'est le droit d'un individu de garder le silence. Toutefois, cela ne signifie pas que quelqu'un a le droit de ne pas se faire adresser la parole par les autorités de l'État. On ne saurait douter de l'importance que l'interrogatoire revêt dans le travail d'enquête des policiers. On comprendra aisément qu'il serait difficile pour la police d'enquêter sur un crime sans poser de questions aux personnes qui, selon elle, sont susceptibles de lui fournir des renseignements utiles. La personne soupçonnée d'avoir commis le crime à l'origine de l'enquête ne fait pas exception. Du reste, s'il a effectivement commis le crime, le suspect est vraisemblablement la personne ayant le plus de renseignements à fournir au sujet de l'épisode en question. La common law reconnaît donc aussi l'importance de l'interrogatoire policier dans les enquêtes criminelles. [Nous soulignons; soulignement dans l'original supprimé; par. 28.]

Le suspect, dans une enquête criminelle, doit être ainsi considéré comme une source de renseignements importante, voire « riche » (*Singh*, par. 45).

[196] Se fondant essentiellement sur l'opinion qu'il faut sopeser le droit garanti par l'al. 10(b) et l'intérêt public à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et soient résolus, ainsi que sur ce qu'elles perçoivent comme étant des difficultés pratiques que soulève l'exercice du droit à l'assistance continue d'un avocat, la Juge en chef et la juge Charron restreignent en fait le droit de consulter un avocat aux situations où survient un changement important ou substantiel, sous une forme ou une autre, dans le risque que comporte pour le détenu la situation dans laquelle il se trouve, et où le détenu le prouve aux enquêteurs. Autrement, la capacité de la police

and the administration of justice would, they say, grind to a halt.

[197] We note again that none of these purported justifications were put through the rigour of a s. 1 analysis, and are based on nothing more than speculation. We emphasize the absence of any evidence to support the notion that allowing detainees to consult with their counsel during the course of a lengthy custodial interview “would have a ‘devastating impact’ on criminal investigations anywhere in this country” nor that it would restrain the ambit of police questioning (*Singh*, at para. 88). We echo the comments of our colleague Binnie J. in *Clayton*, equally applicable here, that the approach of the Chief Justice and Charron J. “can only add to the problematic elasticity of common law police powers, and sidestep the real policy debate in which competing individual and societal interests are required to be clearly articulated in the established framework of *Charter* analysis” (para. 61).

[198] Concerns similar to those expressed by our colleagues were also expressed some 50 years ago in the United States, prior to and after the judgment of the United States Supreme Court in *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Critics argued that if detainees could insist on having their lawyers present during their interrogations, the police would no longer be able to obtain confessions, thereby hindering their ability to solve crimes and secure convictions.

[199] Five decades of empirical research have determined that those early fears were unfounded. Studies addressing the impact of *Miranda* have generally suggested that: (1) police officers began complying with *Miranda* immediately after it became law; (2) *Miranda* has not reduced the percentage of admissions and confessions made to officers; and (3) *Miranda* has not decreased the percentage of charges laid by prosecutors or their success in prosecuting cases. See, for example, Evelle J. Younger, “Results of a Survey Conducted in the District Attorney’s Office of Los Angeles County

d’enquêter sur les crimes serait, selon elles, indûment entravée et l’administration de la justice se trouverait paralysée.

[197] Nous soulignons encore une fois qu’aucune de ces prétendues justifications n’a été soumise à la rigueur d’une analyse fondée sur l’art. 1 et qu’elles ne reposent que sur des conjectures. Nous rappelons l’absence de toute preuve à l’appui de la thèse selon laquelle le fait de permettre à des détenus de consulter leur avocat pendant un long interrogatoire « aurait un “effet dévastateur” sur les enquêtes criminelles partout au pays » et restreindrait la portée des questions de la police (*Singh*, par. 88). Nous reprenons à notre compte les observations de notre collègue le juge Binnie dans *Clayton*, tout aussi applicables en l’espèce, selon lesquelles l’approche adoptée par la Juge en chef et la juge Charron « ne peut qu’ajouter au problème de l’élasticité des pouvoirs policiers en common law et esquiver le véritable débat de principe où les intérêts opposés de l’individu et de la société doivent être clairement exposés dans le cadre établi de l’analyse fondée sur la *Charte* » (par. 61).

[198] Des craintes analogues à celles de nos collègues ont également été soulevées il y a une cinquantaine d’années aux États-Unis, avant et après l’arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). On faisait valoir que, si les détenus pouvaient exiger la présence de leur avocat pendant les interrogatoires, la police ne serait plus en mesure d’obtenir des aveux. Cette situation entraverait sa capacité de résoudre les crimes et d’obtenir des déclarations de culpabilité.

[199] Cinq décennies de recherches empiriques ont permis d’établir de façon concluante l’absence de fondement de ces craintes initiales. De manière générale, il ressort des études sur l’incidence de *Miranda* que : (1) les policiers ont commencé à se conformer aux règles formulées dans *Miranda* immédiatement après qu’elles furent énoncées; (2) *Miranda* n’a pas réduit le pourcentage d’aveux ou de confessions faits aux policiers; (3) *Miranda* n’a diminué ni le pourcentage d’accusations portées par les poursuivants, ni le taux de réussite de ces poursuites. Voir, par exemple, Evelle J. Younger, « Results

Regarding the Effect of the Miranda Decision upon the Prosecution of Felony Cases” (1966-1967), 5 *Am. Crim. L.Q.* 32; Stephen J. Schulhofer, “*Miranda’s* Practical Effect: Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs” (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500, at p. 547.

[200] Those early findings have remained essentially undisturbed. The consensus, save a few dissenting voices, is that *Miranda’s* effect on both the rates of confession and conviction has been negligible. The rate of confession has remained relatively stable, with only a small (one to two percent) drop post-*Miranda*. Similarly, in a recent large-scale study, Prof. Schulhofer concluded that “[f]or all practical purposes, *Miranda’s* empirically detectable net damage to law enforcement is zero” (p. 547). None of the commentaries referenced by our colleagues contradict these findings. Indeed, two of the mentioned authors find that *Miranda* has inadequately achieved its intended protection of defendants subjected to custodial interrogation. As Ronald J. Allen explains:

If the atmosphere of the jail house is so compelling, if it is powerful enough to overbear the will to compel confessions to serious felonies by even innocent people, why will it not compel waivers of the abstract legal rights contained in the *Miranda* warnings? In the absence of an explanation of such matters, one would predict exactly what close to forty years of experience have demonstrated, which is that *Miranda* did not make much of a difference.

(“*Miranda’s* Hollow Core” (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71, at p. 76)

See also Charles D. Weisselberg, “Mourning *Miranda*” (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519.

[201] In concluding that the police conduct in this case violated the appellant’s s. 10(b) right to counsel, we take care to make perfectly clear that we are not advocating the adoption of the American rules under *Miranda*. Our purpose here is simply to

of a Survey Conducted in the District Attorney’s Office of Los Angeles County Regarding the Effect of the Miranda Decision upon the Prosecution of Felony Cases » (1966-1967), 5 *Am. Crim. L.Q.* 32; Stephen J. Schulhofer, « *Miranda’s* Practical Effect : Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs » (1996), 90 *Nw. U. L. Rev.* 500, p. 547.

[200] Rien n’est venu par la suite ébranler la validité de ces conclusions pour l’essentiel. On s’entend pour dire, à quelques voix dissidentes près, que *Miranda* a eu un effet négligeable sur le taux d’aveux et le taux de déclarations de culpabilité. Le taux d’aveux est demeuré relativement stable, n’ayant subi qu’une légère baisse (un à deux pourcent) après *Miranda*. De même, dans une étude récente à grande échelle, le professeur Schulhofer a conclu qu’[TRADUCTION] « [à] toutes fins utiles le dommage net empiriquement détectable causé par l’arrêt *Miranda* sur le plan de l’application de la loi est nul » (p. 547). Aucun des commentaires auxquels nos collègues renvoient ne contredit ces constatations. Deux des auteurs mentionnés estiment même que *Miranda* n’a pas réussi à établir de manière adéquate la protection que cet arrêt visait à offrir aux accusés soumis à des interrogatoires. Comme l’explique Ronald J. Allen :

[TRADUCTION] Si l’atmosphère de la prison est à ce point contraignante, si elle est suffisamment puissante pour forcer des personnes même innocentes à avouer contre leur volonté des crimes graves, pourquoi ne contraindrait-elle pas des personnes à renoncer aux garanties juridiques abstraites contenues dans les mises en garde de type *Miranda*? En l’absence d’explications à cet égard, on serait amené à prédire exactement ce que près de quarante ans d’expérience ont démontré : *Miranda* n’a pas changé grand-chose.

(« *Miranda’s* Hollow Core » (2006), 100 *Nw. U. L. Rev.* 71, p. 76)

Voir également Charles D. Weisselberg, « Mourning *Miranda* » (2008), 96 *Cal. L. Rev.* 1519.

[201] Même si nous concluons que la conduite de la police en l’espèce a porté atteinte au droit de l’appelant à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b), nous tenons à préciser très clairement que nous ne préconisons pas l’adoption au Canada

emphasize that our colleagues' fear that the administration of criminal justice would grind to a halt should custodial detainees be given greater access to counsel is not supported by the experience in jurisdictions where that very right is in place. And while the appellant did urge us to find that counsel are entitled to be present during custodial interrogations, there is no need for us to do so: Our conclusions rest entirely on the constitutional guarantee of meaningful and effective access to counsel enshrined in s. 10(b) of the *Charter*.

[202] In our respectful view, the right against self-incrimination and the right to silence cannot be eroded by an approach to criminal investigations, and in particular to custodial interrogation, that would favour perceived police efficiency at the expense of constitutionally protected rights. It is certain that police interrogation is not of itself a breach of the *Charter*, but the needs of police efficacy do not rank higher than the requirements of the *Charter*. We agree with Professor Stewart that the *Charter* places minimum demands on investigative techniques:

Since the principle against self-incrimination is part of the structure of a rights-based system of criminal justice, whatever minimum demands it places on investigative techniques have to be respected. Any system of justice that takes the dignity and worth of the individual seriously must uphold some version of the principle against self-incrimination. [p. 524]

[203] With respect, we find it difficult to reconcile the view that the right against self-incrimination ought to be ardently defended, with the suggestion that suspects who decide to exercise their right to consult with counsel, in order to meaningfully exercise their right to silence, must nevertheless endure persistent and sustained custodial interrogation. In our view, the approach of the Chief Justice and Charron J. does not pass constitutional muster.

des règles en vigueur aux États-Unis en vertu de *Miranda*. Nous entendons simplement souligner ici que la crainte d'une paralysie de l'administration de la justice qu'expriment nos collègues si les détenus sous garde obtenaient un plus grand accès à l'assistance d'un avocat ne trouve aucune confirmation dans l'expérience vécue aux endroits où ce droit a été reconnu. L'appelant nous a pressés de conclure que les avocats ont le droit d'assister aux interrogatoires, mais il n'y pas lieu pour nous de le faire. Nos conclusions reposent entièrement sur la garantie constitutionnelle de l'accès utile et effectif à l'assistance d'un avocat, laquelle est prévue par l'al. 10b) de la *Charte*.

[202] À notre avis, il faut éviter de saper le droit de ne pas s'incriminer et le droit au silence en adoptant une approche en matière d'enquêtes criminelles — en particulier d'interrogatoires — qui privilégierait l'apparente efficacité policière aux dépens de la protection des droits garantis par la Constitution. Certes, l'interrogatoire de la police ne constitue pas en soi une violation de la *Charte*, mais les exigences du travail des policiers n'ont pas préséance sur celles de la *Charte*. À l'instar du professeur Stewart, nous estimons que la *Charte* établit des exigences minimales en matière de techniques d'enquête :

[TRADUCTION] Le principe de la protection contre l'auto-incrimination étant un élément structurel d'un système de justice criminelle fondé sur des droits, les exigences minimales qu'il comporte à l'égard des techniques d'enquête doivent être respectées. Tout système de justice qui prend au sérieux la dignité et la valeur de l'individu doit préserver sous une forme quelconque le principe de la protection contre l'auto-incrimination. [p. 524]

[203] Avec égards, il nous paraît difficile de concilier le point de vue selon lequel il faut défendre ardemment le droit de ne pas s'incriminer avec la thèse que les suspects qui décident d'exercer leur droit de consulter un avocat afin d'exercer utilement leur droit au silence doivent néanmoins subir des interrogatoires persistants et prolongés. Selon nous, l'approche adoptée par la Juge en chef et la juge Charron ne répond pas aux exigences constitutionnelles.

[204] Accordingly, we are concerned lest the reasons of the Chief Justice and Charron J. be taken to have constitutionalized a police right to the uninterrupted interrogation of detainees to the point of confession. The police are not empowered by the common law or by statute, and still less by our Constitution, to prevent or undermine the effective exercise by detainees of either their right to silence or their right to counsel, or to compel them against their clearly expressed wishes to participate in *interrogations until confession*. Indeed, “[i]f the exercise of this right is a threat to our system of justice, then our system of justice, not the right to counsel, should be openly and honestly questioned” (*R. v. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248 (Que. C.A.), at p. 254 (*per* Fish J.A., as he then was)).

#### IV. Application

##### A. *The Breach of Section 10(b)*

[205] Having outlined our view of the purpose and scope of s. 10(b), we turn now to the application of this right to the present appeal.

[206] Prior to his interrogation, Mr. Sinclair had two brief conversations with his lawyer, each lasting no more than three minutes. Some eight hours later, his interrogation began. Throughout the course of the custodial interrogation, Sgt. Skrine was consistent in his denial of Mr. Sinclair’s requests to consult with counsel.

[207] Mr. Sinclair requested either to consult with his lawyer or to have his lawyer present no less than six times throughout the interrogation. Each request coincided with either the presentation of incriminating evidence, both real and invented, or a direct accusation on the part of Sgt. Skrine. And in each instance, Sgt. Skrine either rebuffed the request explicitly, or simply ignored it and continued his relentless questioning.

[204] Par conséquent, nous craignons que l’on interprète les motifs de la Juge en chef et de la juge Charron comme une constitutionnalisation d’un droit de la police d’interroger sans relâche des détenus jusqu’à l’obtention d’aveux. La police n’est pas autorisée en common law ou par la loi — et encore moins par la Constitution — à empêcher ou entraver l’exercice effectif par les détenus de leur droit au silence ou de leur droit à l’assistance d’un avocat, ni à les contraindre, contre leur volonté clairement exprimée, à participer à des *interrogatoires jusqu’aux aveux*. En fait, [TRADUCTION] « [s]i l’exercice de ce droit est une menace pour notre système de justice, c’est notre système de justice, et non le droit à l’assistance d’un avocat, qui devrait être ouvertement et honnêtement remis en question » (*R. c. Charron* (1990), 57 C.C.C. (3d) 248 (C.A. Qué.), p. 254 (le juge Fish, maintenant juge à la Cour)).

#### IV. Application

##### A. *La violation de l’al. 10b)*

[205] Après avoir exposé notre conception de l’objet et de la portée de l’al. 10b), nous passons maintenant à l’application au présent pourvoi du droit qu’il garantit.

[206] Avant son interrogatoire, M. Sinclair a eu deux brèves conversations avec son avocat, dont la durée dans les deux cas n’a pas dépassé trois minutes. Quelque huit heures plus tard, son interrogatoire a commencé. Pendant cet interrogatoire sous garde, le sergent Skrine a systématiquement refusé toutes les demandes de M. Sinclair de consulter son avocat.

[207] M. Sinclair a, au moins six fois durant l’interrogatoire, demandé à consulter son avocat ou réclamé la présence de son avocat. Chacune de ces demandes a coïncidé soit avec la présentation de preuves incriminantes, réelles et inventées, soit avec une accusation directe de la part du sergent Skrine. Et chaque fois, le sergent Skrine a explicitement repoussé la demande ou n’en a simplement pas tenu compte et a poursuivi avec acharnement ses questions.

[208] Importantly, several of Mr. Sinclair's requests for counsel were coupled with firm assertions of his right to silence. For example, at the outset of the session, Mr. Sinclair declared, "I'm not saying anything or talking about anything that's until my lawyer's around and he tells me what's going on and stuff" (A.R., at p. 542 (emphasis added)).

[209] Perhaps more troubling is the extent to which Sgt. Skrine believed he was entitled to Mr. Sinclair's confession. In his eyes, Mr. Sinclair's lack of cooperation — in other words his refusal to confess — meant that he was treating his interrogation like nothing more than a "game":

Sinclair: I hear what you're saying, I got nothing to nothing to say right now. You're playing with my mind.

Skrine: You know what Trent? This is not a game.

. . .

There are a number of people's lives here that are entirely affected by what you do, including yourself. Now you've got to summon the courage up to look yourself in that mirror and you decide what person you wanna be, Trent. This is not a game. And shame on you for turning it into a game.

Sinclair: Not trying to turn anything into a game.

Skrine: Good. 'Cause Gary GRICE was a human being and he has people that love him and you have people that love you that are affected by what you've done. You have made decisions in a state that only you can tell me or make me understand. You have made decisions that have affected all these people. You now hold decisions in your hand that affect all those people. This does not go away. You think about that. None of this goes away.

(Door opens and closes as Sgt. SKRINE exits the room.)

[208] Fait important, plusieurs des demandes de M. Sinclair de consulter son avocat s'accompagnaient d'affirmations fermes de son droit au silence. Par exemple, dès le début de la séance, M. Sinclair a déclaré : [TRADUCTION] « Je refuse de dire quoi que ce soit ou de parler de quoi que ce soit jusqu'à ce que mon avocat soit là et me dise ce qui se passe et tout » (d.a., p. 542 (nous soulignons)).

[209] Il est encore plus troublant, peut-être, de constater à quel point le sergent Skrine croyait avoir droit aux aveux de M. Sinclair. À ses yeux, le manque de coopération de M. Sinclair — en d'autres mots, son refus de passer aux aveux — signifiait qu'il considérait son interrogatoire comme un simple [TRADUCTION] « jeu » :

[TRADUCTION]

Sinclair : J'entends ce que vous dites, je n'ai rien, rien à dire pour le moment. Vous essayez de me confondre.

Skrine : Tu sais quoi, Trent? Ce n'est pas un jeu.

. . .

Ce que tu fais change entièrement la vie de plusieurs personnes, y compris la tienne. Maintenant tu dois trouver le courage de te regarder dans ce miroir et tu décides quelle personne tu veux être, Trent. Ce n'est pas un jeu. Et tu devrais avoir honte de tourner ça en jeu.

Sinclair : J'essaie pas de tourner quoi que ce soit en jeu.

Skrine : Bien. Parce que Gary GRICE était un être humain et il y a des gens qui l'aiment et il y a des gens qui t'aiment et qui subissent les conséquences de ce que tu as fait. Tu as pris des décisions dans un état dont toi seul peux me parler ou que toi seul peux me faire comprendre. Tu as pris des décisions qui ont des conséquences pour toutes ces personnes. Tu peux maintenant prendre des décisions qui touchent toutes ces personnes. Ça ne va pas se terminer. Penses-y. Rien de tout ça ne va se terminer.

(La porte s'ouvre et se referme, c'est le sergent SKRINE qui sort de la pièce.)

(Door opens and closes as Sgt. SKRINE re-enters the room.)

Skrine: I had to take a breather, Trent 'cause you know I leave here and I'm just thinking, obviously I'm not doing a very good job here. You know. Maybe I'm not doing a good enough job because I'll tell ya, the decision is that obvious. Like what are you thinking there right now? What are you thinking? What's going through your head? [Emphasis added; A.R., at p. 615.]

[210] He suggests that it would be a “mistake” for Mr. Sinclair to continue to exercise his right to silence:

Skrine: No. Trent, okay, we're not gonna play semantics here. I don't want you to lie to me. We're past that. You did. All right? The evidence is overwhelming. Trent and at the end of the day I do not want you to continue to make mistakes. You have made a mistake. [A.R., at p. 594]

[211] As this Court held in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 180, if a detainee asserts his or her right to silence and chooses not to speak, “the state is not entitled to use its superior power to override the suspect's will and negate his or her choice”. In our view, Sgt. Skrine did just that.

[212] As we have explained, both a straightforward reading and a purposive interpretation of s. 10(b) lend themselves to a broad conception of the right to counsel. The guarantee of *l'assistance d'un avocat* means more than a one-time consultation with counsel, specifically when the brief consultation is followed by a lengthy interrogation, conducted by a skilled and experienced police interrogator.

[213] Accordingly, the police's failure to suspend the interrogation and allow Mr. Sinclair to consult with counsel, in the face of his numerous requests, constituted a breach of his right to counsel, guaranteed by s. 10(b) of the *Charte*.

(La porte s'ouvre et se referme, c'est le sergent SKRINE qui revient dans la pièce.)

Skrine : Il fallait que je prenne un moment de répit, Trent, parce que tu sais je sors d'ici et je pense, de toute évidence, je ne fais pas un très bon travail en ce moment. Tu sais. Peut-être que je ne fais pas un assez bon travail parce que je vais te dire, la décision est tellement évidente. Par exemple, qu'est-ce que tu te dis à ce moment précis? Qu'est-ce que tu es en train de te dire? Qu'est-ce qui se passe dans ta tête? [Nous soulignons; d.a., p. 615.]

[210] Le sergent Skrine a même dit à M. Sinclair qu'il commettrait une [TRADUCTION] « erreur » s'il continuait à exercer son droit au silence :

[TRADUCTION]

Skrine : Non. Trent, bon, on ne va pas faire de la sémantique. Je ne veux pas que tu me mentes. On n'en est plus là. Tu l'as déjà fait. D'accord? La preuve est accablante. Trent, et en fin de compte je ne veux pas que tu continues à faire des erreurs. Tu as déjà fait une erreur. [d.a., p. 594]

[211] Comme la Cour l'a confirmé dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 180, lorsqu'un détenu invoque son droit au silence et choisit de garder le silence, « l'État ne peut utiliser son pouvoir supérieur pour faire fi de la volonté du suspect et nier son choix ». Or à notre avis, c'est exactement ce qu'a fait le sergent Skrine.

[212] Comme nous l'avons expliqué, la simple lecture et une interprétation téléologique de l'al. 10b) favorisent une conception large du droit à l'assistance d'un avocat, qui ne se limite pas à une consultation unique avec un avocat, surtout lorsque la brève consultation est suivie d'un long interrogatoire, mené par un enquêteur habile et expérimenté.

[213] Par conséquent, en ne suspendant pas l'interrogatoire et en ne permettant pas à M. Sinclair de consulter un avocat, malgré ses nombreuses demandes en ce sens, la police a porté atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10b) de la *Charte*.

[214] However, we must also consider whether the incriminating statements made by Mr. Sinclair to the undercover officer, posing as a fellow inmate, and his participation in a re-enactment of the murder, were also obtained in violation of the *Charter*.

[215] The Court recently considered the issue of statements made subsequent to a *Charter* breach in *R. v. Wittwer*, 2008 SCC 33, [2008] 2 S.C.R. 235. In *Wittwer*, the test for admissibility was expressed in the following terms, at para. 21:

In considering whether a statement is tainted by an earlier *Charter* breach, the courts have adopted a purposive and generous approach. It is unnecessary to establish a strict causal relationship between the breach and the subsequent statement. The statement will be tainted if the breach and the impugned statement can be said to be part of the same transaction or course of conduct: *Strachan* [*R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980], at p. 1005. The required connection between the breach and the subsequent statement may be “temporal, contextual, causal or a combination of the three”: *R. v. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, at para. 45. A connection that is merely “remote” or “tenuous” will not suffice: *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463, at para. 40; *Plaha*, at para. 45.

[216] Like ripples in a pond, Mr. Sinclair’s original confession to Sgt. Skrine had far-reaching implications. In our view, both Mr. Sinclair’s statement to the undercover officer and his participation in the re-enactment were inextricably linked to his original confession. In fact, Mr. Sinclair said as much to his “cellmate” before confessing to the murder: “They’ve got me, the body, the sheets, the blood, the fibres on the carpet, witnesses. I’m going away for a long time but I feel relieved.”

[217] We therefore find that both the subsequent confession and the re-enactment were obtained in violation of s. 10(b) as well.

#### B. *The Remedy: Section 24(2) of the Charter*

[218] Finally, having found a *Charter* breach, we must now turn to the question of remedy. The appellant asks that the evidence obtained as a result

[214] Nous devons également nous demander, cependant, si les déclarations incriminantes de M. Sinclair à l’agent d’infiltration qui s’est fait passer pour un détenu et sa participation à une reconstitution du meurtre ont elles aussi été obtenues en violation de la *Charte*.

[215] Notre Cour a récemment examiné dans *R. c. Wittwer*, 2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235, la question des déclarations faites après une violation de la *Charte*. L’arrêt *Wittwer* a décrit ainsi le critère d’admissibilité de ces déclarations :

Les tribunaux appelés à décider si une déclaration est viciée par une violation antérieure de la *Charte* ont privilégié une approche généreuse et fondée sur l’objet visé. Il n’est pas nécessaire d’établir un lien de causalité strict entre la violation et la déclaration subséquente. La déclaration sera viciée s’il est possible d’affirmer que la violation et la déclaration en cause font partie de la même opération ou de la même ligne de conduite : *Strachan* [*R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980], p. 1005. Le lien exigé entre la violation et la déclaration subséquente peut être [TRADUCTION] « temporel, contextuel, causal ou un mélange des trois » : *R. c. Plaha* (2004), 189 O.A.C. 376, par. 45. Un lien qui est simplement « éloigné » ou « tenu » ne sera pas suffisant : *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463, par. 40; *Plaha*, par. 45. [par. 21]

[216] La confession initiale de M. Sinclair au sergent Skrine a eu des répercussions d’une grande portée. Selon nous, la déclaration de M. Sinclair à l’agent d’infiltration tout comme sa participation à la reconstitution se trouvaient inextricablement liées à sa confession initiale. En fait, M. Sinclair a confirmé ce lien lorsqu’il a dit à son « compagnon de cellule » avant d’avouer le meurtre : [TRADUCTION] « Ils m’ont eu. Ils ont le corps, les draps, le sang, les fibres du tapis, des témoins. Je vais être en taule pour longtemps, mais je suis soulagé. »

[217] Nous concluons donc que tant la confession subséquente que la reconstitution ont elles aussi été obtenues en violation de l’al. 10b).

#### B. *La réparation : le par. 24(2) de la Charte*

[218] Enfin, après avoir constaté une violation de la *Charte*, il nous faut maintenant aborder la question de la réparation. L’appellant demande que les

of the breach be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

[219] The test for exclusion of evidence under s. 24(2) was recently refined and restated in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, and *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494. As the Court explained, when determining whether the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute, three factors must be weighed:

- (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct;
- (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and
- (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits.

[220] First, we note the type of evidence at issue — an incriminatory statement obtained in breach of the *Charter*. As the Court held in *Grant*, although there is no blanket rule for *Charter*-infringing statements, the admission of such evidence tends to bring the administration of justice into disrepute (paras. 90-92). Nevertheless, even in the context of incriminatory statements, all three factors must be examined.

[221] Bearing that in mind, we turn first to the seriousness of the state conduct. We believe that the violation of Mr. Sinclair's constitutionally guaranteed right to counsel was significant, and not merely a technical breach. However, we recognize that Sgt. Skrine was acting in good faith, in accordance with the law as he (and other courts, for that matter) understood it. At trial, he was candid about his understanding of the law:

... without inquiring further to determine whether or not he was confused about the advice he received, or if I got that feeling through his conversation, or if we had

éléments de preuve obtenus par suite de cette violation soient écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[219] Le test applicable en matière d'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) a récemment été explicité et reformulé dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, et *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494. Comme la Cour l'a expliqué, trois facteurs doivent être pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice :

- (1) la gravité de la conduite de l'État portant atteinte à la *Charte*;
- (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*;
- (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

[220] Tout d'abord, nous rappelons le type de preuve dont il est question — une déclaration incriminante obtenue en violation de la *Charte*. Comme l'a conclu la Cour dans *Grant*, même s'il n'existe pas de règle générale à l'égard des déclarations obtenues en violation de la *Charte*, l'utilisation de tels éléments de preuve tend à déconsidérer l'administration de la justice (par. 90-92). Cependant, même dans le contexte d'une déclaration incriminante, les trois facteurs doivent être examinés.

[221] En gardant ces principes à l'esprit, nous abordons tout d'abord la question de la gravité de la conduite de l'État. À notre avis, la violation du droit à l'assistance d'un avocat qui est garanti par la Constitution à M. Sinclair est sérieuse et ne représente pas une simple violation technique. Nous reconnaissons cependant que le sergent Skrine a agi de bonne foi, en conformité avec le droit tel que lui-même (comme du reste d'autres tribunaux) le comprenait. Au procès, il a exposé franchement sa compréhension du droit :

[TRADUCTION] ... sans chercher davantage à déterminer s'il y avait ou non confusion dans son esprit au sujet des conseils qu'il avait reçus, ou si j'avais eu ce sentiment au

some sort of change in jeopardy as we talked through here, I wouldn't have necessarily automatically provided that phone call. I believed that we had met his rights. We had met our obligation at this time. [A.R., at p. 337]

[222] Sgt. Skrine's view of the law was not unjustified, given the undeveloped jurisprudence in this area. His denial of Mr. Sinclair's request for counsel was not malicious or otherwise motivated by bad faith.

[223] The second factor, however, strongly militates in favour of exclusion of the incriminating statements. It is almost impossible to imagine a case where a *Charter* breach *would have a greater impact* on the protected interests of an individual. At a time when his freedom hung in the balance, Mr. Sinclair was denied access to the legal counsel that he desperately required.

[224] As a direct result of this unconstitutional deprivation, Mr. Sinclair relented in the face of unrelenting questioning and incriminated himself. Had he been provided with an opportunity to consult counsel, the outcome would likely have been very different. The impact of the breach, therefore, struck at the core of our most cherished legal protections: the right to silence and the protection against self-incrimination.

[225] Finally, we consider society's interest in the adjudication of the case on its merits. The offence at issue here — murder — is of the utmost severity. So too, however, is the right being protected. While society has an interest in the adjudication of a case on its merits, sometimes, as is the case here, that interest will be outweighed by the protection of the most fundamental rights in the criminal justice system. The right to counsel guarantees and safeguards the effective exercise of the legal rights that ensure the fairness of our criminal process.

cours de la conversation, ou s'il y avait eu un changement quelconque du risque, comme nous en avons parlé ici, je n'aurais pas nécessairement permis automatiquement cet appel téléphonique. Je pensais que nous avions respecté ses droits. Nous avons rempli notre obligation à ce moment-là. [d.a., p. 337]

[222] L'idée que le sergent Skrine se faisait du droit n'était pas injustifiée, en raison de la pauvreté de la jurisprudence dans ce domaine. Le refus de la demande de M. Sinclair de consulter son avocat ne relevait pas de la malveillance ni de la mauvaise foi.

[223] Le deuxième facteur, en revanche, milite fortement en faveur de l'exclusion des déclarations incriminantes. Il est presque impossible d'imaginer un cas où une violation de la *Charte aurait une incidence plus grande* sur les droits protégés d'une personne. À un moment où sa liberté était en jeu, M. Sinclair s'est vu refuser l'accès à l'assistance d'un avocat dont il avait désespérément besoin.

[224] Cette privation inconstitutionnelle d'un droit a eu pour résultat direct de faire fléchir M. Sinclair face à des questions incessantes et de l'amener à s'incriminer. Si on lui avait donné la possibilité de consulter son avocat, l'issue aurait sans doute été bien différente. L'incidence de la violation a donc porté atteinte au cœur même des protections juridiques auxquelles nous attachons le plus grand prix : le droit de garder le silence et la protection contre l'auto-incrimination.

[225] Enfin, nous prenons en considération l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. D'une part, l'infraction dont il est question en l'espèce — le meurtre — est d'une gravité extrême. Mais, d'autre part, le droit qui est protégé revêt une importance capitale. Malgré l'intérêt de la société à ce qu'une affaire soit jugée au fond, il arrive, comme c'est le cas en l'espèce, que cet intérêt doive céder le pas à la protection des droits les plus fondamentaux dans le système de justice criminelle. Le droit à l'assistance d'un avocat garantit et protège l'exercice effectif des droits sur lesquels repose l'équité de notre processus pénal.

[226] Accordingly, we would exclude the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

#### V. Conclusion

[227] For all of these reasons, we would allow the appeal, set aside the appellant's conviction and order a new trial.

*Appeal dismissed, BINNIE, LEBEL, FISH and ABELLA JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Winnipeg.*

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

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck & Greene, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

[226] Par conséquent, nous sommes d'avis d'écartier les éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

#### V. Conclusion

[227] Pour tous ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, LEBEL, FISH et ABELLA sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck & Greene, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*

**Donald Russell McCrimmon** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Canadian Civil Liberties Association  
and Criminal Lawyers' Association of  
Ontario** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. McCrimmon

2010 SCC 36

File No.: 32969.

2009: May 12; 2010: October 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Custodial interrogation — Presence of counsel — Renewed opportunity to consult counsel — Accused's counsel of choice unavailable — Accused spoke instead to duty counsel — Neither counsel present during police interrogation — Repeated requests for further consultation — Incriminating statements made during interrogation — Whether accused's right to counsel breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

M was arrested in relation to eight assaults committed against five different women over the course of the preceding two months. Upon being informed of the reasons for his arrest and of his right to counsel, he stated that he wished to speak to a lawyer. When the police failed to reach the particular lawyer he requested, M agreed to the police contacting Legal Aid and he spoke to duty counsel briefly. During the course of the police interrogation that followed, he stated several times that he wanted to speak to a lawyer and to have a lawyer

**Donald Russell McCrimmon** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,  
Association des libertés civiles de la Colombie-  
Britannique, Association canadienne  
des libertés civiles et Criminal Lawyers'  
Association of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. McCrimmon

2010 CSC 36

N° du greffe : 32969.

2009 : 12 mai; 2010 : 8 octobre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Interrogatoire sous garde — Présence de l'avocat — Nouvelle possibilité de consulter l'avocat — Non-disponibilité de l'avocat choisi par l'accusé — Consultation par l'accusé de l'avocat de garde au lieu de l'avocat de son choix — Ni l'un ni l'autre des avocats n'étaient présents pendant l'interrogatoire de la police — Demandes répétées de l'accusé de consulter de nouveau un avocat — Déclarations incriminantes faites pendant l'interrogatoire — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

M a été arrêté pour huit agressions commises contre cinq femmes au cours des deux mois précédant son arrestation. Une fois informé des motifs de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat, il a dit vouloir parler à un avocat. Après que la police eut tenté en vain de joindre l'avocat de son choix, M a accepté la suggestion de la police de communiquer avec l'aide juridique et il a parlé brièvement avec l'avocat de garde. Au cours de l'interrogatoire de police qui a suivi, il a répété plusieurs fois qu'il voulait parler à un avocat et avoir un avocat présent.

present. His requests were denied. Eventually, M made incriminatory statements. His objections to the admissibility of the statements on *Charter* grounds were rejected in the trial and appeal courts below.

*Held* (LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: For the reasons set out in the companion case of *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, s. 10(b) of the *Charter* does not require the presence, upon request, of defence counsel during a custodial interrogation. Also, no s. 10(b) violation ensued from the failure to provide M with an opportunity to consult with the particular lawyer of his choice prior to the interrogation or from the denial of his requests for further consultation during the course of the interrogation. While M expressed a preference for speaking with a particular lawyer, the police rightly inquired whether he wanted to contact duty counsel instead when that lawyer was not immediately available. M agreed, exercised his right to counsel before the interrogation began, and expressed satisfaction with the consultation. He also indicated an awareness of his rights at the commencement of the interrogation. In these circumstances, there was no further obligation on the police to hold off the interrogation until such time as M's counsel of choice became available. Therefore, there was no breach of s. 10(b) prior to commencing the interrogation.

Nor was there a breach when the police continued the interrogation despite M's assertion that he did not want to discuss the incidents in question until he had spoken with his lawyer. As explained in *Sinclair*, the police may provide the detainee with any number of opportunities to consult with counsel. However, they are constitutionally required to do so only where developments in the course of the interrogation make this necessary to serve the purpose underlying s. 10(b) of providing the detainee with legal advice relevant to his right to choose whether to cooperate with the police investigation or not. During the course of the interrogation, there was no objectively discernable change in circumstances which gave rise to M's right to consult again with counsel. When pressed for his version of the events, M emphasized the absence of his lawyer, expressing his sense of vulnerability without legal representation and his ignorance of the law, and insisted that he would not speak without his lawyer. Arguably, M's expression of vulnerability and ignorance of the law, when considered in isolation, could indicate confusion about his choices and right to remain silent. However, when the circumstances are viewed as a whole, it is clear that M understood his right to silence. The police repeatedly

Ses demandes ont été refusées. Finalement, M a fait des déclarations incriminantes. Le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont rejeté ses objections fondées sur la *Charte* quant à l'admissibilité des déclarations.

*Arrêt* (les juges LeBel, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell* : Pour les motifs exposés dans le pourvoi connexe *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, l'al. 10b) de la *Charte* n'exige pas la présence, sur demande, de l'avocat de la défense lors d'un interrogatoire sous garde. De plus, le fait de ne pas accorder à M la possibilité de consulter l'avocat de son choix avant l'interrogatoire ou le refus d'accéder à ses demandes de consultation supplémentaire au cours de l'interrogatoire n'a entraîné aucune violation de l'al. 10b). Bien que M ait indiqué qu'il préférerait parler à un avocat en particulier, c'est à bon droit que la police lui a demandé s'il voulait communiquer avec l'avocat de garde lorsque l'avocat de son choix n'était pas immédiatement disponible. M a accepté, a exercé son droit à l'assistance d'un avocat avant l'interrogatoire et s'est dit satisfait de la consultation. Il a aussi indiqué, au début de l'interrogatoire, qu'il était au courant de ses droits. Dans les circonstances, la police n'était plus tenue de suspendre l'interrogatoire jusqu'à ce que l'avocat choisi par M soit disponible. Par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'al. 10b) avant l'interrogatoire.

Il n'y a pas eu non plus de violation lorsque la police a continué l'interrogatoire malgré la déclaration de M qu'il ne voulait pas discuter des événements en question avant d'avoir consulté son avocat. Comme il est expliqué dans *Sinclair*, la police peut accorder au détenu plusieurs possibilités de consulter un avocat. Elle n'est toutefois tenue par la Constitution de le faire que si des changements au cours de l'interrogatoire font qu'il est nécessaire de les accorder pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de fournir au détenu des conseils juridiques sur son droit de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière. Il n'y a pas eu, au cours de l'interrogatoire, de changement de circonstances objectivement discernable qui aurait donné à M le droit de consulter de nouveau un avocat. Lorsque la police l'a pressé de donner sa version des événements, M a souligné l'absence de son avocat, exprimant son sentiment d'être vulnérable sans être représenté par un avocat et son ignorance du droit, et il a répété qu'il ne parlerait pas en l'absence de son avocat. Le fait que M a déclaré qu'il se sentait vulnérable et qu'il ignorait tout du droit, considéré isolément, pourrait sans doute indiquer qu'il était peut-être désorienté quant à ses choix et son droit de garder le silence. Toutefois, il ressort clairement de l'examen de l'ensemble des circonstances que

confirmed that it was M's choice whether to speak or not. It is apparent from M's interjections in the course of the interrogation that he understood this. Further, the trial judge properly considered any impact on M arising from the police's refusals to facilitate further contacts with counsel in assessing the voluntariness of the statements. There is no reason to interfere with the trial judge's conclusion that the statements were voluntary or with his dismissal of the *Charter* application.

*Per Binnie J.*: M was not denied his s. 10(b) right to counsel. For the reasons set out in a dissent in the companion case of *Sinclair*, a detainee is entitled to a further opportunity or opportunities to receive advice from counsel during a custodial interrogation where his or her request falls within the purpose of the s. 10(b) right (i.e. to satisfy a need for legal assistance rather than delay or distraction), and such request is reasonably justified by the objective circumstances that were or ought to have been apparent to the police during the interrogation. M meets the first branch of the test, but fails at the second. Nothing in the transcript of the interrogation suggests an attempt by M to assert his s. 10(b) right for a purpose other than meaningful legal assistance. On the other hand, there is nothing in the transcript to suggest that his requests were reasonably justified by the objective circumstances. Nowhere can M flag a point in time or an issue on which a further consultation could be considered reasonably justified. M's incriminating statements occur when the officer showed M a photograph of one of the victims and related some of her story. The breakthrough, when it came, seemed to drop gently into the officer's lap. There is nothing in the exchange that ensued, or elsewhere in the transcript, to suggest that M was wrongfully denied his right to counsel.

*Per LeBel, Fish and Abella JJ. (dissenting)*: Since detainees have no legal obligation to participate in a custodial interrogation, they can hardly be said to frustrate, impermissibly, any persistent attempts by the police to prevent them from exercising their constitutional right to counsel. In addition, the right to consult counsel does not depend on the narrow and restrictive finding, in the opinion of the police interrogator, of a manifest or material change in jeopardy. A purposive reading of s. 10(b) must give greater weight to the role of counsel — under our system of justice generally, and in the context of custodial interrogations specifically.

M comprenait qu'il avait le droit de garder le silence. La police a confirmé à maintes reprises qu'il appartenait à M de choisir de parler ou de se taire. D'après les interjections de M au cours de l'interrogatoire, il est manifeste qu'il comprenait ce qu'on lui disait. De plus, lorsqu'il a apprécié le caractère volontaire des déclarations, le juge du procès a correctement pris en compte toute répercussion que pourrait avoir sur M le refus de la police de faciliter d'autres contacts avec un avocat. Il n'existe aucune raison d'intervenir dans la conclusion du juge du procès que les déclarations étaient volontaires ou dans sa décision de rejeter la demande fondée sur la *Charte*.

*Le juge Binnie* : M n'a pas été privé de l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b). Pour les motifs exposés dans une dissidence dans l'arrêt connexe *Sinclair*, le détenu a droit à une ou plusieurs autres possibilités de recevoir des conseils d'un avocat au cours d'un interrogatoire sous garde si sa demande cadre avec l'objet du droit garanti par l'al. 10b) (c.-à-d. satisfaire à un besoin d'assistance juridique et non retarder la pression policière ou s'y soustraire temporairement), et une telle demande est raisonnablement justifiée par les circonstances objectives qui étaient apparentes ou auraient dû l'être pour la police lors de l'interrogatoire. M remplit le premier volet du test, mais pas le second. Rien dans la transcription de l'interrogatoire n'indique que M ait tenté de revendiquer son droit prévu par l'al. 10b) à d'autres fins que celle d'obtenir une assistance juridique utile. Par contre, rien dans la transcription ne donne à penser que ses demandes étaient raisonnablement justifiées par les circonstances objectives. M n'est pas en mesure de désigner un moment auquel ou une question relativement à laquelle une autre consultation pouvait être considérée comme raisonnablement justifiée. Ses déclarations incriminantes sont survenues lorsque le policier lui a montré une photographie d'une des victimes et lui a rapporté en partie la version de cette dernière. Le tournant, lorsqu'il est arrivé, a semblé se produire tout naturellement. Rien dans l'échange qui a suivi ou ailleurs dans la transcription ne donne à penser que M s'est vu refuser à tort son droit à l'assistance d'un avocat.

*Les juges LeBel, Fish et Abella (dissidents)* : Puisque les détenus n'ont aucune obligation juridique de collaborer avec les enquêteurs pendant leur interrogatoire, on ne peut guère affirmer qu'ils contrecarrent, sans droit, les tentatives persistantes de la part de la police de les empêcher d'exercer leur droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. En outre, le droit de consulter un avocat ne dépend pas de la conclusion étroite et restrictive d'un enquêteur de la police qu'il existe un changement manifeste ou important du risque. Une interprétation téléologique de l'al. 10b) doit donner plus de poids au rôle de l'avocat — dans notre système de justice en général

It is a limitation on the right to counsel, not the exercise of that right, that must be constitutionally justified. Finally, characterizing the relentless interrogation of a confined suspect as an “investigative interview” does not transform its true nature and sole purpose. A relentless interrogation is an attempt by police officers who have total physical control of a detainee to obtain an incriminating statement by systematically disregarding the detainee’s express wish and declared intention not to speak with them. The police cannot refuse to allow a detainee to consult counsel and, by pursuing their interrogation, render ineffective the detainee’s assertion of the right to silence.

In this case, M sought but was denied access to counsel during the course of a lengthy interrogation. The interrogation transcript makes it abundantly clear that, from the outset and up until the point where he begins to confess, M clearly expressed his desire not only to speak with a lawyer, but to have a lawyer explain the situation and charges to him. Throughout his interrogation, M’s repeated requests to speak with his lawyer, that the interrogation be terminated, and that he be returned to his cell, were consistently rebuffed by a police interrogator, intent on extracting a confession, notwithstanding M’s unequivocal and repeated assertion of his right to silence. The police thereby breached his rights under s. 10(b) of the *Charter*. Since the officer’s *Charter*-infringing conduct was therefore serious, and that conduct had a serious impact on M’s *Charter* rights, the statements obtained should be excluded pursuant to s. 24(2). A new trial must therefore be had.

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

**Applied:** *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429; **referred to:** *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

By Binnie J.

**Applied:** *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310.

By LeBel and Fish JJ. (dissenting)

*R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429; *R. v. Grant*,

et dans le contexte particulier des interrogatoires sous garde. C’est la restriction du droit à l’assistance d’un avocat, et non l’exercice de ce droit, qui doit être justifiée sur le plan constitutionnel. Enfin, qualifier d’« entretien à des fins d’enquête » l’interrogatoire mené avec acharnement d’un suspect détenu ne change pas sa véritable nature et son seul but. Un interrogatoire mené avec acharnement correspond à une tentative des policiers qui détiennent l’entier contrôle physique du détenu d’obtenir une déclaration incriminante de ce dernier en ignorant systématiquement sa volonté expresse et son intention déclarée de ne pas leur parler. La police ne peut empêcher un détenu de consulter un avocat et, tout en poursuivant son interrogatoire, priver d’effet la revendication par le détenu de son droit de garder le silence.

En l’espèce, M a demandé, au cours d’un très long interrogatoire, à consulter un avocat, mais cela lui a été refusé. La transcription de l’interrogatoire démontre, à l’évidence, que, dès le départ et jusqu’au moment où il passe aux aveux, M a clairement exprimé son désir non seulement de parler avec un avocat, mais aussi de se faire expliquer par celui-ci la situation et les accusations. Durant tout son interrogatoire, il a demandé à plusieurs reprises qu’on le laisse parler à son avocat, qu’on mette un terme à l’interrogatoire et qu’on le ramène à sa cellule. Ces demandes ont été systématiquement rejetées par un enquêteur de la police déterminé à arracher des aveux, malgré le recours sans équivoque et répété de M à son droit de garder le silence. La police a de ce fait violé les droits garantis à celui-ci par l’al. 10b) de la *Charte*. Comme la conduite attentatoire du policier était grave et a eu une incidence sérieuse sur les droits garantis à M par la *Charte*, les déclarations obtenues doivent être écartées conformément au par. 24(2). La tenue d’un nouveau procès s’impose donc.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin et le juge Charron

**Arrêts appliqués :** *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429; **arrêts mentionnés :** *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Citée par le juge Binnie

**Arrêt appliqué :** *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310.

Citée par les juges LeBel et Fish (dissidents)

*R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429; *R. c. Grant*,

2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 10(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Huddart, Frankel and Neilson J.J.A.), 2008 BCCA 487, 262 B.C.A.C. 193, 441 W.A.C. 193, [2008] B.C.J. No. 2567 (QL), 2008 CarswellBC 2813, affirming a decision of Wingham J., 2006 CarswellBC 3754. Appeal dismissed, LeBel, Fish and Abella J.J. dissenting.

*Gil D. McKinnon, Q.C.*, and *Christopher J. Nowlin*, for the appellant.

*Mary T. Ainslie*, for the respondent.

*David Scherbrucker* and *Christopher Mainella*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*Warren B. Milman* and *Michael A. Feder*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Jonathan C. Lisus*, *Alexi N. Wood* and *Adam Ship*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*P. Andras Schreck* and *Candice Suter*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

### I. Overview

[1] This appeal and its companion cases, *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, and *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429, elaborate upon the nature and limits of the right to

2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 10b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Huddart, Frankel et Neilson), 2008 BCCA 487, 262 B.C.A.C. 193, 441 W.A.C. 193, [2008] B.C.J. No. 2567 (QL), 2008 CarswellBC 2813, qui a confirmé une décision du juge Wingham, 2006 CarswellBC 3754. Pourvoi rejeté, les juges LeBel, Fish et Abella sont dissidents.

*Gil D. McKinnon, c.r.*, et *Christopher J. Nowlin*, pour l'appellant.

*Mary T. Ainslie*, pour l'intimée.

*David Scherbrucker* et *Christopher Mainella*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

*Warren B. Milman* et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Jonathan C. Lisus*, *Alexi N. Wood* et *Adam Ship*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*P. Andras Schreck* et *Candice Suter*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

### I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois connexes, *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, et *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429, précisent la nature et les limites du

counsel provided under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Mr. McCrimmon was arrested in relation to eight assaults committed against five different women over the course of the preceding two months. Upon being informed of the reasons for his arrest and of his right to counsel, he stated that he wished to speak to a lawyer. When the police failed to reach the particular lawyer he requested, Mr. McCrimmon agreed to contacting Legal Aid and he spoke to duty counsel for about five minutes. During the course of the police interrogation that followed, he stated several times that he wanted to speak to a lawyer and to have a lawyer present. His requests were denied. Eventually, Mr. McCrimmon made incriminatory statements. His objections to the admissibility of the statements on common law and *Charter* grounds were rejected in the trial and appeal courts below.

[2] In his appeal to this Court, Mr. McCrimmon alleges that the police violated his rights under s. 10(b) in three ways: by failing to hold off the custodial interview until he consulted counsel of his choice; by denying him the right to have counsel present during the interview; and by repeatedly denying his requests for further consultation with counsel during the course of the interrogation. No further appeal is taken from the ruling on voluntariness, although Mr. McCrimmon invites the Court to hold that the trial judge's failure to recognize an infringement of s. 10(b) undermined his conclusion that his statements were voluntary.

[3] For the reasons set out in *Sinclair*, we reject Mr. McCrimmon's submission that s. 10(b) requires the presence, upon request, of defence counsel during a custodial interrogation. We also agree with the courts below that no s. 10(b) violation ensued from the failure to provide him with an opportunity to consult with the particular lawyer of his choice prior to the interrogation or from the denial of his requests for further consultation during the course of the interrogation. As explained in *Sinclair*, the police may provide the detainee with any number of opportunities to consult with counsel. However, they are constitutionally required to do so only where developments

droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. M. McCrimmon a été arrêté pour huit agressions commises contre cinq femmes au cours des deux mois précédant son arrestation. Une fois informé des motifs de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat, il a dit vouloir parler à un avocat. Après que la police eut tenté en vain de joindre l'avocat de son choix, il a accepté de communiquer avec l'aide juridique et a parlé à l'avocat de garde pendant environ cinq minutes. Au cours de l'interrogatoire de police qui a suivi, il a répété plusieurs fois qu'il voulait parler à un avocat et avoir un avocat présent. Ses demandes ont été refusées. Finalement, il a fait des déclarations incriminantes. Le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont rejeté ses objections fondées sur la common law et la *Charte* quant à l'admissibilité des déclarations.

[2] M. McCrimmon plaide maintenant devant la Cour que la police a porté atteinte de trois façons aux droits que lui garantit l'al. 10b) : en ne suspendant pas l'entretien sous garde jusqu'à ce qu'il ait consulté l'avocat de son choix, en lui niant le droit d'avoir un avocat présent à l'entretien et en refusant à plusieurs reprises d'accéder à sa demande de consultation supplémentaire avec un avocat au cours de l'interrogatoire. Il ne se pourvoit pas contre la décision sur le caractère volontaire, mais il invite la Cour à statuer que le juge du procès, en ne reconnaissant pas qu'il y a eu violation de l'al. 10b), a miné sa conclusion que ses déclarations étaient volontaires.

[3] Pour les motifs exposés dans *Sinclair*, nous rejetons l'argument de M. McCrimmon selon lequel l'al. 10b) exige la présence, sur demande, de l'avocat de la défense lors d'un interrogatoire sous garde. De plus, nous convenons avec les tribunaux d'instance inférieure que le fait de ne pas lui accorder la possibilité de consulter l'avocat de son choix avant l'interrogatoire ou le refus d'accéder à ses demandes de consultation supplémentaire au cours de l'interrogatoire ne constituait pas une violation de l'al. 10b). Comme nous l'avons expliqué dans *Sinclair*, la police peut accorder au détenu plusieurs possibilités de consulter un avocat. Elle n'est toutefois tenue par la Constitution de le faire que si des changements

in the course of the interrogation make this necessary to serve the purpose underlying s. 10(b) of providing the detainee with legal advice relevant to his right to choose whether to cooperate with the police investigation or not. Where no such change occurs, the better approach is to continue to deal with claims of subjective incapacity or intimidation under the confessions rule.

[4] In this case, there was no change in circumstances triggering a right to renewed consultation with counsel. Further, the trial judge properly considered any impact on Mr. McCrimmon arising from the police's refusals to facilitate further contacts with counsel in assessing the voluntariness of the statements. We see no reason to interfere with the trial judge's conclusion that the statements were voluntary or his dismissal of the *Charter* application.

[5] For the reasons that follow, we would dismiss the appeal.

## II. Facts

[6] On Saturday, December 3, 2005, the RCMP arrested Mr. McCrimmon at his home in relation to eight assaults committed against five different women over the course of the previous few months. He was alleged to have picked up the women in downtown Chilliwack, B.C., driven them to an isolated area, and assaulted them. Two of the complainants alleged that he had drugged them with what turned out to be chloroform. The offences with which he was charged included assault, sexual assault, assault causing bodily harm, unlawful confinement, and the administration of a noxious substance with intent to cause bodily harm.

[7] At the outset, Cst. Laurel Mathew advised Mr. McCrimmon of the reasons for his arrest, his right to retain and instruct counsel, and his right to remain silent. She told him that he could call any lawyer he wanted, and that he had a right to contact a Legal Aid lawyer through a 24-hour telephone service. Mr. McCrimmon stated that he wished to speak to

au cours de l'interrogatoire font qu'il est nécessaire de les accorder pour que soit réalisé l'objet de l'al. 10b) de fournir au détenu des conseils juridiques sur son droit de choisir de coopérer ou non à l'enquête policière. En l'absence de tels changements, il vaut mieux continuer d'examiner selon la règle des confessions les allégations d'incapacité ou d'intimidation subjectives.

[4] En l'espèce, il n'y a pas eu de changement de circonstances qui aurait donné droit à une nouvelle consultation avec l'avocat. De plus, lorsqu'il a apprécié le caractère volontaire des déclarations, le juge du procès a correctement pris en compte toute répercussion que pourrait avoir sur M. McCrimmon le refus de la police de faciliter d'autres contacts avec un avocat. Nous ne voyons aucune raison d'intervenir dans la conclusion du juge du procès que les déclarations étaient volontaires ou dans sa décision de rejeter la demande fondée sur la *Charte*.

[5] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

## II. Les faits

[6] Le samedi 3 décembre 2005, M. McCrimmon a été arrêté chez lui par la GRC pour huit agressions commises contre cinq femmes au cours des quelques mois précédant son arrestation. Il les aurait fait monter dans sa voiture au centre-ville de Chilliwack, en Colombie-Britannique, puis les aurait agressées après les avoir conduites dans un endroit isolé. Deux des plaignantes ont allégué qu'il les avait droguées avec ce qui s'est avéré être du chloroforme. Il a été accusé notamment de voies de fait, d'agression sexuelle, de voies de fait causant des lésions corporelles, de séquestration et d'administration d'une substance délétère dans l'intention de causer des lésions corporelles.

[7] Dès le départ, l'agente Laurel Mathew a informé M. McCrimmon des motifs de son arrestation, de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et de son droit de garder le silence. Elle lui a dit qu'il pouvait appeler l'avocat de son choix et qu'il avait le droit de communiquer avec un avocat de l'aide juridique par l'entremise du

a lawyer. Cst. Mathew escorted him to the RCMP detachment in Chilliwack where Mr. McCrimmon provided the name of a Vancouver lawyer, John Cheevers, with whom he wished to speak. Cst. Mathew called Mr. Cheevers' office, but was unable to reach him and left a message on the answering machine. She did not attempt to find Mr. Cheevers' home telephone number, nor did Mr. McCrimmon ask her to do so. He said to Cst. Mathew: "I don't know if I'll hear back from him. . . . Like I said I only used him once . . . . He's the only guy I know. I've never really dealt with a lawyer before." Cst. Mathew asked Mr. McCrimmon if he would like to call a Legal Aid lawyer, to which he replied: "Well yes definitely but [I] prefer Mr. Cheevers." Mr. McCrimmon then spoke privately with duty counsel for approximately five minutes. At the end of his conversation, Mr. McCrimmon confirmed that he was satisfied with the consultation and that he understood the advice provided by duty counsel.

[8] At 5:15 p.m., Sgt. Allan Proulx, an officer with specialized training in interrogation techniques, took Mr. McCrimmon into an interview room outfitted with an audio and video recorder and spoke with him for approximately three hours and twenty minutes. At the outset of the interview, Mr. McCrimmon confirmed having spoken with a Legal Aid lawyer, revealing the advice received that he did not have to say anything to the police. Sgt. Proulx affirmed Mr. McCrimmon's right to silence, cautioned him that anything he said could be used against him, and commenced with the investigative interview.

[9] When Sgt. Proulx turned to the incidents under investigation, Mr. McCrimmon stated that he did not want to discuss the topic until he had spoken with his lawyer (A.R., vol. III, at p. 37), but at the same time indicated that he did not mind speaking with the officer (A.R., vol. III, at p. 39). Sgt. Proulx told Mr. McCrimmon that at the end of the day, he had the choice to talk or not, but that he could not have his lawyer in the interview room with him. Ten minutes into the discussion, after

service téléphonique disponible 24 heures sur 24 à cette fin. M. McCrimmon a déclaré vouloir parler à un avocat. L'agente Mathew l'a amené au détachement de la GRC à Chilliwack, où il a fourni le nom d'un avocat de Vancouver, John Cheevers, à qui il voulait parler. L'agente Mathew a appelé M<sup>e</sup> Cheevers à son bureau, mais elle n'a pas pu le joindre et lui a laissé un message sur le répondeur. Elle n'a pas essayé de trouver son numéro de téléphone à la maison; M. McCrimmon ne lui a pas non plus demandé de le faire. Voici ce qu'il a dit à l'agente Mathew : [TRADUCTION] « Je ne sais pas s'il va rappeler. [ . . . ] Comme je l'ai déjà dit, j'ai fait appel à lui une seule fois [ . . . ] Je ne connais personne d'autre. Je n'ai jamais vraiment eu affaire à des avocats auparavant. » L'agente Mathew lui a demandé s'il voulait appeler un avocat de l'aide juridique, ce à quoi il a répondu : [TRADUCTION] « Bien, oui, c'est sûr, mais je préférerais M. Cheevers. » Il a ensuite parlé en privé à l'avocat de garde pendant environ cinq minutes. À la fin de la conversation, il a confirmé qu'il était satisfait de la consultation et qu'il avait compris les conseils de l'avocat de garde.

[8] À 17 h 15, le sergent Allan Proulx, un spécialiste des interrogatoires, a amené M. McCrimmon dans une salle d'entretien équipé d'un système d'enregistrement audio et vidéo et il a parlé avec lui pendant environ trois heures et vingt minutes. Dès le début de l'entretien, M. McCrimmon a confirmé avoir parlé avec un avocat de l'aide juridique, révélant le conseil reçu selon lequel il n'était pas tenu de dire quoi que ce soit à la police. Le sergent Proulx lui a confirmé qu'il avait le droit de garder le silence, l'a averti que tout ce qu'il dirait pourrait être retenu contre lui, puis a commencé l'entretien à des fins d'enquête.

[9] Lorsque le sergent Proulx a abordé les événements faisant l'objet de l'enquête, M. McCrimmon a déclaré ne pas vouloir en discuter avant d'avoir parlé à son avocat (d.a., vol. III, p. 37), tout en ajoutant qu'il ne voyait pas d'objection à parler avec le sergent (d.a., vol. III, p. 39). Ce dernier a indiqué à M. McCrimmon qu'en fin de compte c'était à lui de décider s'il voulait parler ou se taire, mais qu'il ne pouvait avoir son avocat présent dans la salle d'entretien. Au bout de dix minutes, après que le sergent

Sgt. Proulx explained the incriminatory nature of potential DNA evidence, Mr. McCrimmon reiterated his request to speak to his own lawyer. Sgt. Proulx declined this request, stating his understanding that Mr. McCrimmon had already exercised his right to counsel by speaking to duty counsel and had expressed satisfaction with the advice received. Mr. McCrimmon did not dispute this but asked to be taken back to his cell, indicating that he was not going to answer any more questions. Sgt. Proulx told Mr. McCrimmon he did not have to answer questions but that it was his job as a police officer to provide him with the facts (A.R., vol. III, at p. 46).

[10] Sgt. Proulx continued his attempts to persuade Mr. McCrimmon to discuss the incidents under investigation, interspersing his remarks with references to what the police knew about the incident and referring to witness statements. When pressed for his version of events, Mr. McCrimmon emphasized the absence of his lawyer, his sense of feeling “vulnerable without any representation”, and his ignorance of “the legal ways” (A.R., vol. III, at p. 51). Mr. McCrimmon insisted that he would not speak without his lawyer, stating “my voice will be heard in the end, with my lawyer”, and that he was “adamant about that” (A.R., vol. III, at pp. 53 and 55). Sgt. Proulx affirmed that Mr. McCrimmon had a right to exercise his right to silence and that he did not have “to keep repeating it . . . to get that” (p. 55).

[11] Sgt. Proulx then carried on with long monologues obviously designed to establish a rapport with Mr. McCrimmon and elicit information from him. Later, steering the topic of conversation back to the alleged offences, Sgt. Proulx related more details known to the police, prompting Mr. McCrimmon to begin describing his version of the events. As Sgt. Proulx showed photographs of the assaulted women (A.R., vol. III, at p. 87), Mr. McCrimmon said he was going to be sick, and he was escorted to the washroom where he threw up. At this point, two hours after the start of the interview, Mr. McCrimmon began to admit to his

Proulx lui eut expliqué la nature incriminante d’une preuve génétique potentielle, M. McCrimmon a redemandé à parler à son avocat. Le sergent Proulx a refusé de donner suite à sa demande, déclarant comprendre que M. McCrimmon avait déjà exercé son droit à l’assistance d’un avocat en parlant à un avocat de garde et qu’il s’était dit satisfait des conseils reçus. M. McCrimmon n’a pas contesté ces faits, mais a demandé qu’on le ramène dans sa cellule, indiquant qu’il n’allait pas répondre à d’autres questions. Le sergent Proulx lui a dit qu’il n’était pas obligé de répondre aux questions, mais que c’était son travail en tant que policier de lui fournir les faits (d.a., vol. III, p. 46).

[10] Le sergent Proulx a encore tenté de convaincre M. McCrimmon de lui parler des événements faisant l’objet de l’enquête, entrecoupant ses propos de remarques sur ce que la police savait des événements et mentionnant des déclarations de témoins. Devant l’insistance du sergent pour connaître sa version des faits, M. McCrimmon a souligné l’absence de son avocat, son sentiment d’être [TRADUCTION] « vulnérable sans être représenté par un avocat » et son ignorance « des choses juridiques » (d.a., vol. III, p. 51). M. McCrimmon a réaffirmé qu’il ne parlerait pas en l’absence de son avocat, déclarant : [TRADUCTION] « vous finirez par entendre ce que j’ai à dire, avec mon avocat », et a ajouté « je suis catégorique sur ce point » (d.a., vol. III, p. 53 et 55). Le sergent Proulx a confirmé que M. McCrimmon avait le droit d’exercer son droit au silence et qu’il n’avait pas besoin de [TRADUCTION] « le répéter sans cesse [. . .] pour l’exercer » (p. 55).

[11] Le sergent Proulx s’est alors livré à de longs monologues destinés, de toute évidence, à établir de bons rapports avec M. McCrimmon et à lui soutirer des renseignements. Revenant ensuite sur les infractions reprochées, il a relaté d’autres détails connus de la police, incitant M. McCrimmon à commencer à donner sa version des événements. Lorsque le sergent Proulx lui a montré des photographies des femmes agressées (d.a., vol. III, p. 87), M. McCrimmon a dit avoir envie de vomir et a été amené aux toilettes, où il a vomi. À ce moment-là, deux heures après le début de l’entretien, M. McCrimmon a commencé à admettre qu’il était impliqué dans les crimes faisant

involvement in the investigated offences, following Sgt. Proulx's display of photographs taken from a store security camera. Mr. McCrimmon subsequently made a number of statements implicating himself in the offences. The interview concluded at approximately 8:24 p.m. and Mr. McCrimmon was returned to his cell.

### III. Judicial History

[12] On a pre-trial *voir dire* in the Provincial Court of British Columbia, Mr. McCrimmon argued that his statements were involuntary and thus inadmissible, and in the alternative, sought their exclusion under s. 24(2) on the basis of alleged s. 7 and s. 10(b) violations of the *Charter*. Mr. McCrimmon did not call evidence on the *voir dire*.

[13] The trial judge dismissed these arguments and admitted the statements (2006 CarswellBC 3756). He found that the police had not gone too far in the use of their interrogation techniques with Mr. McCrimmon, neither running afoul of the confessions rule, nor breaching his right to silence under s. 7 of the *Charter*. In particular, he rejected the contention that the questioning of Mr. McCrimmon was a "grilling" that, taken with the ignoring of his numerous requests to speak to counsel, amounted to an atmosphere of oppression. Rather, "the evidence indicates that Mr. McCrimmon was treated with respect from the time of his arrest and through his interview with Sgt. Proulx" (para. 28). He therefore ruled the statements voluntary. The trial judge held further that Mr. McCrimmon's *Charter* rights under s. 10(b) were satisfied when he consulted with the lawyer from Legal Aid. He rejected the contention that the denial of a further opportunity to consult with counsel violated either s. 10(b) or s. 7, as the evidence indicated that Mr. McCrimmon fully understood his rights.

[14] Ultimately, Mr. McCrimmon pleaded guilty to two of the eight counts during the course of the trial, and he was convicted on two further charges of sexual assault and two related charges

l'objet de l'enquête, après que le sergent Proulx lui a montré des photographies prises avec la caméra de surveillance d'un magasin. Il a par la suite fait une série de déclarations l'incriminant dans ces crimes. L'entretien s'est terminé vers 20 h 24 et M. McCrimmon a été reconduit à sa cellule.

### III. L'historique judiciaire

[12] Lors d'un *voir-dire* préalable au procès, tenu devant la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, M. McCrimmon a soutenu que ses déclarations n'étaient pas volontaires et qu'elles étaient donc inadmissibles. Il a subsidiairement sollicité leur exclusion en vertu du par. 24(2), invoquant l'atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 10b) de la *Charte*. Il n'a présenté aucune preuve au *voir-dire*.

[13] Le juge du procès a rejeté ces arguments et admis les déclarations en preuve (2006 CarswellBC 3756). Il a estimé que la police n'avait pas abusé de ses techniques d'interrogatoire avec M. McCrimmon, n'ayant ni contrevenu à la règle des confessions ou porté atteinte à son droit au silence conféré par l'art. 7 de la *Charte*. En particulier, il a rejeté la thèse selon laquelle les questions auxquelles M. McCrimmon était soumis équivalaient à un interrogatoire serré qui, combiné au fait que ses nombreuses demandes de parler à un avocat ont été ignorées, engendrait une atmosphère d'oppression. Au contraire, [TRADUCTION] « la preuve indique que M. McCrimmon a été traité avec respect depuis son arrestation jusqu'à la fin de son entretien avec le sergent Proulx » (par. 28). Le juge a donc statué que les déclarations étaient volontaires. Il a en outre conclu que les droits garantis à M. McCrimmon par l'al. 10b) de la *Charte* ont été respectés lorsqu'il a consulté l'avocat de l'aide juridique. Il a rejeté la thèse que le refus d'accorder une autre possibilité de consulter un avocat contrevient à l'al. 10b) ou à l'art. 7, car selon la preuve M. McCrimmon a parfaitement compris ses droits.

[14] En fin de compte, au procès, M. McCrimmon a plaidé coupable à deux des huit chefs et a été reconnu coupable de deux autres chefs d'accusation d'agression sexuelle et de deux chefs d'accusation

of administering a noxious substance (2006 CarswellBC 3754).

[15] Mr. McCrimmon appealed the trial judge's finding of voluntariness and his *Charter* ruling before the British Columbia Court of Appeal. Frankel J.A. for a unanimous court affirmed the voluntariness of Mr. McCrimmon's statements, and agreed with the trial judge that this determination defeated any allegation of a s. 7 violation (2008 BCCA 487, 262 B.C.A.C. 193). He also rejected the argument that the trial judge erred in dismissing his claim of a s. 10(b) violation, holding that Mr. McCrimmon had no right to speak with the lawyer of his choice prior to being interviewed by Sgt. Proulx, given that he had exercised his right to counsel by speaking with a lawyer from Legal Aid, and had expressed satisfaction with the advice received. Frankel J.A. also rejected Mr. McCrimmon's contention that s. 10(b) required the police to refrain in their questioning once he asked to speak with a lawyer again, holding that s. 10(b) afforded no such right.

#### IV. Analysis

[16] As stated at the outset, we reject Mr. McCrimmon's submission that s. 10(b) requires the presence, upon request, of defence counsel during a custodial interrogation for the reasons set out in *Sinclair*. The remaining issues are the following:

- (1) Did the police breach Mr. McCrimmon's rights by failing to hold off the interview until he had an opportunity to consult with counsel of his choice, Mr. Cheevers?
- (2) Alternatively, did the police breach his s. 10(b) rights under the *Charter* by denying his repeated requests to consult further with counsel? If so, did the trial judge's failure to recognize a violation of s. 10(b) undermine his conclusion that the statements were voluntary under the confessions rule?

connexes d'administration d'une substance délétère (2006 CarswellBC 3754).

[15] M. McCrimmon a porté en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique la conclusion du juge du procès sur le caractère volontaire et sa décision fondée sur la *Charte*. Dans un jugement unanime, le juge Frankel a confirmé le caractère volontaire des déclarations de M. McCrimmon et, tout comme le juge du procès, a estimé que l'allégation de violation de l'art. 7 ne pouvait donc être retenue (2008 BCCA 487, 262 B.C.A.C. 193). Il a aussi rejeté l'argument que le juge du procès a commis une erreur en écartant l'allégation de violation de l'al. 10b), concluant que M. McCrimmon n'avait pas le droit de parler à l'avocat de son choix avant d'être questionné par le sergent Proulx parce qu'il avait déjà exercé son droit à l'assistance d'un avocat en parlant à un avocat de l'aide juridique et qu'il s'était déclaré satisfait des conseils reçus. Le juge Frankel a en outre rejeté la prétention de M. McCrimmon selon laquelle l'al. 10b) exige de la police qu'elle s'abstienne de lui poser des questions après qu'il a demandé à parler de nouveau à un avocat, statuant que l'al. 10b) ne conférait pas un tel droit.

#### IV. Analyse

[16] Comme nous l'avons mentionné dès le départ, nous rejetons pour les motifs exposés dans *Sinclair* l'argument de M. McCrimmon selon lequel l'al. 10b) exige la présence, sur demande, de l'avocat de la défense lors d'un interrogatoire sous garde. Il reste à trancher les questions suivantes :

- (1) La police a-t-elle porté atteinte aux droits de M. McCrimmon en ne suspendant pas l'entretien jusqu'à ce qu'il ait la possibilité de consulter l'avocat de son choix, M. Cheevers?
- (2) Subsidiairement, la police a-t-elle porté atteinte aux droits garantis par l'al. 10b) de la *Charte* à M. McCrimmon en refusant d'accéder à ses demandes répétées de consulter de nouveau un avocat? Dans l'affirmative, le fait pour le juge du procès de ne pas reconnaître qu'il y a eu violation de l'al. 10b) mine-t-il sa conclusion que les déclarations sont volontaires selon la règle des confessions?

A. *Did the Police Breach Section 10(b) by Denying Mr. McCrimmon His Right to Counsel of Choice?*

[17] As explained in *Willier*, the right to choose counsel is one facet of the guarantee under s. 10(b) of the *Charter*. Where the detainee opts to exercise the right to counsel by speaking with a specific lawyer, s. 10(b) entitles him or her to a reasonable opportunity to contact chosen counsel. If the chosen lawyer is not immediately available, the detainee has the right to refuse to contact another counsel and wait a reasonable amount of time for counsel of choice to become available. Provided the detainee exercises reasonable diligence in the exercise of these rights, the police have a duty to hold off questioning or otherwise attempting to elicit evidence from the detainee until he or she has had the opportunity to consult with counsel of choice. If the chosen lawyer cannot be available within a reasonable period of time, the detainee is expected to exercise his or her right to counsel by calling another lawyer, or the police duty to hold off will be suspended: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138.

[18] What amounts to a reasonable period of time depends on the circumstances as a whole, including factors such as the seriousness of the charge and the urgency of the investigation. It is also informed by the purpose of the guarantee. The right to counsel upon arrest or detention is intended to provide detainees with immediate legal advice on his or her rights and obligations under the law, mainly regarding the right to remain silent. As Lamer J. (as he then was) aptly noted in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at p. 206:

It is not always the case that immediately upon detention an accused will be concerned about retaining the lawyer that will eventually represent him at a trial, if there is one. Rather, one of the important reasons for retaining legal advice without delay upon being detained is linked to the protection of the right against self-incrimination. This is precisely the reason that there is a duty on the police to cease questioning the

A. *La police a-t-elle violé l'al. 10b) de la Charte en privant M. McCrimmon de son droit à l'assistance de l'avocat de son choix?*

[17] Comme il a été expliqué dans *Willier*, le droit à l'assistance de l'avocat de son choix est un aspect de la garantie de l'al. 10b) de la *Charte*. Lorsque le détenu choisit d'exercer le droit à l'assistance d'un avocat en parlant à un avocat en particulier, l'al. 10b) lui assure une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix. Si l'avocat choisi n'est pas immédiatement disponible, le détenu a le droit de refuser de communiquer avec un autre avocat et d'attendre un délai raisonnable pour que l'avocat de son choix soit disponible. Dans la mesure où le détenu fait preuve d'une diligence raisonnable dans l'exercice de ces droits, la police a l'obligation de suspendre les questions ou toute tentative de soutirer des éléments de preuve du détenu, jusqu'à ce qu'il ait la possibilité de consulter l'avocat de son choix. Si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable, le détenu est censé exercer son droit à l'assistance d'un avocat en communiquant avec un autre avocat, sinon l'obligation qui incombe à la police d'interrompre l'entretien est suspendue : *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

[18] Ce qui constitue un délai raisonnable dépend de l'ensemble des circonstances, notamment de facteurs comme la gravité de l'accusation et l'urgence de l'enquête. Il faut aussi tenir compte de l'objet de la garantie. Le droit à l'assistance d'un avocat en cas d'arrestation ou de détention vise à ce que les détenus puissent bénéficier immédiatement de conseils juridiques sur les droits et obligations que leur reconnaît la loi, en particulier le droit de garder le silence. Comme l'a si bien fait remarquer le juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 206 :

Il n'arrive pas toujours qu'un accusé se soucie, dès qu'il est placé en détention, de retenir les services de l'avocat qui le représentera éventuellement à son procès, si procès il y a. L'une des raisons majeures d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat après avoir été placé en détention tient plutôt à la protection du droit de ne pas s'incriminer. C'est précisément la raison pour laquelle les policiers ont l'obligation de cesser de questionner la

detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel.

It is also because of this immediate need to consult counsel that information about the existence and availability of duty counsel and Legal Aid plans must be part of the standard s. 10(b) caution upon arrest or detention (*Brydges*). In turn, the detained person, faced with this immediate need for legal advice, must exercise reasonable diligence accordingly (*Ross*, at pp. 10-11).

[19] In this case, we agree with the courts below in rejecting Mr. McCrimmon's contention that he was denied the right to counsel of choice in a manner that contravened his rights under s. 10(b). While Mr. McCrimmon expressed a preference for speaking with Mr. Cheevers, the police rightly inquired whether he wanted to contact Legal Aid instead when Mr. Cheevers was not immediately available. Mr. McCrimmon agreed, exercised his right to counsel before the interview began, and expressed satisfaction with the consultation. He also indicated an awareness of his rights at the commencement of the interview. In these circumstances, there was no further obligation on the police to hold off the interrogation until such time as Mr. Cheevers became available.

[20] We would therefore answer the first question in the negative and find no breach in relation to Mr. McCrimmon's choice of counsel.

**B. *Did the Police Breach Section 10(b) by Denying Mr. McCrimmon's Repeated Requests to Consult Further With Counsel?***

[21] In *Sinclair*, we explained that a single-occasion rule for consulting counsel will not always fulfill the purpose of s. 10(b). A principled and purposive interpretation of the s. 10(b) right to counsel requires that detainees should be able to speak to a lawyer again during the course of a custodial interrogation where "a change of

personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

C'est aussi en raison de ce besoin immédiat de consulter un avocat que les renseignements sur l'existence des régimes d'avocats de garde et d'aide juridique et sur la possibilité d'y recourir doivent faire partie de la mise en garde normalement donnée en application de l'al. 10b) lors de l'arrestation ou de la mise en détention (*Brydges*). Quant à la personne détenue, qui a un besoin immédiat de conseils juridiques, elle doit faire preuve d'une diligence raisonnable en conséquence (*Ross*, p. 10-11).

[19] En l'espèce, nous approuvons la décision des tribunaux d'instance inférieure de rejeter l'argument de M. McCrimmon selon lequel il a été privé de son droit à l'assistance de l'avocat de son choix d'une manière qui constitue une atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'al. 10b). Certes, M. McCrimmon a indiqué qu'il préférerait parler à M<sup>e</sup> Cheevers, mais c'est à bon droit que la police lui a demandé s'il voulait communiquer avec l'aide juridique lorsque M<sup>e</sup> Cheevers n'était pas immédiatement disponible. M. McCrimmon a accepté, a exercé son droit à l'assistance d'un avocat avant l'entretien et s'est dit satisfait de la consultation. Il a aussi indiqué, au début de l'entretien, qu'il était au courant de ses droits. Dans les circonstances, la police n'était plus tenue de suspendre l'interrogatoire jusqu'à ce que M<sup>e</sup> Cheevers soit disponible.

[20] Nous sommes donc d'avis de répondre par la négative à la première question et nous concluons à l'absence d'atteinte aux droits de M. McCrimmon en ce qui concerne le choix de son avocat.

**B. *La police a-t-elle contrevenu à l'al. 10b) de la Charte en refusant d'accéder aux demandes répétées de M. McCrimmon de consulter de nouveau un avocat?***

[21] Dans *Sinclair*, nous avons expliqué que la règle de l'occasion unique de consulter un avocat ne permet pas dans tous les cas de réaliser l'objet de l'al. 10b). Une interprétation téléologique, fondée sur des principes, du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) suppose que les détenus doivent pouvoir parler de nouveau à un avocat au

circumstances makes this necessary to fulfill the purpose of s. 10(b) of the *Charter* of providing the detainee with legal advice on his choice of whether to cooperate with the police investigation or decline to do so”: *Sinclair*, at para. 53. While we noted in *Sinclair* that the categories of situations in which a change in circumstances triggers a detainee’s right to consult with counsel again are not closed, we did identify three situations currently recognized in which s. 10(b) requires a renewed right to consultation with counsel: new procedures involving the detainee; a change in the jeopardy facing the detainee; or reason to believe the first information provided was deficient. The question then becomes whether, in this case, there was a change of circumstances of this nature that made it necessary to provide Mr. McCrimmon with a further opportunity to consult with counsel to fulfill the purpose of s. 10(b).

[22] As discussed earlier in relation to the right to counsel of choice, there was no breach of s. 10(b) prior to commencing the interview. We would also find no breach when Sgt. Proulx continued speaking to Mr. McCrimmon despite the latter’s assertion, immediately when the discussion turned to the incidents in question, that he did not want to discuss the incidents under investigation until he had spoken with his lawyer (A.R., vol. III, at p. 37). At that point, Sgt. Proulx confirmed with Mr. McCrimmon that he understood it was his choice whether to say anything but that he, Sgt. Proulx, had a lot of information to provide and wanted to get to know Mr. McCrimmon (A.R., vol. III, at p. 39). Some ten minutes further into the discussion, Mr. McCrimmon stated that he wanted to speak to a lawyer, indicated that he would answer no further questions until he spoke to his own lawyer, and asked to go back to his cell (A.R., vol. III, at p. 46). Sgt. Proulx explained that it was his job to get to understand Mr. McCrimmon and to provide him with the facts. What followed was essentially a long monologue in which Sgt. Proulx continued to discuss the police investigation in relation to the incidents and tried to establish a rapport with Mr. McCrimmon in an attempt to persuade him to

cours d’un interrogatoire sous garde si, « par suite d’un changement de circonstances, cette mesure est nécessaire pour que soit réalisé l’objet de l’al. 10b) de la *Charte* de fournir au détenu des conseils juridiques quant à son choix de coopérer ou non à l’enquête policière » (*Sinclair*, par. 53). Bien que nous ayons indiqué dans *Sinclair* que les catégories de situations où un changement de circonstances donnerait au détenu le droit de consulter de nouveau un avocat ne sont pas limitatives, nous avons dégagé trois situations actuellement reconnues où l’al. 10b) exige que le détenu ait de nouveau le droit de consulter un avocat : mesures additionnelles concernant le détenu, changement du risque couru par le détenu et raison de croire que les premiers renseignements fournis sont insuffisants. Il s’agit alors de se demander si, en l’espèce, il y a eu un changement de circonstances de cette nature qui fait qu’il était nécessaire d’accorder à M. McCrimmon une autre possibilité de consulter un avocat pour que soit réalisé l’objet de l’al. 10b).

[22] Comme nous l’avons déjà mentionné au sujet du droit à l’assistance de l’avocat de son choix, il n’y a pas eu violation de l’al. 10b) avant l’entretien. Nous estimons aussi qu’il n’y a pas eu de violation lorsque le sergent Proulx a continué à parler à M. McCrimmon malgré la déclaration de celui-ci, dès que la discussion s’est engagée sur les événements en question, qu’il ne voulait pas en discuter avant d’avoir consulté son avocat (d.a., vol. III, p. 37). C’est alors que le sergent Proulx a confirmé avec M. McCrimmon qu’il avait bien compris qu’il lui revenait de décider s’il voulait parler ou non, mais que lui-même avait beaucoup de renseignements à fournir et qu’il voulait mieux le connaître (d.a., vol. III, p. 39). Environ dix minutes plus tard, M. McCrimmon a déclaré qu’il voulait parler à un avocat, a indiqué qu’il ne répondrait pas à d’autres questions avant d’avoir parlé à son avocat et a demandé qu’on le ramène dans sa cellule (d.a., vol. III, p. 46). Le sergent Proulx lui a expliqué que sa tâche était de mieux le comprendre et de le mettre au courant des faits. Ensuite, l’échange s’est pour ainsi dire transformé en un long monologue, où le sergent Proulx a continué à parler de l’enquête policière relative aux événements et a tenté d’établir de bons rapports avec M. McCrimmon dans le but de

give his side of the story. During this portion of the interview, there was no objectively discernable change in circumstances which gave rise to Mr. McCrimmon's right to consult again with counsel.

[23] Sgt. Proulx then proceeded to progressively reveal the evidence against Mr. McCrimmon. As described earlier, when pressed for his version of the events, Mr. McCrimmon emphasized the absence of his lawyer, expressing his sense of vulnerability without legal representation and his ignorance of the "legal ways", and insisted that he would not speak without his lawyer (A.R., vol. III, at pp. 51-55). As we discussed in *Sinclair*, the gradual revelation to the detainee of the evidence that incriminates him does not, without more, give rise under s. 10(b) to a renewed right to consult with counsel. However, where developments in the investigation suggest that the detainee may be confused about his choices and right to remain silent, this may trigger the right to a renewed consultation with a lawyer under s. 10(b).

[24] Arguably, Mr. McCrimmon's expression of vulnerability and ignorance of the law, when considered in isolation, could indicate such confusion. However, when the circumstances are viewed as a whole, it is clear that Mr. McCrimmon understood his right to silence. Sgt. Proulx repeatedly confirmed that it was Mr. McCrimmon's choice whether to speak or not. It is apparent from Mr. McCrimmon's interjections in the course of the interview that he understood this. As the trial judge put it on the *voir dire*: "He clearly discerned which questions might put him in jeopardy and indicated he did not wish to answer those questions" (para. 46).

[25] We conclude that there were no changed circumstances during the course of the interrogation that required renewed consultation with a lawyer.

l'amener à donner sa version des faits. Au cours de cette partie de l'entretien, il n'y a pas eu de changement de circonstances objectivement discernable qui donnerait à M. McCrimmon le droit de consulter de nouveau un avocat.

[23] Le sergent Proulx s'est alors mis à révéler progressivement à M. McCrimmon les éléments de preuve accumulés contre lui. Comme nous l'avons déjà mentionné, lorsque la police l'a pressé de donner sa version des événements, M. McCrimmon a souligné l'absence de son avocat, exprimant son sentiment d'être vulnérable sans être représenté par un avocat et son ignorance des [TRADUCTION] « choses juridiques », et il a répété qu'il ne parlerait pas en l'absence de son avocat (d.a., vol. III, p. 51-55). Comme nous l'avons indiqué dans *Sinclair*, la révélation graduelle au détenu d'éléments de preuve l'incriminant ne fait pas renaître, à elle seule, le droit de consulter un avocat prévu à l'al. 10b). Toutefois, si les faits nouveaux qui surgissent au cours de l'enquête tendent à indiquer que le détenu est peut-être désorienté quant à ses choix et son droit de garder le silence, c'est une situation qui peut donner le droit de consulter de nouveau un avocat selon l'al. 10b).

[24] Le fait que M. McCrimmon a déclaré qu'il se sentait vulnérable et qu'il ignorait tout du droit, considéré isolément, pourrait sans doute indiquer une telle désorientation. Toutefois, il ressort clairement de l'examen de l'ensemble des circonstances que M. McCrimmon comprenait qu'il avait le droit de garder le silence. Le sergent Proulx a confirmé à maintes reprises qu'il appartenait à M. McCrimmon de choisir de parler ou de se taire. D'après les interjections de M. McCrimmon au cours de l'entretien, il est manifeste qu'il comprenait ce qu'on lui disait. Comme l'a affirmé le juge du procès à l'occasion du voir-dire, [TRADUCTION] « [i]l discernait clairement les questions qui pourraient le mettre en péril et a indiqué qu'il ne désirait pas répondre à ces questions » (par. 46).

[25] Nous concluons qu'il n'y a pas eu de changement de circonstances au cours de l'interrogatoire qui nécessiterait une nouvelle consultation avec un avocat.

[26] It follows that we reject Mr. McCrimmon's further argument that the trial judge's failure to recognize a breach of the right to counsel undermined his conclusion that the statement was voluntary. It is important to add, however, as we noted in *Sinclair*, that the continuation of an interview in the face of the detainee's repeated expression of his desire for the interview to end and to speak with counsel may raise a reasonable doubt as to the voluntariness of any subsequently given statement. However, it is clear from the trial judge's reasons that he considered all relevant circumstances in determining that the statements were voluntary, including any subjective impact the refusal of Mr. McCrimmon's requests to speak to counsel may have had on him. Consequently, we see no reason to interfere with the trial judge's conclusion on voluntariness.

#### V. Disposition

[27] We would dismiss the appeal and affirm Mr. McCrimmon's convictions.

The following are the reasons delivered by

[28] BINNIE J. — I agree with the conclusion of the Chief Justice and Charron J. that this appeal should be dismissed. On the facts, the appellant was not denied his right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[29] I reach that conclusion by a somewhat different route. In my view, Mr. McCrimmon's s. 10(b) right was not exhausted when he received the "one size fits all" advice from Legal Aid duty counsel who, according to Mr. McCrimmon, "just told me not to say anything" (A.R., vol. III, at p. 11). For the reasons set out in my dissent in the companion case of *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, I believe a detainee is entitled to a further opportunity or opportunities to receive advice from counsel during a custodial interview where his or her request falls within the purpose of the s. 10(b) right

[26] Par conséquent, nous rejetons l'autre argument de M. McCrimmon selon lequel le fait que le juge du procès n'a pas reconnu qu'il y a eu atteinte au droit à l'assistance d'un avocat a miné sa conclusion que la déclaration était volontaire. Il importe d'ajouter, toutefois, comme nous l'avons noté dans *Sinclair*, que la poursuite d'un entretien alors que le détenu a déclaré à maintes reprises qu'il désirait mettre un terme à l'entretien et parler à un avocat peut soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire de toute déclaration faite ultérieurement. Cependant, il ressort clairement de ses motifs que le juge du procès a pris en compte tous les facteurs pertinents avant de conclure au caractère volontaire des déclarations, notamment toute répercussion subjective que pourrait avoir sur M. McCrimmon le refus d'accéder à ses demandes de pouvoir parler à un avocat. Par conséquent, nous ne voyons aucune raison d'intervenir dans la conclusion du juge du procès à propos du caractère volontaire.

#### V. Dispositif

[27] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer les déclarations de culpabilité prononcées contre M. McCrimmon.

Version française des motifs rendus par

[28] LE JUGE BINNIE — Je suis d'accord avec la Juge en chef et la juge Charron pour conclure qu'il y a lieu de rejeter le présent pourvoi. Il ressort des faits que l'appellant n'a pas été privé de l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[29] J'arrive à cette conclusion par une voie quelque peu différente. Selon moi, le droit garanti à M. McCrimmon par l'al. 10b) ne s'est pas trouvé épuisé lorsqu'il a reçu les conseils « passe-partout » de l'avocat de garde de l'aide juridique, qui, selon M. McCrimmon, lui [TRADUCTION] « a simplement dit de ne rien dire » (d.a., vol. III, p. 11). Pour les motifs exposés dans ma dissidence dans l'arrêt connexe *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, à mon avis, le détenu a droit à une ou plusieurs autres possibilités de recevoir des conseils d'un avocat au cours d'un entretien sous garde si sa demande cadre

(i.e. to satisfy a need for legal assistance rather than delay or distraction), and such request is reasonably justified by the objective circumstances, which were or ought to have been apparent to the police during the interrogation (*Sinclair*, at para. 80). Mr. McCrimmon meets the first branch of the test, but fails at the second.

[30] Nothing in the transcript of the interrogation suggests an attempt by Mr. McCrimmon to assert his s. 10(b) right for a purpose other than meaningful legal assistance. In the first 34 pages of the 115-page interview, the officer was talking about everything except the offences, including his own (real or fake) marital problems, presumably to build a relationship of some trust with the detainee. It is not until p. 34 that the officer, after saying “there’s two sides to every story”, begins to talk about the allegation of the beatings of female sex workers. At that point, Mr. McCrimmon says: “I want to talk to my lawyer” (A.R., vol. III, at p. 37 (emphasis added)), a request he reiterates a few minutes later. I agree with my colleagues that the police, having waited a reasonable time and having made reasonable efforts to contact Mr. McCrimmon’s lawyer of choice, were not required to wait until he became available. Mr. McCrimmon had earlier pronounced himself satisfied with duty counsel’s advice. However, his renewed requests coincided with the start of serious business and were quite plausibly within the purpose of s. 10(b).

[31] On the other hand, there is nothing in the transcript to suggest that his requests were “reasonably justified by the objective circumstances” (*Sinclair*, at para. 80). At pp. 35 and 37, Mr. McCrimmon says that he wants “the opportunity to have [his] counsel present” and the officer responds that “there’s law that says that doesn’t happen”. General questions about relations with sex workers follow. Mr. McCrimmon says “[n]o comment” on

avec l’objet du droit garanti par l’al. 10b) (c.-à-d. satisfaire à un besoin d’assistance juridique et non retarder la pression policière ou s’y soustraire temporairement), et une telle demande est raisonnablement justifiée par les circonstances objectives qui étaient apparentes, ou auraient dû l’être, pour la police lors de l’interrogatoire (*Sinclair*, par. 80). M. McCrimmon remplit le premier volet du test, mais pas le second.

[30] Rien dans la transcription de l’interrogatoire n’indique que M. McCrimmon ait tenté de revendiquer son droit prévu par l’al. 10b) à d’autres fins que celle d’obtenir une assistance juridique utile. Dans les 34 premières pages de l’entretien long de 115 pages, le policier a parlé de tout sauf des infractions, y compris ses propres problèmes conjugaux (réels ou inventés), sans doute pour établir une certaine relation de confiance avec le détenu. C’est seulement à la page 34 que le policier, après avoir dit [TRADUCTION] « il y a toujours deux facettes à une même histoire », commence à parler des allégations concernant des travailleuses du sexe qui auraient été agressées. À ce moment-là, M. McCrimmon dit : [TRADUCTION] « je veux parler à mon avocat » (d.a., vol. III, p. 37 (je souligne)), demande qu’il a réitérée quelques minutes plus tard. J’estime comme mes collègues que la police, ayant attendu pendant un temps raisonnable et ayant déployé des efforts raisonnables pour communiquer avec l’avocat choisi par M. McCrimmon, n’était pas tenue d’attendre que celui-ci soit disponible. M. McCrimmon s’était auparavant déclaré satisfait des conseils donnés par l’avocat de garde. Ses nouvelles demandes ont cependant coïncidé avec le moment où on est entré dans le vif du sujet et il est tout à fait plausible qu’elles cadrent avec l’objet de l’al. 10b).

[31] Par contre, rien dans la transcription ne donne à penser que ses demandes étaient « raisonnablement justifiée[s] par les circonstances objectives » (*Sinclair*, par. 80). Aux pages 35 et 37, M. McCrimmon dit qu’il veut avoir [TRADUCTION] « la possibilité d’avoir [son] avocat présent » et le policier lui répond qu’[TRADUCTION] « il y a une règle de droit qui dit que cela n’arrive pas ». Suivent des questions générales sur ses relations avec les

several occasions, clearly understanding his right to silence. At p. 48, he again asks for his lawyer to be present, repeated at p. 50, but at p. 52 the police officer says “you don’t have to keep repeating it” and the interview proceeds for a further couple of hours or so without any further request to consult counsel. The officer’s request not to “keep repeating it” may have been a factor in inhibiting further requests, but nowhere in the balance of the interrogation can Mr. McCrimmon flag a point in time or an issue on which a further consultation could be considered “reasonably justified by the objective circumstances, which were or ought to have been apparent” to the officer: *Sinclair*, at para. 80.

[32] Mr. McCrimmon’s initial incriminating statements do not occur until p. 77, after the officer has chatted at length about different breeds of dogs, the “Willy Pickton thing”, joblessness, second marriages, drug use, shoplifting, and so forth. Having skirted the hard questions, perhaps putting Mr. McCrimmon more at ease, the breakthrough, when it came, seemed to drop gently into the officer’s lap. He showed Mr. McCrimmon a photograph of one of the victims. He then related some of her story and the following exchange ensues:

Officer: . . . she tells us about that, she points you, she guns you off from the car right, she says that’s the guy that took me out to by the river, she describes exactly where it is and did this, this, this to me, right. Okay so . . .

McCrimmon: That’s untrue, that’s untrue.

Officer: Okay, well what is the truth.

McCrimmon: She stole my wallet.

Officer: Okay, so tell me about it, what happened? She rips you off?

travailleuses du sexe. M. McCrimmon déclare : [TRADUCTION] « Je n’ai rien à dire » à plusieurs reprises, comprenant parfaitement son droit au silence. À la page 48, il réclame encore une fois la présence de son avocat, puis de nouveau à la p. 50, mais à la p. 52, le policier lui dit : [TRADUCTION] « tu n’as pas besoin de le répéter constamment » et l’entretien se poursuit pendant environ deux heures sans d’autres demandes de consultation avec un avocat. Le fait que l’agent lui a demandé de ne pas « le répéter constamment » a pu contribuer à le dissuader de faire d’autres demandes, mais M. McCrimmon n’est en mesure de désigner nulle part dans le reste de l’interrogatoire un moment auquel ou une question relativement à laquelle une autre consultation pouvait être considérée comme « raisonnablement justifiée par les circonstances objectives qui étaient apparentes, ou auraient dû l’être, » pour le policier : *Sinclair*, par. 80.

[32] M. McCrimmon ne fait ses déclarations incriminantes initiales qu’à la p. 77, après que le policier a longuement bavardé avec lui au sujet de différentes races de chiens, de [TRADUCTION] « l’affaire Willy Pickton », du chômage, des deuxième mariages, de l’usage de stupéfiants, du vol à l’étalage, etc. Les questions difficiles ayant été éludées, ce qui a pu mettre M. McCrimmon plus à l’aise, le tournant, lorsqu’il est arrivé, a semblé se produire tout naturellement. Le policier a montré à M. McCrimmon une photographie d’une des victimes. Il a ensuite rapporté en partie la version de cette victime, et l’échange suivant a eu lieu :

[TRADUCTION]

Policier : . . . elle nous raconte ça, elle te désigne du doigt, elle a pointé dans ta direction à partir de la voiture, bon, elle dit c’est le type qui m’a conduite à la rivière, elle décrit exactement l’endroit, et il m’a fait ça, il m’a fait ça, tu vois. D’accord, donc . . .

McCrimmon : C’est faux, c’est faux.

Policier : Bon, alors quelle est la vérité?

McCrimmon : Elle m’a volé mon portefeuille.

Policier : D’accord, alors parle-moi de ça, qu’est-ce qui s’est passé? Elle te vole?

McCrimmon: She tries ripping me off, I caught her stealing my wallet.

Officer: In the car?

McCrimmon: In the car.

Officer: So how do you stop her?

McCrimmon: I hit her. [A.R., vol. III, at p. 80]

Further incriminating statements follow over the next 37 pages.

[33] There is nothing in any of this to suggest that Mr. McCrimmon was denied reasonable access to counsel in the course of the interrogation.

[34] Accordingly, I join in the dismissal of the appeal.

The reasons of LeBel, Fish and Abella JJ. were delivered by

LEBEL AND FISH JJ. (dissenting) —

### I. Overview

[35] We disagree with the Chief Justice and Justice Charron that Mr. McCrimmon's incriminating statements to the police were not obtained in a manner that infringed his right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. During the course of a lengthy interrogation, Mr. McCrimmon sought but was denied access to counsel. The police thereby breached his rights under s. 10(b) of the *Charter*. We are of the view that the statements thereby obtained should be excluded pursuant to s. 24(2), and that a new trial must therefore be had.

[36] With respect, we believe that our colleagues' reasons reflect an interpretation of the s. 10(b) right to counsel that ignores the text of s. 10(b) itself, as well as the broad purpose of the right to the effective assistance of legal counsel under the *Charter*.

McCrimmon : Elle essaye de me voler, je l'ai surprise en train de voler mon portefeuille.

Policier : Dans la voiture?

McCrimmon : Dans la voiture.

Policier : Et comment tu l'as empêchée?

McCrimmon : Je l'ai frappée. [d.a., vol. III, p. 80]

D'autres déclarations incriminantes suivent au long des 37 pages suivantes.

[33] Rien de tout cela ne donne à penser que M. McCrimmon s'est vu refuser l'accès raisonnable à un avocat au cours de l'interrogatoire.

[34] J'estime par conséquent, moi aussi, qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish et Abella rendus par

LES JUGES LEBEL ET FISH (dissidents) —

### I. Aperçu

[35] Nous sommes en désaccord avec la Juge en chef et la juge Charron, qui estiment que les déclarations incriminantes faites par M. McCrimmon à la police n'ont pas été obtenues dans des conditions qui portent atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au cours d'un très long interrogatoire, M. McCrimmon a demandé à consulter un avocat, mais cela lui a été refusé. La police a ainsi violé ses droits garantis par l'al. 10b) de la *Charte*. Nous estimons que les déclarations ainsi obtenues doivent être écartées conformément au par. 24(2) et que, de ce fait, un nouveau procès s'impose.

[36] À notre avis, l'interprétation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) qui ressort des motifs de nos collègues ne prend en compte ni le texte de l'al. 10b) lui-même, ni l'objectif général du droit à l'assistance effective d'un avocat prévu

We reiterate that a purposive reading of s. 10(b) must give greater weight to the role of counsel — under our system of justice generally, and in the context of custodial interrogations specifically. In both regards, we repeat what we said in *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310.

[37] Our particular concern here, as in the companion appeals of *Sinclair* and *R. v. Willier*, 2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429, is with the effective exercise of the right to counsel by detainees who are subjected to relentless custodial interrogation, even after they have unequivocally and repeatedly invoked their right to silence or to counsel. Both rights, and their meaningful exercise, are integral aspects of a detainee's pre-trial protections under the *Charter*. The right to counsel is both fundamental and necessarily broad in scope. While the initial advice to simply keep quiet may suffice at the outset of an interrogation, more substantive advice and assistance may be required as the interrogation progresses.

[38] We do not agree with our colleagues that detainees who, in this context, invoke their right to counsel in order to render more effective their right to silence can be denied either right on the ground that doing so would improperly frustrate the *investigative interview*. We do not believe that the right to consult counsel depends on the narrow and restrictive finding, in the opinion of the police interrogator, of a *manifest* or *material* change in jeopardy. Nor does the presence or absence of any factors set out by our colleague Binnie J. similarly constitute such a prerequisite.

[39] It is a *limitation* on the right to counsel, not the *exercise* of that right, that must be constitutionally

par la *Charte*. Nous réitérons qu'une interprétation téléologique de l'al. 10b) doit donner plus de poids au rôle de l'avocat — dans notre système de justice en général et dans le contexte particulier des interrogatoires sous garde. À ce chapitre, nous nous reposons sur les commentaires que nous avons émis dans *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310.

[37] Notre préoccupation particulière en l'espèce, comme dans les pourvois connexes *Sinclair* et *R. c. Willier*, 2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429, porte sur la question de l'exercice effectif du droit à l'assistance d'un avocat par des détenus qui sont soumis à un interrogatoire mené avec acharnement et sans pause même après avoir invoqué clairement et à maintes reprises leur droit au silence ou leur droit à l'assistance d'un avocat. Ces deux droits, ainsi que leur exercice effectif, font partie intégrante des protections que la *Charte* accorde au détenu avant le procès. Le droit à l'assistance d'un avocat revêt un caractère fondamental qui lui donne une portée nécessairement large. S'il est vrai que le conseil de simplement garder le silence, donné au départ, peut suffire au début de l'interrogatoire, des conseils et une assistance plus poussés peuvent s'avérer nécessaires au fur et à mesure que l'interrogatoire progresse.

[38] Nous ne partageons pas l'opinion de nos collègues selon laquelle il est acceptable d'ignorer les demandes répétées de recourir à l'assistance d'un avocat que formule un détenu afin de faire respecter son droit au silence, au motif qu'un acquiescement à celles-ci ferait indûment obstacle à la bonne marche de l'*entretien à des fins d'enquête*. Le droit de consulter un avocat, selon nous, ne dépend pas de la conclusion étroite et restrictive d'un enquêteur de la police qu'il existe un changement *manifeste* ou *important* du risque. Nous ne croyons pas non plus que la présence ou l'absence de l'un ou l'autre des facteurs décrits par notre collègue le juge Binnie constitue de façon similaire une telle condition préalable.

[39] C'est la *restriction* du droit à l'assistance d'un avocat, et non l'*exercice* de ce droit, qui doit être

justified. We reiterate our objection to any limitation on the s. 10(b) right without constitutional justification and evidence of necessity, and that would depend on the interrogator's exercise of discretion.

[40] Moreover, a custodial interrogation by any other name remains just that. Characterizing the relentless interrogation of a confined suspect as an "investigative interview" does not transform its true nature and sole purpose. An "interview" is a conversation between two or more consenting participants who are free to leave as they choose. A relentless custodial interrogation, on the other hand, is an attempt by police officers, who have total physical control of a detainee, to obtain an incriminating statement by systematically disregarding the detainee's express wish and declared intention not to speak with them. That is the exercise that concerns us here, as it did in *Sinclair*.

[41] The decisive issue is whether the police can refuse to allow a detainee to consult counsel and, by pursuing their custodial interrogation, render ineffective the detainee's assertion of the right to silence. Our firm answer to that question is "no, they cannot".

[42] Since detainees have no legal obligation to participate in a custodial interrogation, they can hardly be said to *frustrate*, impermissibly, any persistent attempts by the police to prevent them from exercising their constitutional right to counsel. There is no police right, under the common law or the Constitution, to the unfettered access to a detainee, for interrogation to the point of confession.

[43] This case illustrates yet again why the right to counsel is not *spent* upon its initial exercise. It

justifiée sur le plan constitutionnel. Nous réitérons notre opposition à toute restriction du droit garanti par l'al. 10b) qui n'est pas justifiée sur le plan constitutionnel, c'est-à-dire toute restriction dont la nécessité n'a pas été établie par le ministère public ou qui dépendrait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par l'enquêteur.

[40] De plus, un interrogatoire, sans égards à sa désignation, demeure un interrogatoire. Qualifier d'« entretien à des fins d'enquête » l'interrogatoire mené avec acharnement d'un suspect détenu ne change pas sa véritable nature et son seul but. Un « entretien » est une conversation entre deux ou plusieurs participants consentants qui sont libres de quitter quand bon leur semble. Par contre, un interrogatoire mené avec acharnement correspond à une tentative des policiers — qui détiennent alors l'entier contrôle physique du détenu — d'obtenir une déclaration incriminante en ignorant systématiquement sa volonté expresse et son intention déclarée de ne pas leur parler. Ce procédé nous préoccupe en l'espèce, comme ce fut le cas dans *Sinclair*.

[41] La question décisive consiste à savoir si la police peut empêcher un détenu de consulter un avocat et, tout en poursuivant son interrogatoire, priver d'effet la revendication par le détenu de son droit de garder le silence. Notre réponse catégorique à cette question demeure : « Non, elle ne peut pas. »

[42] Puisque les détenus n'ont aucune obligation juridique de collaborer avec les enquêteurs pendant leur interrogatoire, on ne peut guère affirmer qu'ils *contre-carrent*, sans droit, les tentatives persistantes de la part de la police de les empêcher d'exercer leur droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. La police n'est pas investie, en vertu de la common law ou de la Constitution, d'un droit lui donnant un accès sans entraves à un détenu afin de l'interroger jusqu'à l'obtention d'aveux.

[43] Cette affaire démontre une fois de plus pourquoi le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas

demonstrates the broader role played by counsel even within the relatively narrow confines of a custodial interrogation.

[44] Having reiterated our view of the purpose, scope, and role of s. 10(b), we turn now to an application of these principles to the facts of Mr. McCrimmon's case.

## II. Application

### A. *The Breach of Section 10(b)*

[45] As we did in *Sinclair*, we feel it important to examine the chronology of Mr. McCrimmon's repeated requests to consult with counsel, and to invoke his right to silence.

[46] The police arrested Mr. McCrimmon at his home at approximately 11:37 a.m. on December 3, 2005, and brought him to the Chilliwack RCMP detachment. He was kept in a holding cell for nearly five hours, and only then taken to the interrogation room. The arresting officer, Cst. Laurel Mathew, testified that Mr. McCrimmon sought to exercise his right to counsel, and to this end placed a call to Legal Aid duty counsel. At his request, a call was placed to the Vancouver lawyer that Mr. McCrimmon wished to consult. The lawyer did not call back.

[47] Sgt. Allan Proulx of the Major Crime Interview Team conducted Mr. McCrimmon's interrogation. He began with the ordinary pleasantries, attempting to build a rapport with Mr. McCrimmon. The two discussed their respective upbringings and family histories, as well as Mr. McCrimmon's work history, his desire to play CFL football, and his friendship with a man named Marco.

[48] As the interrogation progressed, Sgt. Proulx's stated intention was to provide Mr. McCrimmon with an opportunity "to tell [his] side of the story"

*épuisé* dès son exercice initial. Elle illustre aussi l'importance du rôle de l'avocat, même dans le cadre relativement étroit d'un interrogatoire.

[44] Ayant réitéré notre point de vue sur l'objet, la portée et le rôle de l'al. 10b), nous passons maintenant à l'application de ces principes aux faits du dossier de M. McCrimmon.

## II. Application

### A. *La violation de l'al. 10b)*

[45] Comme nous l'avons indiqué dans *Sinclair*, il nous paraît important d'examiner la chronologie des demandes répétées de M. McCrimmon de consulter son avocat et de ses affirmations successives de son droit de garder le silence.

[46] La police a arrêté M. McCrimmon à son domicile à 11 h 37 le 3 décembre 2005 et l'a amené au détachement de la GRC à Chilliwack. On l'a gardé dans une cellule de détention provisoire pendant près de cinq heures avant de le conduire dans une salle pour l'y interroger. L'agente Laurel Mathew, qui l'avait arrêté, a témoigné au procès que M. McCrimmon avait voulu exercer son droit à l'assistance d'un avocat et avait à cette fin appelé un avocat de l'aide juridique. À sa demande, un agent a essayé de joindre par téléphone un avocat de Vancouver que M. McCrimmon souhaitait consulter. Cet avocat n'a pas rappelé.

[47] Le sergent Allan Proulx, membre de l'équipe chargée d'enquêter sur les crimes graves a mené l'interrogatoire de M. McCrimmon. Il a commencé par les plaisanteries habituelles, pour tenter d'établir de bons rapports avec M. McCrimmon. Ils ont parlé de la façon dont ils avaient été élevés, de leurs histoires de famille, ainsi que des antécédents professionnels de M. McCrimmon, de son désir de jouer au sein de la LCF et de son amitié avec un certain Marco.

[48] Au bout d'un certain temps, le sergent Proulx a indiqué qu'il voulait donner à M. McCrimmon l'occasion de [TRADUCTION] « donner [sa] version

(A.R., vol. III, at p. 28). Noting that the problem was an “absence of explanations” (A.R., vol. III, at p. 52), Sgt. Proulx suggested that it was in Mr. McCrimmon’s best interest to provide one (A.R., vol. III, at p. 53):

Proulx: Don’t let people be your voice for you, Russ, that’s what, that’s what’s happening here. You are letting other people be your voice for you . . .

McCrimmon: That’s fine because my voice . . .

Proulx: You know you’re letting these people . . .

McCrimmon: Will be heard, my voice will be heard in the end, with my lawyer. That’s all I got to say.

Proulx: I’m just, you know what . . .

McCrimmon: I know, I know what you’re saying but do you know what, until I have legal representation . . .

Proulx: Yeah, it’s important.

McCrimmon: It’s in my best interest cause I, I, no I ah, I’m not going to say anything more. And I’m not trying to be an asshole. [Emphasis added.]

[49] Sgt. Proulx presented Mr. McCrimmon with the information known to the police about the offence. Initially, Mr. McCrimmon was quite successful in rebuffing the officer’s questions — offering a “No comment” here and an “I’m not gonna answer that” there (A.R., vol. III, at p. 41).

[50] And yet Sgt. Proulx was not dissuaded. He continued to encourage Mr. McCrimmon to explain “why” these offences happened (A.R., vol. III, at p. 45). He then presented Mr. McCrimmon with pieces of physical evidence — most notably DNA found in his car — that implicated him directly in the offences under investigation. Mr. McCrimmon’s immediate response was to reiterate

des faits » (d.a., vol. III, p. 28). Notant que le problème tenait à une [TRADUCTION] « absence d’explications » (d.a., vol. III, p. 52), le sergent Proulx a indiqué qu’il était dans l’intérêt de M. McCrimmon d’en fournir une (d.a., vol. III, p. 53) :

[TRADUCTION]

Proulx : Ne laisse pas des gens s’exprimer à ta place, Russ, être ta voix, c’est ce qui, c’est ce qui est en train de se passer. Tu laisses d’autres gens être ta voix . . .

McCrimmon : C’est bien, parce que ma voix . . .

Proulx : Tu sais que tu laisses ces gens . . .

McCrimmon : Sera entendue à la fin, avec mon avocat. C’est tout ce que j’ai à dire.

Proulx : Je suis simplement, tu sais ce que . . .

McCrimmon : Je sais, je sais ce que vous dites mais vous savez quoi, jusqu’à ce qu’un avocat me représente . . .

Proulx : Oui, c’est important.

McCrimmon : C’est dans mon intérêt parce que je, je, non, je, euh, je ne vais rien dire de plus. Et je n’essaie pas d’être un trou du cul. [Je souligne.]

[49] Le sergent Proulx a présenté à M. McCrimmon les renseignements dont la police disposait au sujet de l’infraction. Au début, M. McCrimmon réussissait parfaitement à repousser les questions de l’agent — répliquant tantôt par [TRADUCTION] « Je n’ai rien à dire », tantôt par « Je ne vais pas répondre à cette question » (d.a., vol. III, p. 41).

[50] Ces réponses n’ont cependant pas découragé le sergent Proulx. Il a continué à recommander à M. McCrimmon d’expliquer [TRADUCTION] « pourquoi » ces infractions s’étaient produites (d.a., vol. III, p. 45). Il a ensuite montré à M. McCrimmon des éléments matériels de preuve — surtout les traces d’ADN trouvées dans sa voiture — qui l’impliquaient directement dans les infractions faisant

his desire to speak to counsel (A.R., vol. III, at p. 45):

Proulx: You don't know why they would be?  
 McCrimmon: No.  
 Proulx: Okay. Because they've never been in there or?  
 McCrimmon: Ah, no comment. I, I really want to speak to a lawyer, please.  
 Proulx: Okay, well you, you've done that.  
 McCrimmon: Yeah.  
 Proulx: Okay, you've done that.  
 McCrimmon: Well, duty counsel, I haven't spoken to my own lawyer.

Mr. McCrimmon also reiterated his decision to exercise his right to silence, and asked to be returned to his cell. All told, Mr. McCrimmon asserted his desire to consult with a lawyer at least six times, over the course of a discussion covering over eight pages of transcript. All six requests were ignored.

[51] After a series of lengthy monologues by Sgt. Proulx, Mr. McCrimmon begins to waiver (A.R., vol. III, at p. 78). Shortly thereafter, he caves completely and commences his confession.

[52] The interrogation transcript makes it abundantly clear that, from the outset and up until the point where he begins to confess, Mr. McCrimmon clearly expressed his desire not only to speak with a lawyer, but to have a lawyer *explain the situation and charges to him* (A.R., vol. III, at p. 10):

Proulx: Okay ah, and you, and you were provided a piece of paper as well with, with all of that?  
 McCrimmon: Yeah and when I spoke to Legal Aid it was given to me too, so.

l'objet de l'enquête. M. McCrimmon a alors immédiatement réitéré son désir de parler à un avocat (d.a., vol. III, p. 45) :

[TRADUCTION]

Proulx : Tu ne sais pas pourquoi?  
 McCrimmon : Non.  
 Proulx : O.K. Parce qu'elles [les traces d'ADN des victimes] n'ont jamais été là, ou?  
 McCrimmon : Ah, je n'ai rien à dire à ce sujet. Je, je veux vraiment parler à un avocat, s'il vous plaît.  
 Proulx : O.K., eh bien, tu l'as déjà fait.  
 McCrimmon : Ouais.  
 Proulx : O.K., tu l'as déjà fait.  
 McCrimmon : En fait, l'avocat de garde, je n'ai pas parlé à mon propre avocat.

M. McCrimmon a aussi réaffirmé sa décision d'exercer son droit au silence et a demandé qu'on le ramène à sa cellule. En tout, M. McCrimmon a exprimé au moins six fois, pendant une discussion correspondant à plus de huit pages de transcription, son désir de consulter un avocat. Aucune de ces six demandes n'a été prise en considération.

[51] Après une série de longs monologues du sergent Proulx, M. McCrimmon a commencé à céder (d.a., vol. III, p. 78). Peu après, il s'est effondré complètement et est passé aux aveux.

[52] La transcription de l'interrogatoire démontre, à l'évidence, que, dès le départ et jusqu'au moment où il passe aux aveux, M. McCrimmon a clairement exprimé son désir non seulement de parler avec un avocat, mais aussi *de se faire expliquer par celui-ci la situation et les accusations* (d.a., vol. III, p. 10) :

[TRADUCTION]

Proulx : O.K. euh, et toi, on t'a remis un document aussi avec, avec tout ça?  
 McCrimmon : Oui, et quand j'ai parlé à l'aide juridique on me l'a remis aussi, donc.

Proulx: Oh okay. Okay, so you were given that piece of paper and I, and I can't recall the names off the top of my head but we're gonna talk about that in a little bit here too, so. Not that the names are that important but just so you understand that you are, you were arrested for ah, for a number of those assaults on, on ah, sex trade workers for what it's worth and ah, I think at least one of them ah, there's Assault Causing Bodily Harm so that's ah, kind of a separate thing, there's Assault, and then there's Assault Causing and there's Aggravated Assault so there's varying degrees of ah, of assault.

McCrimmon: I'm sure what lawyer will explain it to me.

[53] And later (A.R., vol. III, at p. 50):

Proulx: . . . Okay. So now you got a version of a person that, to them is John DOE, they don't know you, they describe you, they describe your vehicle and I think in some cases they do an exceptional job in both. Right, so then it's our job as cops to fuck okay, well what makes that person credible, what makes their story, their version true, it's . . .

McCrimmon: That's where my lawyer is gonna come into play.

Proulx: Right, so but I'm telling you, this is, this is how it works, right.

McCrimmon: That's fine.

Proulx: Okay.

McCrimmon: But ah, no I'll just, I'll let my lawyer deal with this . . .

[54] This pattern continued with every new piece of incriminating evidence that Sgt. Proulx presented to Mr. McCrimmon.

Proulx : Oh, d'accord. Bon, donc on t'a remis ce document et je, et je ne peux pas me rappeler comme ça les noms mais on va parler de ça aussi un peu, donc. C'est pas que les noms soient très importants mais simplement pour que tu comprennes que tu, tu as été arrêté pour euh, pour plusieurs de ces voies de fait à l'endroit, à l'endroit, euh; de travailleuses du sexe, si on peut dire et euh, je pense qu'au moins une d'entre elles, euh, il y a voies de fait causant des lésions corporelles, donc c'est, euh, en quelque sorte une chose distincte, il y a voies de fait, et puis il y a voies de fait causant et il y a voies de fait graves, donc il y a divers degrés de euh, de voies de fait.

McCrimmon : Je suis sûr que l'avocat va m'expliquer ça.

[53] Et plus tard (d.a., vol. III, p. 50) :

[TRADUCTION]

Proulx : . . . D'accord. On a donc maintenant une version d'une personne qui, pour qui c'est M. UNTEL, elle ne te connaît pas, elle donne une description de toi, elle donne une description de ton véhicule et je crois que dans certains cas elle réussit exceptionnellement bien sur les deux plans. Bien, donc c'est notre travail en tant que policiers de nous démerder, bon qu'est-ce qui fait que cette personne est crédible, qu'est-ce qui fait que sa version est véridique, c'est . . .

McCrimmon : C'est là que mon avocat va entrer en jeu.

Proulx : Oui, mais je te dis, c'est comme ça, c'est comme ça que ça marche, tu comprends?

McCrimmon : Tout à fait.

Proulx : O.K.

McCrimmon : Mais euh, non je vais simplement, je vais laisser mon avocat s'occuper de ça . . .

[54] Ce type d'échanges s'est poursuivi au sujet de chaque nouvel élément de preuve incriminant que le sergent Proulx a présenté à M. McCrimmon.

[55] Throughout his interrogation, Mr. McCrimmon's repeated requests to speak with his lawyer, that the interrogation be terminated, and that he be returned to his cell, were consistently rebuffed by a police interrogator, intent on extracting a confession, notwithstanding Mr. McCrimmon's unequivocal and repeated assertion of his right to silence.

[56] Mr. McCrimmon's s. 10(b) right to counsel was consequently breached, and we therefore turn to a consideration of the appropriate remedy.

**B. Exclusion of the Statement Pursuant to Section 24(2)**

[57] In determining whether the admission of evidence obtained by way of a *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute, the court must weigh three factors:

- (1) the seriousness of the *Charter*-infringing conduct;
- (2) the impact of the breach on the accused's *Charter*-protected rights and interests; and
- (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits.

See *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, and *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

[58] Our analysis in *Sinclair* is equally applicable in this case. We nonetheless think it necessary to add the following observations.

[59] Sgt. Proulx proceeded on the basis of his understanding of the law as it stood at that time, and was therefore acting in good faith. However, like the interrogating officer in *Sinclair*, Sgt. Proulx acted as if he was entitled to Mr. McCrimmon's statement — that he was entitled to have his side of the story. Sgt. Proulx therefore not only denied Mr. McCrimmon his right to counsel. In doing so, Sgt. Proulx also explicitly refused to accept and respect

[55] Durant tout son interrogatoire, M. McCrimmon a demandé à plusieurs reprises qu'on le laisse parler à son avocat, qu'on mette un terme à l'interrogatoire et qu'on le ramène à sa cellule. Ces demandes ont été systématiquement rejetées par un enquêteur de la police déterminé à arracher des aveux, malgré le recours sans équivoque et répété de M. McCrimmon à son droit de garder le silence.

[56] Par conséquent, il y a eu atteinte au droit à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) garantit à M. McCrimmon. Nous passons donc à la question de la réparation appropriée.

**B. Exclusion de la déclaration en application du par. 24(2)**

[57] Pour déterminer si l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, le tribunal doit prendre en compte trois facteurs :

- (1) la gravité de la conduite de l'État portant atteinte à la *Charte*;
- (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*;
- (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

Voir *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, et *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

[58] Notre analyse dans *Sinclair* s'applique également dans la présente affaire. Nous estimons néanmoins nécessaire d'ajouter les observations suivantes.

[59] Le sergent Proulx s'est fondé sur sa compréhension du droit tel qu'il existait à l'époque. Il agissait donc de bonne foi. Mais, tout comme le policier qui a mené l'interrogatoire dans *Sinclair*, le sergent Proulx a agi comme s'il avait droit à la déclaration de M. McCrimmon — comme s'il avait le droit d'obtenir sa version des faits. Le sergent Proulx n'a donc pas seulement refusé à M. McCrimmon l'exercice de son droit à l'assistance de son avocat.

Mr. McCrimmon's assertion of his constitutionally entrenched right to silence.

[60] The officer's *Charter*-infringing conduct was therefore serious, and that conduct had a serious impact on Mr. McCrimmon's *Charter* rights.

[61] Accordingly, we would exclude Mr. McCrimmon's statement pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

### III. Disposition

[62] For these reasons, and the reasons given in *Sinclair*, the appeal should be allowed and a new trial should be ordered.

*Appeal dismissed, LEBEL, FISH and ABELLA JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck & Greene, Toronto.*

Ce faisant, il a aussi refusé de façon explicite d'accepter et de respecter la volonté exprimée par M. McCrimmon d'exercer le droit au silence que lui garantit la Constitution.

[60] La conduite du policier, qui portait atteinte aux droits constitutionnels du détenu, était donc grave et elle a eu une incidence sérieuse sur les droits garantis à M. McCrimmon par la *Charte*.

[61] En conséquence, nous sommes d'avis d'écarter la déclaration de M. McCrimmon en application du par. 24(2) de la *Charte*.

### III. Dispositif

[62] Pour ces motifs, et pour les motifs exposés dans *Sinclair*, il y aurait lieu d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, les juges LEBEL, FISH et ABELLA sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant : Gil D. McKinnon, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck & Greene, Toronto.*

**Stanley James Willier** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Criminal Lawyers' Association of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Civil Liberties Association** *Intervenors*

INDEXED AS: **R. v. WILLIER**

**2010 SCC 37**

File No.: 32769.

2009: May 12; 2010: October 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Counsel of choice — Accused's counsel of choice unavailable — Accused spoke instead to duty counsel — Adequacy of advice received — Incriminating statement made during police interrogation — Whether accused's right to counsel breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

Following W's arrest for murder, the police informed him of his right to counsel and facilitated a brief telephone conversation with duty counsel. Offered another opportunity to speak to counsel the next day, he made an unsuccessful attempt to call a specific lawyer. When informed that the lawyer was unlikely to call back before his office reopened the next day and reminded of the immediate availability of duty counsel, W opted to speak with the latter a second time. W expressed satisfaction with the advice he had received from duty counsel. The police officer told W that he would proceed

**Stanley James Willier** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. WILLIER**

**2010 CSC 37**

N° du greffe : 32769.

2009 : 12 mai; 2010 : 8 octobre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Choix de l'avocat — Non-disponibilité de l'avocat choisi par l'accusé — Consultation par l'accusé de l'avocat de garde au lieu de l'avocat de son choix — Caractère adéquat des conseils reçus — Déclaration incriminante faite aux policiers pendant l'interrogatoire — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

Après l'arrestation de W pour meurtre, la police l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat et l'a aidé à téléphoner à un avocat de garde, avec qui il s'est brièvement entretenu. Le lendemain, lorsqu'on lui a donné une autre possibilité de parler à un avocat, il a tenté en vain de communiquer avec un avocat en particulier. Après avoir été informé que l'avocat n'allait probablement pas rappeler avant l'ouverture de son bureau le lendemain et s'être vu rappeler qu'il pouvait bénéficier immédiatement des services de l'avocat de garde, W a choisi de parler de nouveau à un avocat de garde. W s'est dit satisfait des

with the interview, but that W would be free at any time during the interview to stop and call a lawyer. W did not attempt to contact his lawyer again before providing a statement to the police during the investigative interview that followed. The trial judge later ruled on a *voir dire* that the statement was voluntary. However, he held that W's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* had been breached, as he was denied a reasonable opportunity to consult counsel of his choice before the interview. Further, W's two conversations with duty counsel were insufficient given their brevity to satisfy his right to a meaningful opportunity to instruct counsel. The statement was excluded and W was acquitted. A majority of the Court of Appeal found no *Charter* breach, reversed the acquittal, and ordered a new trial.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: W did not suffer a violation of his s. 10(b) right to counsel. In no way did the police interfere with W's right to a reasonable opportunity to consult with counsel of choice by simply reminding him of the immediate availability of duty counsel after his unsuccessful attempt to call a particular lawyer. When W stated his preference to wait, police reasonably informed him that it was unlikely that his lawyer would be quick to return his call given that it was a Sunday, and reminded W of the immediate availability of duty counsel. W was not told that he could not wait to hear back from his lawyer, or that duty counsel was his only recourse. There is no indication that his choice to call duty counsel was the product of coercion. The police had an informational duty to ensure that W was aware of the availability of duty counsel, and compliance with that duty did not interfere with his right to a reasonable opportunity to contact counsel of choice. W was properly presented with another route by which to obtain legal advice, an option he voluntarily chose to exercise.

Further, the brief interval between W's attempt to contact his lawyer and the start of the investigative interview did not deprive him of a reasonable opportunity to contact counsel of choice. The brevity of the interval must be viewed in light of all the circumstances prior to the commencement of the interview. After speaking with duty counsel, W expressed satisfaction with that advice. He did not pursue any further

conseils qu'il avait reçus de l'avocat de garde. Le policier a dit à W qu'il procéderait à l'entretien, mais que W serait libre, à tout moment, d'arrêter et d'appeler un avocat. W n'a pas retenté de communiquer avec son avocat avant de faire sa déclaration à la police lors de l'entretien à des fins d'enquête qui a suivi. À un voir-dire, le juge du procès a statué que la déclaration était volontaire. Il a toutefois conclu qu'il y avait eu atteinte au droit à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à W, car on ne lui a pas donné de possibilité raisonnable de consulter l'avocat de son choix avant l'entretien. Par ailleurs, même s'il a communiqué à deux reprises avec un avocat de garde, W n'a pas exercé son droit d'avoir une possibilité valable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat compte tenu de la brièveté des conversations. La déclaration a été écartée et W a été acquitté. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à l'absence de violation de la *Charte*, infirmé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : W n'a pas été privé de son droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b). La police n'a nullement porté atteinte à son droit d'avoir une possibilité raisonnable de consulter l'avocat de son choix en lui rappelant simplement qu'un avocat de garde était disponible immédiatement après qu'il a tenté sans succès d'appeler un avocat en particulier. Lorsque W a dit préférer attendre, la police l'a informé avec raison qu'il était peu probable que son avocat le rappelle rapidement, étant donné que c'était un dimanche, et lui a rappelé qu'un avocat de garde était disponible immédiatement. On n'a pas dit à W qu'il ne pouvait attendre la réponse de son avocat, ni que l'avocat de garde était son seul recours. Rien n'indique que son choix d'appeler l'avocat de garde était le produit de la coercition. La police avait une obligation d'information visant à s'assurer que W était au courant de l'existence de l'avocat de garde, et le fait de se conformer à cette obligation n'a pas porté atteinte à son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix. C'est à bon droit qu'on a présenté à W une autre voie lui permettant d'obtenir des conseils juridiques, une option dont il a choisi de se prévaloir de plein gré.

Par ailleurs, le bref intervalle entre la tentative de W de communiquer avec son avocat et le début de l'entretien à des fins d'enquête ne l'a pas privé d'une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix. Il faut considérer la brièveté de l'intervalle en tenant compte de l'ensemble des circonstances précédant l'entretien. Après avoir parlé à l'avocat de garde, W s'est dit satisfait des conseils reçus. Il ne s'est pas prévalu d'autres

opportunity to contact his lawyer, though he was offered an open-ended invitation to contact counsel prior to and throughout the interview. If W maintained any continuing desire to speak with his lawyer, or wait for him to call back, he was not diligent in exercising that right. There is little more that the police could have done in these circumstances to afford W a reasonable opportunity to exercise his rights under s. 10(b).

Unless a detainee indicates, diligently and reasonably, that the advice he or she received is inadequate, the police may assume that the detainee is satisfied with the exercised right to counsel and are entitled to commence an investigative interview. While s. 10(b) requires the police to afford a detainee a reasonable opportunity to contact counsel and to facilitate that contact, it does not require them to monitor the quality of the advice once contact is made. To impose such a duty on the police would be incompatible with the privileged nature of the solicitor-client relationship. In this case, despite the brevity of W's conversations with duty counsel, W gave no indication that these consultations were inadequate. On the contrary, he expressed his satisfaction with the legal advice to the interviewing officer, prior to questioning. W is not entitled to express such satisfaction, remain silent in the face of offers from the police for further contact with counsel, remain silent in the *voir dire* as to the alleged inadequacies of the actual legal advice received, and then seek a finding that the advice was inadequate because of its brevity.

*Per Binnie J.*: The situation here is not comparable to that in the companion case of *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310. W expressed satisfaction with the advice obtained from legal aid prior to the interview. He did not pursue any further opportunity to contact his lawyer of choice though he was invited to do so.

*Per LeBel, Fish and Abella JJ.*: W was given ample opportunity to exercise the s. 10(b) *Charter* rights that he was claiming, but failed to exercise them with diligence.

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

**Distinguished:** *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. McCrimmon*, 2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Evans*, [1991]

possibilités de communiquer avec son avocat, bien qu'il se soit vu offrir la possibilité de communiquer en tout temps avec un avocat, et ce, avant et pendant l'entretien. Si W entretenait le désir constant de parler à son avocat ou d'attendre que celui-ci le rappelle, il n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice de ce droit. La police ne pouvait faire guère davantage dans ces circonstances pour accorder à W une possibilité raisonnable d'exercer les droits qui lui sont garantis par l'al. 10b).

À moins que le détenu n'indique, avec diligence et raisonnablement, que les conseils reçus sont insuffisants, la police peut présumer qu'il est satisfait de la façon dont il a exercé son droit à l'assistance d'un avocat et elle a le droit de commencer l'entretien à des fins d'enquête. Il est vrai que l'al. 10b) oblige la police à accorder au détenu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et à faciliter cette communication, mais il ne l'oblige pas à contrôler la qualité des conseils une fois la communication établie. Imposer une telle obligation à la police serait incompatible avec la nature confidentielle de la relation avocat-client. En l'espèce, malgré la brièveté des conversations entre W et l'avocat de garde, W n'a pas laissé entendre que ces consultations étaient insuffisantes. Bien au contraire, il a affirmé au policier qui a mené l'entretien qu'il était satisfait des conseils juridiques, avant d'être questionné. W ne peut exprimer sa satisfaction, garder le silence lorsque la police lui offre de communiquer de nouveau avec un avocat, choisir de se taire durant le voir-dire au sujet des soi-disant lacunes des conseils juridiques qu'il a reçus, puis demander à la Cour de conclure que les conseils étaient insuffisants en raison de leur brièveté.

*Le juge Binnie* : La situation en l'espèce n'est pas comparable à celle dans le pourvoi connexe *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310. W s'est dit satisfait des conseils reçus de l'aide juridique avant l'entretien. Il ne s'est pas prévalu d'autres possibilités de communiquer avec l'avocat de son choix, bien qu'il se soit vu offrir la possibilité de le faire.

*Les juges LeBel, Fish, et Abella* : W a eu amplement la possibilité d'exercer les droits garantis par l'al. 10b) de la *Charte* qu'il réclamait, mais il ne les a pas exercés avec diligence.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Charron

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460;

1 S.C.R. 869; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520.

By Binnie J.

**Applied:** *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310.

By LeBel and Fish JJ.

**Applied:** *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. McCrimmon*, 2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Ritter and Slatter JJ.A. and Bielby J. (*ad hoc*)), 2008 ABCA 126, 89 Alta. L.R. (4th) 22, 429 A.R. 135, 421 W.A.C. 135, 230 C.C.C. (3d) 1, [2008] 7 W.W.R. 251, 168 C.R.R. (2d) 323, [2008] A.J. No. 327 (QL), 2008 CarswellAlta 404, reversing a decision of Gill J., 2006 CarswellAlta 2120. Appeal dismissed.

*Lauren L. Garcia and Mary MacDonald*, for the appellant.

*Goran Tomljanovic, Q.C.*, and *Brian Graff*, for the respondent.

*David Schermbrucker and Christopher Mainella*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*John S. McInnes and Deborah Krick*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*M. Joyce DeWitt-Van Oosten*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*P. Andras Schreck and Candice Suter*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Warren B. Milman and Michael A. Feder*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520.

Citée par le juge Binnie

**Arrêt appliqué :** *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310.

Citée par les juges LeBel et Fish

**Arrêts appliqués :** *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Ritter et Slatter et la juge Bielby (*ad hoc*)), 2008 ABCA 126, 89 Alta. L.R. (4th) 22, 429 A.R. 135, 421 W.A.C. 135, 230 C.C.C. (3d) 1, [2008] 7 W.W.R. 251, 168 C.R.R. (2d) 323, [2008] A.J. No. 327 (QL), 2008 CarswellAlta 404, qui a infirmé une décision du juge Gill, 2006 CarswellAlta 2120. Pourvoi rejeté.

*Lauren L. Garcia et Mary MacDonald*, pour l'appelant.

*Goran Tomljanovic, c.r.*, et *Brian Graff*, pour l'intimée.

*David Schermbrucker et Christopher Mainella*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

*John S. McInnes et Deborah Krick*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*M. Joyce DeWitt-Van Oosten*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*P. Andras Schreck et Candice Suter*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

*Warren B. Milman et Michael A. Feder*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Jonathan C. Lisus, Alexi N. Wood and Adam Ship*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

### I. Overview

[1] This appeal, in conjunction with its companion cases, *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, and *R. v. McCrimmon*, 2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402, elaborates upon the nature and limits of the right to counsel provided under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, this case touches upon a distinct facet of the s. 10(b) guarantee, namely the right to counsel of choice.

[2] The appellant, Stanley Willier, alleges that the police violated the *Charter* by depriving him of his right to counsel. His allegation arises out of the following circumstances: following Mr. Willier's arrest for murder, the police informed him of his right to counsel and facilitated a brief telephone conversation with Legal Aid. Offered another opportunity to speak to counsel the next day, he made an unsuccessful attempt to call a specific lawyer and left a message on his answering machine. When asked if he wished to speak with another lawyer, Mr. Willier stated his preference to wait to hear back from his chosen counsel. However, when informed that his preferred lawyer was unlikely to call back before his office reopened the next day and reminded of the immediate availability of free Legal Aid, Mr. Willier opted to speak with duty counsel a second time. Shortly thereafter, the police commenced an investigative interview, prefacing the questioning with an open-ended invitation to contact counsel at any point during the exchange. Mr. Willier expressed satisfaction with the advice he had received from Legal Aid, and did not attempt to contact

*Jonathan C. Lisus, Alexi N. Wood et Adam Ship*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

### I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois connexes, *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, et *R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402, précise la nature et les limites du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus particulièrement, la présente affaire porte sur un aspect particulier de la garantie de l'al. 10b), à savoir le droit à l'assistance de l'avocat de son choix.

[2] L'appelant, Stanley Willier, allègue que la police a violé la *Charte* en le privant de son droit à l'assistance d'un avocat. Son allégation résulte des circonstances qui suivent. Après son arrestation pour meurtre, la police l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat et l'a aidé à téléphoner à un avocat de l'aide juridique, avec qui il s'est brièvement entretenu. Le lendemain, lorsqu'on lui a donné une autre possibilité de parler à un avocat, il a tenté en vain de communiquer avec un avocat en particulier et lui a laissé un message sur son répondeur. Lorsqu'on lui a demandé s'il désirait parler à un autre avocat, il a déclaré qu'il préférerait attendre l'appel de l'avocat qu'il avait choisi. Toutefois, après avoir été informé que l'avocat de son choix n'allait probablement pas rappeler avant l'ouverture de son bureau le lendemain et s'être vu rappeler qu'il pouvait bénéficier de l'aide juridique immédiatement et gratuitement, M. Willier a choisi de parler de nouveau à un avocat de garde. Peu après, la police a commencé son entretien à des fins d'enquête, en invitant, en guise de préambule, M. Willier à communiquer avec un avocat à tout moment durant l'échange. M. Willier s'est dit satisfait des conseils

counsel again before providing a statement to the police.

[3] A pre-trial *voir dire* affirmed Mr. Willier's allegations of a s. 10(b) breach. In the trial judge's view, after Mr. Willier's unsuccessful attempt to contact his preferred lawyer and before he spoke to duty counsel, s. 10(b) required the police to inform him of his right to a reasonable opportunity to contact counsel of choice and of their duty to refrain from questioning him until he had been afforded that opportunity. Without such a warning, he could not waive his right to counsel of choice. Further, the police had improperly discouraged Mr. Willier from waiting to hear from his preferred lawyer, instead directing him to Legal Aid. Although Mr. Willier spoke with duty counsel twice, the trial judge deemed these consultations inadequate given their brevity, holding that they did not amount to a "meaningful exercise of his right to counsel" (2006 CarswellAlta 2120, at para. 119). The trial judge excluded Mr. Willier's statements, resulting in his acquittal.

[4] The majority of the Alberta Court of Appeal overturned this decision, finding no *Charter* breach (2008 ABCA 126, 89 Alta. L.R. (4th) 22). In their opinion, s. 10(b) does not, as held on *voir dire*, impose an additional informational obligation on the police when a detainee is unsuccessful in contacting a specific lawyer and opts to speak with another. The trial judge also erred in basing a s. 10(b) breach upon the inferred inadequacy of Mr. Willier's legal advice. Given the privileged nature of the solicitor-client relationship, the police are not responsible for ensuring that legal advice satisfy a particular qualitative standard. Mr. Willier had been afforded his s. 10(b) right. Given his consultations with Legal Aid, his expressions of satisfaction with that advice, and his decision to forego an offer to speak to counsel when again provided with that opportunity prior to being interviewed, the police were entitled to proceed with their questioning. In the absence of a *Charter* breach, there

qu'il avait reçus de l'avocat de l'aide juridique et n'a pas retenté de communiquer avec un avocat avant de faire sa déclaration à la police.

[3] Un *voir-dire* préalable au procès a confirmé les allégations de M. Willier qu'il y avait eu violation de l'al. 10b). Selon le juge du procès, après que M. Willier a tenté en vain de communiquer avec l'avocat de son choix et avant qu'il ne parle à l'avocat de garde, la police était tenue, conformément à l'al. 10b), de l'informer de son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix et de l'obligation de la police de s'abstenir de lui poser des questions jusqu'à ce qu'il ait cette possibilité. Sans une telle mise en garde, il ne pouvait renoncer à son droit à l'assistance de l'avocat de son choix. De plus, la police n'aurait pas dû dissuader M. Willier d'attendre l'appel de l'avocat de son choix et le diriger vers l'aide juridique. Bien que M. Willier ait parlé à deux reprises à un avocat de garde, le juge du procès a estimé que ces consultations étaient inadéquates compte tenu de leur brièveté, concluant qu'elles ne constituaient pas un [TRADUCTION] « exercice utile de son droit à l'assistance d'un avocat » (2006 CarswellAlta 2120, par. 119). Comme le juge du procès a écarté les déclarations de M. Willier, ce dernier a été acquitté.

[4] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont infirmé cette décision, concluant à l'absence de violation de la *Charte* (2008 ABCA 126, 89 Alta. L.R. (4th) 22). Selon eux, l'al. 10b) n'impose pas à la police, contrairement à ce qui a été statué lors du *voir-dire*, une obligation d'information supplémentaire lorsque le détenu ne réussit pas à communiquer avec un avocat en particulier et choisit de parler à un autre avocat. Le juge du procès a également commis une erreur en fondant sa conclusion qu'il y avait eu violation de l'al. 10b) sur la présumée insuffisance des conseils juridiques offerts à M. Willier. Compte tenu du caractère privilégié des confidences du client à son avocat, la police n'est pas tenue de s'assurer que les conseils juridiques répondent à une norme de qualité particulière. M. Willier n'a pas été privé du droit que lui garantit l'al. 10b). Étant donné qu'il a consulté à plus d'une reprise un avocat de l'aide juridique, qu'il s'est dit satisfait des conseils reçus et qu'il a refusé l'offre

was no basis for excluding Mr. Willier's statement to the police.

[5] Conversely, Bielby J. (*ad hoc*) concurring in the result, affirmed the s. 10(b) violation found on the *voir dire*. The brief interlude between Mr. Willier's attempt to contact his preferred counsel and the start of the interview did not afford him a reasonable opportunity to consult with counsel of choice, particularly given the seriousness of the charge and the lack of urgency in commencing the investigation. Mr. Willier's brief calls to Legal Aid did not afford him "meaningful contact" with counsel, and as such failed to discharge his right to counsel (para. 77).

[6] For the reasons that follow, we agree with the majority of the Court of Appeal, find no s. 10(b) violation, and dismiss the appeal.

## II. Facts

[7] On about February 25, 2005, Brenda Moreside was found stabbed to death in her house in High Prairie, Alberta. The RCMP identified Stanley Willier as a suspect, given his prior relationship with the deceased, and arrested him for murder at his brother's Edmonton apartment at midday on February 26, 2005.

[8] Upon arrest, Mr. Willier admitted to having recently taken a number of pills purchased off the street. After a few brief questions regarding his drug use and his physical well-being, the arresting officers became concerned for his health and decided to take him to the hospital. The officers informed Mr. Willier of their intention to speak with him after his hospital visit, to which he responded: "Okay, you guys are done (unintelligible) I want a lawyer, I don't want to be questioned" (A.R., vol. 2, at p. 168).

de parler à un avocat lorsqu'il a eu de nouveau cette possibilité avant l'entretien, la police était en droit de poursuivre ses questions. En l'absence d'une violation de la *Charte*, rien ne justifiait l'exclusion de la déclaration que M. Willier avait faite à la police.

[5] Par contre, la juge Bielby (*ad hoc*), souscrivant au résultat, a confirmé la violation de l'al. 10b) constatée lors du voir-dire. Le bref intervalle entre la tentative de M. Willier de communiquer avec l'avocat qu'il privilégiait et le début de l'entretien ne lui a pas donné de possibilité raisonnable de consulter l'avocat de son choix, surtout étant donné la gravité de l'accusation et l'absence d'urgence de commencer l'enquête. Les brèves conversations téléphoniques que M. Willier a eues avec un avocat de l'aide juridique ne lui ont pas permis de [TRADUCTION] « communiquer de façon utile » avec un avocat et donc d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat (par. 77).

[6] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'accord avec la majorité de la Cour d'appel, concluons qu'il n'y a pas eu violation de l'al. 10b) et rejetons le pourvoi.

## II. Les faits

[7] Aux alentours du 25 février 2005, Brenda Moreside a été retrouvée assassinée à coups de couteau dans sa maison à High Prairie, en Alberta. Étant donné sa relation antérieure avec la défunte, Stanley Willier a été identifié comme suspect par la GRC et a été arrêté pour meurtre à l'appartement de son frère, à Edmonton, le 26 février 2005, à midi.

[8] Lors de son arrestation, M. Willier a admis avoir récemment consommé des pilules achetées au marché noir. Après quelques brèves questions sur sa consommation de drogue et son bien-être physique, les policiers qui ont procédé à son arrestation ont commencé à craindre pour sa santé et ont décidé de le conduire à l'hôpital. Ils l'ont informé qu'ils avaient l'intention de lui parler après sa visite à l'hôpital, ce à quoi il a répondu : [TRADUCTION] « D'accord, vous avez terminé les gars (incompréhensible) je veux parler à un avocat, je ne veux pas être interrogé » (d.a., vol. 2, p. 168).

[9] At 5:40 p.m., while in the emergency ward, the police informed Mr. Willier of the reason for his arrest and of his right to retain and instruct a lawyer without delay. They told him that he could call any lawyer he wanted, informed him of the availability of free duty counsel, and provided him with a telephone book and the toll-free number for Legal Aid. When asked if he understood those rights, Mr. Willier responded in the affirmative. The police then asked Mr. Willier if he wanted to call a lawyer, clarifying Mr. Willier's misconception that free legal advice was only available after an application to Legal Aid and informing him of its immediate availability. Informed that he wanted to wait until the next day to contact counsel, the police assured Mr. Willier that a telephone would be available whenever he decided he wanted to call a lawyer.

[10] When Mr. Willier was released from hospital at approximately midnight that night, the police took him to the RCMP detachment in Sherwood Park. Informed again of his right to counsel, he asked to speak to a free lawyer. Provided with a private room, a telephone, and various phone numbers, Mr. Willier had a three-minute conversation with duty counsel. He was then returned to his cell for the night.

[11] The next morning, a Sunday, Cst. Lahaie confirmed with Mr. Willier that he had spoken with a lawyer the night before and offered him another opportunity to contact counsel. Mr. Willier indicated that he wanted to speak with a specific lawyer, Mr. Peter Royal; Cst. Lahaie dialed Mr. Royal's phone number, passed the phone to Mr. Willier, and left him in private to leave a message on the answering machine. After Mr. Willier hung up the phone, Cst. Lahaie asked him if he wanted to contact another lawyer. He declined the offer, indicating his preference to wait. After Cst. Lahaie informed him that Mr. Royal would not likely be available until the next day, given the office closure, and of the immediate availability of Legal Aid, Mr. Willier opted to speak with duty counsel a second time. The exchange leading to

[9] À 17 h 40, dans la salle des urgences, la police a informé M. Willier des motifs de son arrestation et de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Elle lui a dit qu'il pouvait appeler l'avocat de son choix, l'a informé qu'un avocat de garde était disponible gratuitement et lui a fourni un annuaire téléphonique ainsi que le numéro sans frais de l'aide juridique. Lorsqu'on lui a demandé s'il comprenait ces droits, M. Willier a répondu par l'affirmative. La police lui a ensuite demandé s'il voulait appeler un avocat, précisant que l'aide juridique, contrairement à ce qu'il croyait, n'était pas offerte gratuitement uniquement à ceux qui en avaient préalablement fait la demande, et l'informant qu'il pouvait en bénéficier immédiatement. Comme il avait avisé la police qu'il préférerait attendre au lendemain pour communiquer avec un avocat, elle lui a promis qu'un téléphone serait mis à sa disposition dès qu'il déciderait d'en appeler un.

[10] Lorsque M. Willier a reçu son congé de l'hôpital vers minuit ce soir-là, la police l'a amené au détachement de la GRC de Sherwood Park. Après avoir été informé encore une fois de son droit à l'assistance d'un avocat, il a demandé à parler gratuitement à un avocat. Après qu'on lui eut fourni une pièce fermée, un téléphone et divers numéros de téléphone, il a eu une conversation de trois minutes avec un avocat de garde. Il a ensuite été ramené à sa cellule pour la nuit.

[11] Le lendemain matin, un dimanche, l'agent de police Lahaie a obtenu la confirmation de M. Willier qu'il avait parlé à un avocat la nuit précédente et lui a donné une autre possibilité de communiquer avec un avocat. M. Willier a indiqué qu'il désirait parler à un avocat en particulier, M<sup>e</sup> Peter Royal; l'agent Lahaie a composé le numéro de téléphone de M<sup>e</sup> Royal, a remis le combiné à M. Willier et l'a laissé seul pour qu'il puisse, en privé, laisser un message sur son répondeur. Après que M. Willier eut raccroché, l'agent Lahaie lui a demandé s'il voulait communiquer avec un autre avocat. Il a décliné l'offre, indiquant qu'il préférerait attendre. Lorsque l'agent Lahaie l'a informé que M<sup>e</sup> Royal ne serait probablement pas disponible avant le lendemain, étant donné que son bureau était fermé, et qu'il pouvait bénéficier immédiatement de l'aide juridique, M. Willier

Mr. Willier's subsequent call to Legal Aid went as follows:

Lahaie: Did you, you left a message there, did you?

Willier: Yes.

Lahaie: Did you wanna talk to any other lawyer this morning . . .

Willier: No.

Lahaie: . . . to, to talk directly to a lawyer? We can phone this number here again, the after hours number, if you'd like.

Willier: No, I think I'll just wait for (inaudible). I just told the lawyer that.

Lahaie: Well, their offices are closed, they said . . .

Willier: Yeah.

Lahaie: . . . on the answering machine. So they're not gonna be available until tomorrow.

Willier: Oh (inaudible).

Lahaie: Unless they, unless they check their messages all weekend. So if you wanna talk to a lawyer today, a direct lawyer, you can call, that's why we have these after hours, why the Legal Aid sign has these.

Willier: Sure, let's phone them. [A.R., vol. 2, at p. 241]

After a brief one-minute conversation with a Legal Aid lawyer, the police returned Mr. Willier to his cell.

[12] Approximately 50 minutes later, Sgt. Gillespie initiated an investigative interview with Mr. Willier. After confirming Mr. Willier's prior consultations with Legal Aid, Sgt. Gillespie reformed him of his right to retain and instruct counsel and offered him another opportunity to contact a lawyer before continuing with the interview. Mr. Willier indicated that he was satisfied with the advice he had received from Legal Aid.

a choisi de parler de nouveau à un avocat de garde. Voici la discussion ayant amené M. Willier à appeler un avocat de l'aide juridique une deuxième fois :

[TRADUCTION]

Lahaie : Vous avez laissé un message, n'est-ce pas?

Willier : Oui.

Lahaie : Voulez-vous parler à un autre avocat ce matin . . .

Willier : Non.

Lahaie : . . . pour, pour parler directement à un avocat? Nous pouvons téléphoner de nouveau à ce numéro, le numéro après les heures de travail, si vous le voulez.

Willier : Non, je crois que je vais simplement attendre (inaudible). Je viens juste de dire ça à l'avocat.

Lahaie : Bien, leurs bureaux sont fermés, comme l'indique . . .

Willier : Ouais.

Lahaie : . . . son répondeur. Ils ne seront donc pas disponibles avant demain.

Willier : Oh (inaudible).

Lahaie : À moins qu'ils ne vérifient leurs messages durant la fin de semaine. Si vous voulez parler directement à un avocat aujourd'hui, vous pouvez appeler. C'est pour ça que nous avons ce service après les heures de travail, que l'aide juridique offre ce service.

Willier : D'accord, appelons-les. [d.a., vol. 2, p. 241]

Après une brève conversation d'une minute avec un avocat de l'aide juridique, M. Willier a été ramené à sa cellule.

[12] Environ 50 minutes plus tard, le sergent Gillespie a commencé l'entretien avec M. Willier. Après avoir fait confirmer que celui-ci avait consulté un avocat de l'aide juridique, il l'a informé de nouveau de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et lui a donné une autre possibilité de communiquer avec un avocat avant de poursuivre l'entretien. M. Willier s'est dit satisfait des conseils reçus de l'avocat de l'aide juridique.

Sgt. Gillespie re-cautioned Mr. Willier as to his right to remain silent, informing him that anything he said may be used as evidence against him. He asked Mr. Willier to repeat the nature of the caution back to him to ensure that he understood its meaning, and Mr. Willier did so. Sgt. Gillespie indicated that he would proceed with the interview, but that Mr. Willier would be free at any time during the interview to stop and call a lawyer:

Gillespie: And ah, ah, as long as you're satisfied with the advice you got I think ah, we'll proceed from here but I want you to know that ah, at any time if you want to stop and call a lawyer you're more than welcome to do so okay. I don't want to, to deprive you of that in any way, shape or form so.

Willier: Yea.

Gillespie: Ahm, if, if you want to talk to a lawyer you just say, hey Charlie I want to talk to a lawyer.

Willier: Hmm hmm.

Gillespie: Does that sound good?

Willier: Yes.

Gillespie: Okay. Do you have any other questions of me at all ah?

Willier: No. [A.R., vol. 2, at p. 259]

During the ensuing exchange, Mr. Willier provided a lengthy statement as to his involvement in the death of Ms. Moreside.

### III. Judicial History

[13] The court proceedings commenced with a *voir dire* to determine the common law admissibility of Mr. Willier's statements and whether there was a *Charter* basis for their exclusion.

[14] The trial judge ruled the statements voluntary and thus admissible under the confessions rule, noting that Mr. Willier was "alert, focused, and rational" throughout the interview, that the police had not offered any improper inducements, and that their persuasive techniques were reasonable.

Le sergent Gillespie lui a fait une nouvelle mise en garde relative à son droit de garder le silence, l'informant que tout ce qu'il dirait pourrait servir de preuve contre lui. Il lui a demandé de répéter la mise en garde pour s'assurer qu'il en comprenait la signification, ce qu'a fait ce dernier. Il a indiqué qu'il procéderait à l'entretien, mais que M. Willier serait libre, à tout moment, d'arrêter et d'appeler un avocat :

[TRADUCTION]

Gillespie : Eh bien, dans la mesure où vous êtes satisfait des conseils que vous avez reçus, je pense que nous allons partir de là. Mais je veux que vous sachiez que ah, à tout moment, si vous désirez arrêter et appeler un avocat, vous êtes plus que bienvenu de le faire. Je ne veux vous priver de ce droit d'aucune façon.

Willier : D'accord.

Gillespie : Alors, si, si vous désirez parler à un avocat, vous n'avez qu'à dire, hey Charlie, je veux parler à un avocat.

Willier : Hmm hmm.

Gillespie : C'est beau?

Willier : Oui.

Gillespie : D'accord. Avez-vous d'autres questions sur quoi que ce soit, eh?

Willier : Non. [d.a., vol. 2, p. 259]

Durant l'échange qui a suivi, M. Willier a fait une longue déclaration concernant son implication dans la mort de M<sup>me</sup> Moreside.

### III. Historique judiciaire

[13] L'instance judiciaire a commencé par un *voir-dire* pour déterminer si les déclarations de M. Willier étaient admissibles en common law et si, selon la *Charte*, elles pouvaient être écartées.

[14] Le juge du procès a statué que les déclarations étaient volontaires et donc admissibles en vertu de la règle des confessions, faisant remarquer que M. Willier était [TRADUCTION] « alerte, attentif et rationnel » pendant tout l'entretien, qu'il n'y a pas eu d'incitation inacceptable de la part de la police

However, he excluded the statements after finding that the police had breached Mr. Willier's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

[15] A first violation derived from the failure of the police to inform Mr. Willier of his right to counsel and give him an opportunity to exercise that right at the time of his arrest, obligations fulfilled only later at the hospital. Although a contravention of s. 10(b), the trial judge noted, at para. 105, that the delay was "perhaps not significant" as no evidence was gathered in close proximity to the *Charter* violation. On this appeal, there is no allegation that the delay in informing Mr. Willier of his right to counsel constituted a s. 10(b) breach and we agree with the trial judge as to its insignificance, given the absence of a nexus between the delay and the production of the statement.

[16] The trial judge identified a second s. 10(b) violation in the police denial of Mr. Willier's right to a reasonable opportunity to contact his counsel of choice, as evidenced by Cst. Lahaie's actions in "actively discouraging" Mr. Willier from waiting for a call back from Mr. Royal and directing him to Legal Aid, and Sgt. Gillespie's initiation of the interrogation shortly thereafter (paras. 111-13). In light of the totality of the circumstances, including a lack of investigative urgency and the absence of any indication that Mr. Royal would not be available within a reasonable time, the failure of the police to hold off in the interrogation amounted to a s. 10(b) breach. Mr. Willier had not waived his right to a reasonable opportunity to contact counsel of choice by opting to speak with duty counsel, as the police had not informed him of his entitlement to that right. Despite Mr. Willier's two conversations with Legal Aid, these conversations were insufficient to satisfy his right to a meaningful opportunity to instruct and retain counsel, in light of their brevity. Given the s. 10(b) violation, the trial judge excluded Mr. Willier's statement under s. 24(2) of the *Charter*. The Crown's subsequent inability to

et que les techniques de persuasion utilisées étaient raisonnables. Il a cependant écarté les déclarations après avoir découvert que la police avait violé le droit de M. Willier à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*.

[15] La première violation découlait du fait que la police n'avait pas informé M. Willier de son droit à l'assistance d'un avocat et ne lui avait pas donné la possibilité d'exercer ce droit au moment de son arrestation, obligations remplies seulement plus tard à l'hôpital. Même si ce délai constituait une violation de l'al. 10b), le juge du procès a signalé, au par. 105, qu'il n'était [TRADUCTION] « peut-être pas important » puisque la police n'a recueilli aucun élément de preuve ayant un lien étroit avec la violation de la *Charte*. En l'espèce, personne ne prétend que le délai mis à informer M. Willier de son droit à l'assistance d'un avocat constituait une violation de l'al. 10b), et nous sommes d'accord avec le juge du procès au sujet de son insignifiance, étant donné l'absence de lien entre le délai et la production de la déclaration.

[16] Le juge du procès a estimé que la police avait violé une deuxième fois l'al. 10b) en privant M. Willier de son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix, comme le démontrent les actions de l'agent Lahaie, qui l'[TRADUCTION] « a dissuadé activement » d'attendre l'appel de M<sup>e</sup> Royal et l'a dirigé vers l'aide juridique, et le commencement de l'interrogatoire mené par le sergent Gillespie peu après (par. 111-113). Compte tenu de l'ensemble des circonstances, notamment l'absence d'urgence à commencer l'enquête et d'indication que M<sup>e</sup> Royal ne serait pas disponible dans un délai raisonnable, le fait que la police n'a pas suspendu l'interrogatoire constituait une violation de l'al. 10b). M. Willier n'avait pas renoncé à son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix en optant pour un avocat de garde puisque la police ne l'avait pas informé de ce droit. Même s'il a communiqué à deux reprises avec un avocat de l'aide juridique, M. Willier n'a pas exercé son droit d'avoir une possibilité valable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat compte tenu de la brièveté des conversations. Ayant conclu

offer any evidence resulted in Mr. Willier's acquittal.

[17] At the Alberta Court of Appeal, the majority allowed the appeal, reversed the acquittal, and ordered a new trial.

[18] As a preliminary matter, Slatter J.A., writing for the majority, held that s. 10(b) does not require the police to monitor the quality of advice received, writing that "[t]he police are required to notify the detained person that he has a right to counsel, not to audit that advice once given" (para. 28). Such communication being subject to privilege, the police are not entitled to know its contents. Even if the police were voluntarily informed of the advice provided to a detainee, it would be inappropriate for them to second-guess its adequacy. As such, the trial judge erred in basing a *Charter* breach on the inferred inadequacy of Mr. Willier's legal advice.

[19] Slatter J.A. found that the police had complied with their informational and implementational obligations under s. 10(b), and that there was no basis for a *Charter* breach. There was nothing amiss when Cst. Lahaie informed Mr. Willier of the availability of Legal Aid after his unsuccessful attempt to contact Mr. Royal, as such conduct is consistent with the police duty to ensure a detainee is aware of the availability of immediate and free legal consultation (para. 47). The police had afforded Mr. Willier a reasonable opportunity to contact counsel, given his two consultations with Legal Aid, his expressions of satisfaction with that advice, and his decision to forego an offer to speak to counsel when again provided with that opportunity prior to the interview. Slatter J.A. wrote: "Having discharged their obligations to advise the respondent of his right to counsel of choice, and after the respondent actually spoke to counsel, they were entitled to attempt to obtain a statement from

à la violation de l'al. 10b), le juge du procès a écarté les déclarations de M. Willier en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Comme le ministère public n'a pas été en mesure de présenter par la suite d'autres éléments de preuve, M. Willier a été acquitté.

[17] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont accueilli l'appel, infirmé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[18] À titre préliminaire, le juge Slatter, au nom de la majorité, a statué que l'al. 10b) n'oblige pas la police à contrôler la qualité des conseils reçus. Il a écrit que [TRADUCTION] « [l]a police est tenue d'aviser le détenu de son droit à l'assistance d'un avocat, non pas de vérifier les conseils une fois donnés » (par. 28). Comme ce genre de communication est protégé par le secret professionnel de l'avocat, la police n'a pas le droit d'en connaître le contenu. Même si le détenu dévoilait volontairement à la police les conseils reçus, il serait malavisé de la part de la police de deviner s'ils sont adéquats. Ainsi, le juge du procès a commis une erreur en concluant à une violation de la *Charte* d'après l'insuffisance présumée des conseils juridiques offerts à M. Willier.

[19] Le juge Slatter a estimé que la police s'était conformée à ses obligations d'information et de mise en application prévues à l'al. 10b), et que l'allégation de violation de la *Charte* n'était pas fondée. La conduite de l'agent Lahaie, en informant M. Willier qu'il pouvait bénéficier de l'aide juridique après sa tentative infructueuse de communiquer avec M<sup>e</sup> Royal, n'a rien de mal à propos : elle est tout à fait conforme à l'obligation de la police de s'assurer que le détenu est au courant de la possibilité de bénéficier d'une consultation juridique immédiate et gratuite (par. 47). La police a donné à M. Willier une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. En effet, il a consulté un avocat de l'aide juridique à deux reprises, s'est dit satisfait des conseils reçus et a refusé l'offre de parler à un avocat lorsqu'on lui a de nouveau offert cette possibilité avant l'entretien. Le juge Slatter a écrit : [TRADUCTION] « Puisqu'elle s'était acquittée de son obligation d'informer l'intimé de son droit à

him absent any further request to speak to counsel of choice” (para. 56).

[20] Slatter J.A. also held that Mr. Willier had waived any continuing right to speak with counsel, given his indications of satisfaction with the advice received from Legal Aid. This waiver suspended the police obligation to hold off, entitling them to commence with their questioning as they did.

[21] In the absence of a *Charter* violation, there was no need to exclude the statement under s. 24(2). Nevertheless, Slatter J.A. identified errors in the trial judge’s s. 24(2) analysis as an additional basis for a retrial.

[22] Bielby J., concurring in the result, found that the police had violated Mr. Willier’s s. 10(b) right because of their failure to wait a reasonable period of time to allow Mr. Willier’s counsel of choice to return his call before initiating their interview. In finding that the 50-minute interval between Mr. Willier’s attempt to call Mr. Royal and the start of the interview did not amount to a reasonable period of time, she focused on the seriousness of the charge and the lack of urgency in commencing the investigation. She also noted that Mr. Willier’s two brief calls to Legal Aid did not provide him with “meaningful contact with and the receipt of satisfactory advice from a lawyer” (para. 77). She also held that the Crown had failed to prove a waiver of Mr. Willier’s right to wait for further legal advice from his counsel of choice, given the failure of the police to inform him of that right and of their obligation to hold off. However, despite the *Charter* breach, Bielby J. held that the trial judge conducted an inadequate s. 24(2) analysis and ultimately agreed with the majority as to the necessity of a retrial.

l’assistance de l’avocat de son choix et que celui-ci avait effectivement parlé à un avocat, la police était en droit de tenter d’obtenir une déclaration de sa part tant qu’il ne demandait pas de nouveau à parler à l’avocat de son choix » (par. 56).

[20] Le juge Slatter a également conclu que M. Willier avait renoncé à son droit de parler à un avocat, puisqu’il s’était dit satisfait des conseils de l’avocat de l’aide juridique. Cette renonciation a mis fin à l’obligation de la police de suspendre ses questions, l’autorisant ainsi à poursuivre comme elle l’a fait.

[21] En l’absence d’une violation de la *Charte*, il n’y avait pas lieu d’écarter la déclaration visée au par. 24(2). Le juge Slatter a néanmoins relevé des erreurs commises par le juge du procès dans son analyse fondée sur le par. 24(2) qui justifiaient également la tenue d’un nouveau procès.

[22] Souscrivant au résultat, la juge Bielby a conclu que la police avait violé le droit garanti à M. Willier par l’al. 10b) parce qu’elle n’avait pas attendu un délai raisonnable pour permettre à l’avocat choisi par M. Willier de rappeler, avant de commencer son entretien. En concluant que l’intervalle de 50 minutes entre la tentative de M. Willier d’appeler M<sup>e</sup> Royal et le début de l’entretien était déraisonnable, elle a insisté sur la gravité de l’accusation et l’absence d’urgence à commencer l’enquête. Elle a également signalé que les deux brèves conversations que M. Willier a eues avec l’aide juridique ne lui ont pas permis [TRADUCTION] « de communiquer de façon utile avec un avocat et de recevoir des conseils satisfaisants » (par. 77). Elle a aussi conclu que le ministère public n’avait pas prouvé que M. Willier avait renoncé à son droit d’attendre d’obtenir d’autres conseils juridiques de l’avocat de son choix, car la police ne l’avait pas informé de ce droit et de son obligation de suspendre ses questions. Toutefois, malgré la violation de la *Charte*, la juge Bielby a conclu que l’analyse fondée sur le par. 24(2) du juge du procès était inadéquate et a finalement souscrit à l’opinion de la majorité selon laquelle la tenue d’un nouveau procès était nécessaire.

[23] Mr. Willier appeals to this Court.

#### IV. Analysis

[24] As indicated at the outset, the focal point in this appeal is the right to counsel of choice under s. 10(b) of the *Charter* and the corresponding obligations on the police to facilitate that choice. While the right to choose counsel is certainly one facet of the guarantee under s. 10(b), the *Charter* does not guarantee detainees an absolute right to retain and instruct a particular counsel at the initial investigative stage regardless of the circumstances. What the right to counsel of choice entails must be understood having regard to the purpose of the guarantee.

##### A. *The Text and Purpose of Section 10(b)*

[25] Section 10(b) provides:

10. Everyone has the right on arrest or detention

. . . .

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

[26] While s. 10(b)'s text remains the starting point in its interpretation, an understanding of its animating purposes is essential to a full understanding of its content. This is especially true in this case, as the text of s. 10(b) makes no explicit mention of the right to counsel of choice.

[27] As we describe in *Sinclair*, the right to silence in s. 7 and the right to counsel in s. 10(b) work together “to ensure that a suspect is able to make a choice to speak to the police investigators that is both free and informed” (para. 25). Section 10(b) aims to realize this purpose by ensuring that detainees have an opportunity to be informed of their rights and obligations under the law and to obtain advice on how to exercise those rights and perform those obligations. As Lamer C.J.

[23] M. Willier se pourvoit maintenant devant la Cour.

#### IV. Analyse

[24] Comme nous l'avons indiqué dès le départ, le présent pourvoi porte principalement sur le droit à l'assistance de l'avocat de son choix garanti par l'al. 10b) de la *Charte* et l'obligation correspondante de la police de faciliter ce choix. Certes, le droit de choisir son avocat est un aspect de la garantie de l'al. 10b), mais la *Charte* ne garantit pas aux détenus le droit absolu d'avoir recours à l'assistance d'un avocat particulier à l'étape initiale de l'enquête sans égard aux circonstances. Il faut tenir compte de l'objectif de la garantie pour comprendre ce que comporte le droit à l'assistance d'un avocat.

##### A. *Le texte et l'objectif de l'al. 10b)*

[25] Voici le texte de l'al. 10b) :

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :

. . . .

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

[26] Le texte de l'al. 10b) demeure le point de départ pour l'interprétation de cette disposition, mais il est essentiel de comprendre les objectifs sous-jacents de la disposition pour pouvoir bien en saisir le contenu. Cela est particulièrement vrai en l'espèce, car le texte de l'al. 10b) ne prévoit pas expressément le droit à l'assistance de l'avocat de son choix.

[27] Comme nous l'avons précisé dans *Sinclair*, le droit au silence qui découle de l'art. 7 et le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) s'allient pour « faire en sorte que le suspect soit en mesure d'exercer un choix libre et éclairé quant à la décision de parler ou non aux enquêteurs de la police » (par. 25). L'alinéa 10b) vise la réalisation de cet objectif en prévoyant que les détenus ont la possibilité d'être informés des droits et obligations qui leur sont reconnus par la loi et d'obtenir des conseils sur

wrote in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 191:

This opportunity is made available because, when an individual is detained by state authorities, he or she is put in a position of disadvantage relative to the state. Not only has this person suffered a deprivation of liberty, but also this person may be at risk of incriminating him- or herself. Accordingly, a person who is “detained” within the meaning of s. 10 of the *Charter* is in immediate need of legal advice in order to protect his or her right against self-incrimination and to assist him or her in regaining his or her liberty: *Brydges*, at p. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77; and *Prosper*. Under s. 10(b), a detainee is entitled as of right to seek such legal advice “without delay” and upon request. As this Court suggested in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394, the right to counsel protected by s. 10(b) is designed to ensure that persons who are arrested or detained are treated fairly in the criminal process. [Emphasis deleted.]

[28] Accordingly, s. 10(b) provides detainees with an opportunity to contact counsel in circumstances where they are deprived of liberty and in the control of the state, and thus vulnerable to the exercise of its power and in a position of legal jeopardy. The purpose of s. 10(b) is to provide detainees an opportunity to mitigate this legal disadvantage.

#### B. *The Rights and Obligations Engaged by Section 10(b)*

[29] The purposes of s. 10(b) serve to underpin and define the rights and obligations triggered by the guarantee. In *Bartle*, Lamer C.J. summarized these rights and obligations in terms of the duties imposed upon state authorities who make an arrest or effect a detention (p. 192). Section 10(b) requires the police

(1) to inform the detainee of his or her right to retain and instruct counsel without delay and of the existence and availability of legal aid and duty counsel;

(2) if a detainee has indicated a desire to exercise this right, to provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right (except in urgent and dangerous circumstances); and

la façon d’exercer ces droits et de remplir ces obligations. Comme l’a écrit le juge en chef Lamer dans *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la p. 191 :

Cette possibilité lui est donnée, parce que, étant détenue par les représentants de l’État, elle est désavantagée par rapport à l’État. Non seulement elle a été privée de sa liberté, mais encore elle risque de s’incriminer. Par conséquent, la personne « détenue » au sens de l’art. 10 de la *Charte* a immédiatement besoin de conseils juridiques, afin de protéger son droit de ne pas s’incriminer et d’obtenir une aide pour recouvrer sa liberté : *Brydges*, à la p. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 176 et 177; et *Prosper*. L’alinéa 10b) habilite la personne détenue à recourir de plein droit à l’assistance d’un avocat « sans délai » et sur demande. Comme l’a dit notre Cour dans l’arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394, le droit à l’assistance d’un avocat prévu à l’al. 10b) vise à assurer le traitement équitable dans le processus pénal des personnes arrêtées ou détenues. [Soulignement omis.]

[28] En conséquence, l’al. 10b) donne aux détenus la possibilité de communiquer avec un avocat lorsqu’ils sont privés de leur liberté et sous le contrôle de l’État, et que, de ce fait, ils se trouvent à la merci de son pouvoir et courent un risque sur le plan juridique. L’objectif de l’al. 10b) est de donner aux détenus la possibilité d’atténuer ce désavantage juridique.

#### B. *Les droits et obligations découlant de l’al. 10b)*

[29] L’alinéa 10b) vise à établir et à définir les droits et obligations qui découlent de la garantie. Dans *Bartle*, le juge en chef Lamer les a résumés du point de vue des obligations imposées aux représentants de l’État qui arrêtent une personne ou la mettent en détention (p. 192). L’alinéa 10b) impose à la police les obligations suivantes :

(1) informer la personne détenue de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et de l’existence de l’aide juridique et d’avocats de garde;

(2) si la personne détenue a indiqué qu’elle voulait exercer ce droit, lui donner la possibilité raisonnable de le faire (sauf en cas d’urgence ou de danger);

(3) to refrain from eliciting evidence from the detainee until he or she has had that reasonable opportunity (again, except in cases of urgency or danger).

[30] The first duty is an informational duty, while the second and third duties are implementational in nature and are not triggered until detainees indicate a desire to exercise their right to counsel. As explained in *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, these duties are triggered immediately upon an individual's arrest or detention, as "the concerns about self-incrimination and the interference with liberty that s. 10(b) seeks to address are present as soon as a detention is effected" (para. 41).

[31] The informational duty imposed on the police is relatively straightforward. However, should a detainee positively indicate that he or she does not understand his or her right to counsel, the police cannot rely on a mechanical recitation of that right and must facilitate that understanding: *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869. Additionally, there are specific, narrowly defined circumstances in which s. 10(b) prescribes an additional informational obligation upon the police. In *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, Lamer C.J. described this additional informational duty, and the circumstances that trigger it, as follows, at p. 274:

In circumstances where a detainee has asserted his or her right to counsel and has been reasonably diligent in exercising it, yet has been unable to reach a lawyer because duty counsel is unavailable at the time of detention, courts must ensure that the *Charter*-protected right to counsel is not too easily waived. Indeed, I find that an additional informational obligation on police will be triggered once a detainee, who has previously asserted the right to counsel, indicates that he or she has changed his or her mind and no longer wants legal advice. At this point, police will be required to tell the detainee of his or her right to a reasonable opportunity to contact a lawyer and of the obligation on the part of the police during this time not to take any statements or require the detainee to participate in any potentially incriminating process until he or she has had that reasonable opportunity. This additional informational requirement on police ensures that a detainee who persists in wanting to waive the right to

(3) s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à la personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable (encore une fois, sauf en cas d'urgence ou de danger).

[30] La première obligation touche à l'information, tandis que les deuxième et troisième participent de l'obligation de mise en application et ne prennent naissance que si les détenus indiquent qu'ils désirent exercer leur droit à l'assistance d'un avocat. Comme l'a expliqué la Cour dans *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, ces obligations s'appliquent dès l'arrestation d'une personne ou sa mise en détention, étant donné que « les problèmes de l'auto-incrimination et de l'entrave à la liberté auxquels l'al. 10b) tente de répondre se posent dès la mise en détention » (par. 41).

[31] L'obligation d'information imposée à la police est relativement simple. Toutefois, si le détenu indique concrètement qu'il ne comprend pas son droit à l'assistance d'un avocat, la police ne peut se contenter de la récitation rituelle de la mise en garde relative à ce droit; elle doit en faciliter la compréhension : *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869. Par ailleurs, dans des circonstances particulières et bien définies, l'al. 10b) impose à la police une obligation d'information supplémentaire. Dans *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, le juge en chef Lamer a décrit cette obligation et les circonstances qui la font naître (p. 274) :

Dans les cas où la personne détenue a manifesté sa volonté de se prévaloir de son droit à l'assistance d'un avocat et où elle a été raisonnablement diligente dans l'exercice de ce droit sans pour autant réussir à joindre un avocat parce qu'aucun avocat de garde n'était disponible au moment de la détention, les tribunaux doivent s'assurer qu'on n'a pas conclu trop facilement à la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. En fait, j'estime qu'il y aura naissance d'une obligation d'information supplémentaire de la part de la police dès que la personne détenue, qui a déjà manifesté son intention de se prévaloir de son droit à l'assistance d'un avocat, indique qu'elle a changé d'avis et qu'elle ne désire plus obtenir de conseils juridiques. À ce moment, la police sera tenue de l'informer de son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et de l'obligation de la police, au cours de cette période, de s'abstenir, tant que la personne n'aura pas eu cette possibilité raisonnable de prendre toute déposition ou

counsel will know what it is that he or she is actually giving up.

[32] Thus, when a detainee, diligent but unsuccessful in contacting counsel, changes his or her mind and decides not to pursue contact with a lawyer, s. 10(b) mandates that the police explicitly inform the detainee of his or her right to a reasonable opportunity to contact counsel and of the police obligation to hold off in their questioning until then. This additional informational obligation, referred to in this appeal as the duty to give a “*Prosper* warning”, is warranted in such circumstances so as to ensure that a detainee is informed that their unsuccessful attempts to reach counsel did not exhaust the s. 10(b) right, to ensure that any choice to speak with the police does not derive from such a misconception, and to ensure that a decision to waive the right to counsel is fully informed.

[33] Detainees who choose to exercise their s. 10(b) right by contacting a lawyer trigger the implementational duties of the police. These duties require the police to facilitate a reasonable opportunity for the detainee to contact counsel, and to refrain from questioning the detainee until that reasonable opportunity is provided. However, these obligations are contingent upon a detainee’s reasonable diligence in attempting to contact counsel: *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368. What constitutes reasonable diligence in the exercise of the right to contact counsel will depend on the context of the particular circumstances as a whole. As Wilson J. stated in *Black*, at pp. 154-55:

A rider is attached to these police obligations, namely that the accused must be reasonably diligent in attempting to obtain counsel if he wishes to do so. If the accused person is not diligent in this regard, then the correlative duties imposed upon the police to refrain

d’exiger qu’elle participe à quelque processus qui pourrait éventuellement être incriminant. Grâce à cette exigence supplémentaire en matière d’information imposée à la police, la personne détenue qui maintient qu’elle veut renoncer à son droit à l’assistance d’un avocat saura ce à quoi elle renonce.

[32] Par conséquent, lorsque le détenu qui a fait preuve de diligence mais n’a pas réussi à joindre un avocat change d’avis et décide de ne plus tenter de communiquer avec un avocat, l’al. 10b) oblige la police à l’informer expressément de son droit d’avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et de l’obligation de la police de suspendre ses questions jusque-là. Cette obligation d’information supplémentaire, appelée obligation de faire une « mise en garde de type *Prosper* » dans le présent pourvoi, est justifiée dans de telles circonstances, car elle offre les garanties suivantes : le détenu est informé que ses tentatives infructueuses de joindre un avocat n’ont pas épuisé son droit garanti par l’al. 10b), le choix de parler à la police ne découle pas d’une telle méprise et la décision de renoncer au droit à l’assistance d’un avocat a été prise en toute connaissance de cause.

[33] Les détenus qui choisissent d’exercer leur droit garanti par l’al. 10b) en communiquant avec un avocat déclenchent les obligations de mise en application qui incombent à la police. Selon ces obligations, la police doit donner au détenu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et s’abstenir de lui poser des questions jusqu’à ce qu’il ait eu cette possibilité. Toutefois, ces obligations sont subordonnées à la diligence raisonnable dont fait preuve le détenu qui tente de communiquer avec un avocat : *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368. Ce qui constitue une diligence raisonnable dans l’exercice du droit de communiquer avec un avocat dépend de l’ensemble des circonstances particulières. Comme la juge Wilson l’a affirmé dans *Black* :

Ces obligations des policiers sont soumises à une condition : l’accusé doit faire preuve de diligence raisonnable en tentant d’obtenir les services d’un avocat s’il souhaite le faire. Si l’accusé ne fait pas preuve de diligence à cet égard, l’obligation correspondante qu’ont les

from questioning the accused are suspended: see *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435.

[34] Such a limit on the rights of a detainee are necessary, as Lamer J., as he then was, noted in *Smith*, “because without it, it would be possible to delay needlessly and with impunity an investigation and even, in certain cases, to allow for an essential piece of evidence to be lost, destroyed or rendered impossible to obtain. The rights set out in the *Charter*, and in particular the right to retain and instruct counsel, are not absolute and unlimited rights. They must be exercised in a way that is reconcilable with the needs of society” (p. 385).

[35] Should detainees opt to exercise the right to counsel by speaking with a specific lawyer, s. 10(b) entitles them to a reasonable opportunity to contact their chosen counsel prior to police questioning. If the chosen lawyer is not immediately available, detainees have the right to refuse to speak with other counsel and wait a reasonable amount of time for their lawyer of choice to respond. What amounts to a reasonable period of time depends on the circumstances as a whole, and may include factors such as the seriousness of the charge and the urgency of the investigation: *Black*. If the chosen lawyer cannot be available within a reasonable period of time, detainees are expected to exercise their right to counsel by calling another lawyer or the police duty to hold off will be suspended: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; and *Black*. As Lamer J. emphasized in *Ross*, diligence must also accompany a detainee’s exercise of the right to counsel of choice, at pp. 10-11:

Although an accused or detained person has the right to choose counsel, it must be noted that, as this Court said in *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, a detainee must be reasonably diligent in the exercise of these rights and if he is not, the correlative duties imposed on the police and set out in *Manninen* are suspended. Reasonable diligence in the exercise of the right to choose one’s counsel depends upon the context facing the accused or detained person. On being arrested, for example, the detained person is faced with an immediate need for legal advice and must exercise reasonable diligence accordingly. By contrast, when seeking the

policiers de s’abstenir de l’interroger est suspendue : voir *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435. [p. 154-155]

[34] Une telle limite aux droits d’un détenu est nécessaire, comme le juge Lamer (plus tard Juge en chef) l’a souligné dans *Smith*, « puisque sans elle, il serait possible de retarder inutilement et impunément une enquête et même, dans certains cas, de faire en sorte qu’une preuve essentielle soit perdue, détruite ou impossible à obtenir. Les droits énoncés dans la *Charte*, et en particulier le droit à l’assistance d’un avocat, ne sont pas des droits absolus et illimités. Ils doivent être exercés d’une façon qui soit conciliable avec les besoins de la société » (p. 385).

[35] Si les détenus décident d’exercer leur droit à l’assistance d’un avocat en parlant à un avocat précis, l’al. 10b) leur accorde une possibilité raisonnable de communiquer avec l’avocat de leur choix avant d’être questionnés par la police. Si l’avocat choisi n’est pas immédiatement disponible, ils peuvent refuser de parler à un autre avocat et attendre pendant un délai raisonnable que l’avocat de leur choix leur réponde. Ce qui constitue un délai raisonnable dépend de l’ensemble des circonstances, notamment de facteurs comme la gravité de l’accusation et l’urgence de l’enquête : *Black*. Si l’avocat choisi n’est pas disponible dans un délai raisonnable, les détenus sont censés exercer leur droit à l’assistance d’un avocat en communiquant avec un autre avocat, sinon l’obligation qui incombe à la police d’interrompre ses questions est suspendue : *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; et *Black*. Comme le juge Lamer l’a souligné dans *Ross*, le détenu doit également faire preuve de diligence dans l’exercice du droit à l’assistance de l’avocat de son choix :

Notons que comme l’a dit cette Cour dans l’arrêt *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, un prévenu ou un détenu, bien qu’il ait le droit de choisir un avocat, doit faire preuve de diligence raisonnable dans l’exercice de ses droits, sinon les obligations corollaires qui, selon l’arrêt *Manninen*, sont imposées aux policiers, sont suspendues. La diligence raisonnable dans l’exercice du droit de choisir son avocat dépend de la situation dans laquelle se trouve l’accusé ou le détenu. Au moment de son arrestation, par exemple, le détenu a un besoin immédiat de conseils juridiques et doit faire preuve de diligence raisonnable en conséquence. Par contre, lorsqu’il cherche le

best lawyer to conduct a trial, the accused person faces no such immediacy. Nevertheless, accused or detained persons have a right to choose their counsel and it is only if the lawyer chosen cannot be available within a reasonable time that the detainee or the accused should be expected to exercise the right to counsel by calling another lawyer.

[36] Bearing these principles in mind, we turn to the resolution of the issue raised on this appeal.

C. *Did Mr. Willier Suffer a Breach of His Section 10(b) Right to Counsel?*

[37] Mr. Willier claims that the police violated the *Charter* by failing to provide him with a reasonable opportunity to consult his counsel of choice. Echoing the findings on *voir dire*, he argues that s. 10(b) mandates the extension of a *Prosper*-type warning to circumstances where detainees are unsuccessful in contacting their counsel of choice and opt to contact another. Uninformed of his right to a reasonable opportunity to consult counsel of choice, and of the police obligation to refrain from questioning him until he was afforded that opportunity, he was unable to validly waive that right before speaking with duty counsel and ultimately providing a statement to the police during questioning (A.F., at para. 51). Mr. Willier also asserts that his consultations with duty counsel, given their brevity, were insufficient to provide him a meaningful exercise of his right to counsel and thus satisfy his s. 10(b) entitlement.

[38] The circumstances prompting this Court to articulate the additional informational duty in *Prosper* are fundamentally different from those in the case at hand. As noted above, a *Prosper* warning is warranted in circumstances where a detainee is diligent but unsuccessful in contacting a lawyer and subsequently declines *any* opportunity to consult with counsel. Section 10(b)'s provision of a reasonable opportunity to consult with counsel is a fundamental guarantee aimed at mitigating a detainee's legal vulnerability while under state control. It affords detainees the chance to access

meilleur avocat pour un procès, l'accusé n'est pas dans une telle situation d'urgence. Néanmoins, l'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat. [p. 11]

[36] Ces principes étant posés, nous allons répondre à la question soulevée en l'espèce.

C. *M. Willier a-t-il été privé de son droit à l'assistance d'un avocat qui lui est garanti par l'al. 10b)?*

[37] M. Willier prétend que la police a violé la *Charte* en ne lui donnant pas une possibilité raisonnable de consulter l'avocat de son choix. Reprenant les conclusions du *voir-dire*, il soutient que l'al. 10b) étend l'application de la mise en garde de type *Prosper* aux cas où les détenus ne réussissent pas à joindre l'avocat de leur choix et décident de communiquer avec un autre avocat. N'ayant pas été informé de son droit d'avoir une possibilité raisonnable de consulter l'avocat de son choix et de l'obligation incombant à la police de s'abstenir de lui poser des questions jusqu'à ce qu'il se voit accorder cette possibilité, M. Willier ne pouvait valablement renoncer à ce droit avant de parler à l'avocat de garde et de faire finalement une déclaration à la police durant les questions (m.a., par. 51). Il affirme également que les consultations avec l'avocat de garde, compte tenu de leur brièveté, ne lui permettraient pas d'exercer utilement son droit à l'assistance d'un avocat et donc de se prévaloir de la protection de l'al. 10b).

[38] Les circonstances qui ont conduit la Cour à énoncer l'obligation d'information supplémentaire dans *Prosper* diffèrent foncièrement de celles de l'espèce. Comme nous l'avons vu, la mise en garde de type *Prosper* est justifiée lorsque le détenu fait preuve de diligence mais ne réussit pas à communiquer avec un avocat, puis refuse *toute* possibilité de consulter un avocat. Le droit prévu à l'al. 10b) d'avoir une possibilité raisonnable de consulter un avocat constitue une garantie fondamentale visant à atténuer la vulnérabilité juridique du détenu alors qu'il se trouve sous le contrôle de

information relevant to their self-incrimination and liberty interests: *Bartle*. The *Prosper* warning ensures that detainees are aware that their right to counsel is not exhausted by their unsuccessful attempts to contact a lawyer. This additional informational safeguard is warranted when a detainee indicates an intent to forego s. 10(b)'s protections in their entirety, ensuring that any choice to do so is fully informed. In *Prosper*, the detainee ceded any opportunity to mitigate his legal disadvantage and benefit from the protections afforded by s. 10(b), triggering the additional informational warning.

[39] The circumstances of this case are not analogous. The concerns animating the provision of a *Prosper* warning do not arise when a detainee is unsuccessful in contacting a specific lawyer and simply opts to speak with another. In no way did Mr. Willier attempt to relinquish his right to counsel and thus any opportunity to mitigate his legal disadvantage. He made no attempt to waive his s. 10(b) right. Instead, unsuccessful in contacting Mr. Royal, he exercised his right to counsel by opting to speak with Legal Aid. As such, the police were under no obligation to provide him with a *Prosper* warning, and its absence fails to establish a *Charter* breach.

[40] We are also unable to agree with Mr. Willier's claim that his consultations with duty counsel were insufficient to satisfy his right to a reasonable opportunity to contact counsel under s. 10(b), as they did not amount to a meaningful exercise of that right. Echoing the trial judge's finding on *voir dire*, he asserts that the inadequacy of his two consultations with Legal Aid is to be inferred from their brevity, and thus that they were insufficient to suspend the police duty to hold off in their questioning. Effectively, his argument implies that the police must ensure that a detainee's legal advice meets a particular qualitative standard before they

l'État. Cette disposition offre aux détenus la possibilité d'obtenir des renseignements sur leur protection contre l'auto-incrimination et leur droit à la liberté : *Bartle*. La mise en garde de type *Prosper* leur permet de savoir que leurs tentatives infructueuses de communiquer avec un avocat n'ont pas épuisé leur droit à l'assistance d'un avocat. Cette protection supplémentaire en matière d'information est justifiée lorsque le détenu annonce son intention de renoncer totalement aux protections de l'al. 10b), de sorte que ce choix est fait en toute connaissance de cause. Dans *Prosper*, le détenu a rejeté toute possibilité d'atténuer son désavantage juridique et de bénéficier des protections offertes par l'al. 10b), ce qui a déclenché l'application de l'obligation d'information supplémentaire sous forme de mise en garde.

[39] Les circonstances de l'espèce sont différentes. Les préoccupations à l'origine de la mise en garde de type *Prosper* n'entrent pas en jeu lorsque le détenu ne réussit pas à joindre un avocat précis et décide simplement de parler à un autre avocat. M. Willier n'a en aucune façon tenté de renoncer à son droit à l'assistance d'un avocat et donc à une possibilité d'atténuer son désavantage juridique. Il n'a pas tenté d'abdiquer son droit garanti par l'al. 10b). Comme il n'avait pas réussi à communiquer avec M<sup>c</sup> Royal, il a plutôt exercé son droit à l'assistance d'un avocat en choisissant de parler à un avocat de l'aide juridique. En conséquence, la police n'était pas tenue de lui faire une mise en garde de type *Prosper*, et cette omission ne prouve pas qu'il y ait eu violation de la *Charte*.

[40] En outre, nous ne pouvons souscrire à l'argument de M. Willier que ses consultations avec l'avocat de garde ne permettraient pas de respecter son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat en vertu de l'al. 10b), puisqu'elles ne constituaient pas un exercice utile de ce droit. Reprenant les conclusions du juge du procès lors d'un voir-dire, il affirme que ses deux consultations avec un avocat de l'aide juridique étaient insuffisantes vu leur brièveté, et que l'obligation incombant à la police d'interrompre ses questions ne pouvait donc être suspendue. En fait, son argument suppose que la police est tenue de s'assurer que les

are entitled to commence with an investigative interview.

[41] While s. 10(b) requires the police to afford a detainee a reasonable opportunity to contact counsel and to facilitate that contact, it does not require them to monitor the quality of the advice once contact is made. The solicitor-client relationship is one of confidence, premised upon privileged communication. Respect for the integrity of this relationship makes it untenable for the police to be responsible, as arbiters, for monitoring the quality of legal advice received by a detainee. To impose such a duty on the police would be incompatible with the privileged nature of the relationship. The police cannot be required to mandate a particular qualitative standard of advice, nor are they entitled to inquire into the content of the advice provided. Further, even if such a duty were warranted, the applicable standard of adequacy is unclear. As this Court recognized in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 27, there is a “wide range of reasonable professional assistance”, and as such what is considered reasonable, sufficient, or adequate advice is ill defined and highly variable.

[42] As noted, s. 10(b) aims to ensure detainees the opportunity to be informed of their rights and obligations, and how to exercise them. However, unless a detainee indicates, diligently and reasonably, that the advice he or she received is inadequate, the police may assume that the detainee is satisfied with the exercised right to counsel and are entitled to commence an investigative interview. In this case, despite the brevity of Mr. Willier’s conversations with Legal Aid, Mr. Willier gave no indication that these consultations were inadequate. Quite the contrary, he expressed his satisfaction with the legal advice to the interviewing officer, prior to questioning. Mr. Willier is not entitled to express such satisfaction, remain silent in the face of offers from the police for further contact with counsel, remain silent in the *voir dire* as to the alleged inadequacies of the actual legal advice received, and then seek a finding that the advice was inadequate

conseils juridiques que reçoit le détenu répondent à une certaine norme qualitative avant de pouvoir procéder à l’entretien à des fins d’enquête.

[41] Il est vrai que l’al. 10b) oblige la police à accorder au détenu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et à faciliter cette communication, mais il ne l’oblige pas à contrôler la qualité des conseils une fois la communication établie. La relation avocat-client a un caractère confidentiel en raison du secret professionnel. Vu la nécessité de respecter l’intégrité de cette relation, la police ne saurait être tenue responsable, à titre d’arbitre, du contrôle de la qualité des conseils juridiques reçus par le détenu. Imposer une telle obligation à la police serait incompatible avec la nature confidentielle de la relation. On ne peut exiger de la police qu’elle impose une certaine norme qualitative à l’égard des conseils juridiques, et elle n’a pas le droit non plus de se renseigner sur la teneur des conseils donnés. Par ailleurs, même si une telle obligation était justifiée, la norme applicable quant au caractère suffisant n’est pas clairement établie. Dans *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 27, la Cour a reconnu l’existence du « large éventail de l’assistance professionnelle raisonnable », de sorte que ce qu’on considère être des conseils raisonnables, suffisants ou adéquats est mal défini et très variable.

[42] Comme nous l’avons vu, l’al. 10b) vise à garantir que les détenus ont la possibilité d’être informés de leurs droits et obligations et d’obtenir des conseils sur la façon d’exercer ces droits et de remplir ces obligations. Toutefois, à moins qu’ils n’indiquent, avec diligence et raisonnablement, que les conseils reçus sont insuffisants, la police peut présumer qu’ils sont satisfaits de la façon dont ils ont exercé leur droit à l’assistance d’un avocat et elle a le droit de commencer l’entretien à des fins d’enquête. En l’espèce, malgré la brièveté des conversations entre M. Willier et les avocats de l’aide juridique, M. Willier n’a pas laissé entendre que ces consultations étaient insuffisantes. Bien au contraire, il a affirmé au policier qui a mené l’entretien qu’il était satisfait des conseils juridiques, avant d’être questionné. M. Willier ne peut exprimer sa satisfaction, garder le silence lorsque la police lui offre de communiquer de nouveau avec un avocat, choisir de ne

because of its brevity. A s. 10(b) *Charter* breach cannot be founded upon an assertion of the inadequacy of Mr. Willier's legal advice.

[43] Considering the circumstances of this case as a whole, the majority of the Court of Appeal correctly found that Mr. Willier did not suffer a violation of his s. 10(b) right to counsel. In no way did the police interfere with Mr. Willier's right to a reasonable opportunity to consult with counsel of choice by simply reminding him of the immediate availability of free Legal Aid after his unsuccessful attempt to call Mr. Royal. When Mr. Willier stated his preference to wait, Cst. Lahaie reasonably informed him that it was unlikely that Mr. Royal would be quick to return his call given that it was a Sunday, and reminded him of the immediate availability of duty counsel. Mr. Willier was not told that he could not wait to hear back from Mr. Royal, or that Legal Aid was his only recourse. There is no indication that his choice to call duty counsel was the product of coercion. The police had an informational duty to ensure that Mr. Willier was aware of the availability of Legal Aid, and compliance with that duty did not interfere with his right to a reasonable opportunity to contact counsel of choice. Mr. Willier was properly presented with another route by which to obtain legal advice, an option he voluntarily chose to exercise.

[44] Further, the brief interval between Mr. Willier's attempt to contact Mr. Royal and the start of the investigative interview did not deprive him of a reasonable opportunity to contact counsel of choice. The brevity of the interval must be viewed in light of all the circumstances prior to the commencement of the interview. After speaking with Legal Aid, Mr. Willier expressed satisfaction with that advice prior to being questioned. He did not pursue any further opportunity to contact Mr. Royal, though he was offered an open-ended

rien dire durant le voir-dire au sujet des soi-disant lacunes des conseils juridiques qu'il a reçus, puis demander à la Cour de conclure que les conseils étaient insuffisants en raison de leur brièveté. On ne peut se fonder sur l'insuffisance des conseils juridiques reçus par M. Willier pour conclure à la violation de l'al. 10b) de la *Charte*.

[43] Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à bon droit que M. Willier n'a pas été privé de son droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b). La police n'a nullement porté atteinte au droit de M. Willier d'avoir une possibilité raisonnable de consulter l'avocat de son choix en lui rappelant simplement que l'aide juridique était disponible immédiatement et gratuitement après qu'il a tenté sans succès d'appeler M<sup>e</sup> Royal. Lorsque M. Willier a dit préférer attendre, l'agent Lahaie l'a informé avec raison qu'il était peu probable que M<sup>e</sup> Royal le rappelle rapidement étant donné que c'était un dimanche, et lui a rappelé qu'un avocat de garde était disponible immédiatement. On n'a pas dit à M. Willier qu'il ne pouvait attendre la réponse de M<sup>e</sup> Royal, ni que l'aide juridique était son seul recours. Rien n'indique que son choix d'appeler l'avocat de garde était le produit de la coercition. La police avait une obligation d'information visant à s'assurer que M. Willier était au courant de l'existence de l'aide juridique, et le fait de se conformer à cette obligation n'a pas porté atteinte à son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix. C'est à bon droit qu'on a présenté à M. Willier une autre voie lui permettant d'obtenir des conseils juridiques, une option dont il a choisi de se prévaloir de plein gré.

[44] Par ailleurs, le bref intervalle entre la tentative de M. Willier de communiquer avec M<sup>e</sup> Royal et le début de l'entretien à des fins d'enquête ne l'a pas privé d'une possibilité raisonnable de communiquer avec l'avocat de son choix. Il faut considérer la brièveté de l'intervalle en tenant compte de l'ensemble des circonstances précédant l'entretien. Après avoir parlé à un avocat de l'aide juridique et avant d'être questionné, M. Willier s'est dit satisfait des conseils reçus. Il ne s'est pas prévalu d'autres possibilités de communiquer avec M<sup>e</sup> Royal, bien qu'il se soit vu

invitation to contact counsel prior to and throughout the interview. If Mr. Willier maintained any continuing desire to speak with Mr. Royal, or wait for him to call back, he was not diligent in exercising that right. There is little more that the police could have done in these circumstances to afford Mr. Willier a reasonable opportunity to exercise his rights under s. 10(b). There was therefore no violation of Mr. Willier's right to counsel.

#### V. Disposition

[45] For these reasons, the appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

[46] BINNIE J. — Subject to the disagreement I expressed in *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, with regard to the majority's interpretation of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I agree with the Chief Justice and Charron J. that with respect to the lawyer of choice aspect of the right to counsel "[i]f the chosen lawyer cannot be available within a reasonable period of time, detainees are expected to exercise their right to counsel by calling another lawyer or the police duty to hold off will be suspended" (para. 35). The situation here is not comparable to *Sinclair*. As my colleagues note "[a]fter speaking with Legal Aid, Mr. Willier expressed satisfaction with that advice prior to being questioned. He did not pursue any further opportunity to contact [his lawyer of choice], though he was offered an open-ended invitation to contact counsel prior to and throughout the interview" (para. 44).

[47] I would therefore join in dismissing the appeal.

The reasons of LeBel, Fish and Abella JJ. were delivered by

[48] LEBEL AND FISH JJ. — In this case, subject to our reasons in *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, and *R. v. McCrimmon*, 2010 SCC

offrir la possibilité de communiquer en tout temps avec un avocat, et ce, avant et pendant l'entretien. Si M. Willier entretenait le désir constant de parler à M<sup>e</sup> Royal ou d'attendre que celui-ci le rappelle, il n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice de ce droit. La police ne pouvait faire guère davantage dans ces circonstances pour accorder à M. Willier une possibilité raisonnable d'exercer les droits qui lui sont garantis par l'al. 10b). Il n'y a donc pas eu violation de son droit à l'assistance d'un avocat.

#### V. Dispositif

[45] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs rendus par

[46] LE JUGE BINNIE — Sous réserve du désaccord que j'ai exprimé dans *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, au sujet de l'interprétation par la majorité de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je conviens avec la Juge en chef et la juge Charron que, au sujet de l'aspect du droit à l'assistance d'un avocat concernant le choix de l'avocat, « [s]i l'avocat choisi n'est pas disponible dans un délai raisonnable, les détenus sont censés exercer leur droit à l'assistance d'un avocat en communiquant avec un autre avocat, sinon l'obligation qui incombe à la police d'interrompre ses questions est suspendue » (par. 35). La situation en l'espèce n'est pas comparable à celle dans *Sinclair*. Comme le soulignent mes collègues, « [a]près avoir parlé à un avocat de l'aide juridique et avant d'être questionné, M. Willier s'est dit satisfait des conseils reçus. Il ne s'est pas prévalu d'autres possibilités de communiquer avec [l'avocat de son choix], bien qu'il se soit vu offrir la possibilité de communiquer en tout temps avec un avocat, et ce, avant et pendant l'entretien » (par. 44).

[47] J'estime par conséquent, moi aussi, qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges LeBel, Fish et Abella rendus par

[48] LES JUGES LEBEL ET FISH — En l'espèce, sous réserve des motifs que nous avons exposés dans *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S.

36, [2010] 2 S.C.R. 402, we agree that the appeal should be dismissed. On the facts, it appears that the appellant was given ample opportunity to exercise the rights in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that he was claiming, but he failed to exercise them with diligence.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Winnipeg.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck & Greene, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

310, et *R. c. McCrimmon*, 2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402, nous sommes nous aussi d'avis de rejeter le pourvoi. Il ressort des faits que l'appelant a eu amplement la possibilité d'exercer les droits garantis par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qu'il réclamait, mais ne les a pas exercés avec diligence.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

*Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck & Greene, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*

**Attorney General of Quebec** *Appellant*

v.

**Anabelle Lacombe, Jacques Picard, 3845443  
Canada Inc. and Canadian Owners and  
Pilots Association** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General of Ontario, Attorney General  
of New Brunswick, Attorney General of  
British Columbia, Municipality of Sacré-  
Cœur and Greater Toronto Airports  
Authority** *Interveners*

**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v.  
LACOMBE**

**2010 SCC 38**

File No.: 32608.

2009: October 14; 2010: October 15.

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

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

*Constitutional law — Division of powers — Aeronautics — Ancillary powers — Municipal by-law prohibiting construction of aerodromes on lake and throughout much of municipality's territory — Company operating aerodrome on lake in violation of by-law — Whether by-law valid provincial legislation — Whether by-law relates, in pith and substance, to federal jurisdiction over aeronautics — If so, whether by-law valid under ancillary powers doctrine — Constitution Act, 1867, s. 91.*

Since 2005, a company has carried on a business of air excursions on Gobeil Lake in the municipality of Sacré-Cœur. It obtained a licence from the federal Department of Transport, issued pursuant to regulations under the federal *Aeronautics Act* and authorizing it to provide the services, and registered its aerodrome

**Procureur général du Québec** *Appelant*

c.

**Anabelle Lacombe, Jacques Picard, 3845443  
Canada Inc. et Canadian Owners and Pilots  
Association** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur  
général de l'Ontario, procureur général du  
Nouveau-Brunswick, procureur général de  
la Colombie-Britannique, Municipalité de  
Sacré-Cœur et Autorité aéroportuaire du  
Grand Toronto** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCEUREUR GÉNÉRAL) c.  
LACOMBE**

**2010 CSC 38**

N<sup>o</sup> du greffe : 32608.

2009 : 14 octobre; 2010 : 15 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Aéronautique — Pouvoirs accessoires — Règlement municipal interdisant la construction d'aérodromes sur un lac et sur une grande partie du territoire de la municipalité — Société exploitant un aérodrome sur le lac en violation du règlement — Le règlement est-il un texte législatif provincial valide? — Le règlement se rattache-t-il, de par son caractère véritable, à la compétence fédérale sur l'aéronautique? — Si oui, le règlement est-il valide en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91.*

Depuis 2005, une société exploite une entreprise d'excursions aériennes sur le lac Gobeil dans la municipalité de Sacré-Cœur. Elle a obtenu du ministère fédéral des Transports une licence, délivrée conformément aux règlements d'application de la *Loi sur l'aéronautique*, qui l'autorise à offrir ce service, et elle a enregistré

pursuant to the *Canadian Aviation Regulations*. Gobeil Lake is used by vacationers for fishing, swimming and other outdoor activities. In 1995, municipal zoning by-law No. 210, adopted pursuant to the *Quebec Act respecting land use planning and development*, was amended by by-law No. 260. Under by-law No. 210, Gobeil Lake was situated in zone 33-RF. Schedule B of that by-law contains zoning charts for the municipality which authorize uses in each zone. Initially, the zoning chart contained no box for “water aerodromes” or “aeronautics”. By-law No. 260 split zone 33-RF in two, assigning part of it to a new zone 61-RF. Gobeil Lake remained in zone 33-RF. By-law No. 260 went on to add note N-10 to the zoning chart for zone 61-RF, specifically authorizing the construction of rafts, wharves, or other structures for the landing of float planes and the deplaning of passengers. The municipality applied for an injunction ordering the company to cease its aviation activities on Gobeil Lake on the ground that operation of the aerodrome and the associated business in zone 33-RF violated the by-law. The Superior Court found that the legislation at issue was a valid municipal zoning by-law, with only incidental effects on the federal subject of aeronautics. The Court of Appeal set aside that decision, concluding that the by-law, though valid, could not apply to the aerodrome because of the doctrine of interjurisdictional immunity.

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

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: While the preamble of by-law No. 260 states that its purpose is to find a balance between the activities of summer home owners and more commercial land uses, the evidence reveals that the real object of the by-law is not related to zoning and does not fall under any provincial head of power. Rather, its essence is to regulate the location of water aerodromes in the municipality, a matter within the exclusive federal jurisdiction over aeronautics. Since by-law No. 260 is, in pith and substance, about the regulation of aeronautics, it falls outside provincial jurisdiction.

By-law No. 260 is not saved by the ancillary powers doctrine. Under that doctrine, a provision which is, in pith and substance, outside the competence of its

son aérodrome conformément au *Règlement de l'aviation canadien*. Le lac Gobeil accueille les villégiateurs qui s'y adonnent à la pêche, à la baignade et à d'autres activités de plein air. En 1995, le règlement municipal n° 210 concernant le zonage, adopté conformément à la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* provinciale, a été modifié par le règlement n° 260. Aux termes du règlement n° 210, le lac Gobeil était situé dans la zone 33-RF. L'annexe B de ce règlement contient la grille de spécifications du zonage de la municipalité qui indique les usages autorisés dans chaque zone. À l'origine, la grille de spécifications du zonage ne comportait aucune case pour les « hydroaérodromes » ou les « activités aéronautiques ». Le règlement n° 260 a morcelé la zone 33-RF en deux parties, dont l'une a été affectée à la nouvelle zone 61-RF. Le lac Gobeil est demeuré dans la zone 33-RF. Le règlement n° 260 a en outre ajouté à la grille de spécifications du zonage de la zone 61-RF la note N-10 autorisant spécifiquement la construction de radeaux, de quais ou toutes autres structures d'amerrissage des hydravions et d'accueil de leurs passagers. La municipalité a demandé une injonction ordonnant à la société de cesser ses activités aériennes au lac Gobeil au motif que l'exploitation de l'aérodrome et ses activités connexes dans la zone 33-RF contrevenaient au règlement de zonage. La Cour supérieure a conclu que le texte législatif en cause était un règlement de zonage municipal valide n'ayant que des effets accessoires sur la compétence fédérale en matière d'aéronautique. La Cour d'appel a annulé cette décision, concluant que le règlement, bien que valide, ne pouvait s'appliquer à l'aérodrome en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

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

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Si le préambule du règlement n° 260 énonce qu'il a pour objet d'assurer un équilibre entre les activités de villégiature et les utilisations plus commerciales des terres, il ressort de la preuve que le véritable objet du règlement n'a aucun lien avec le zonage et ne se rattache à aucun chef de compétence provinciale. Il vise plutôt essentiellement à réglementer l'emplacement des hydroaérodromes dans la municipalité, une matière qui relève de la compétence fédérale exclusive sur l'aéronautique. Puisque le règlement n° 260 concerne, de par son caractère véritable, la réglementation de l'aéronautique, il excède la compétence provinciale.

Le règlement n° 260 n'est pas sauvegardé par la doctrine des pouvoirs accessoires. Suivant cette doctrine, une disposition qui, de par son caractère véritable,

enacting body will be saved where it is an important part of a broader legislative scheme that is within the competence of the enacting body. The degree of integration required increases in proportion to the seriousness of the encroachment. Where the impugned measure encroaches only slightly on the jurisdiction of the other level of government, a rational, functional connection is required. As the degree of intrusion grows more serious, the required degree of integration tends toward a test of necessity. By-law No. 260 does not constitute a serious intrusion on federal jurisdiction and the rational functional test is applicable. To meet the test, a *prima facie* invalid measure must complement rather than merely supplement the legislative scheme. It must, both rationally and in its function, further the purposes of the valid legislative scheme of which it is said to be part. While by-law No. 210 is generally valid legislation in relation to land use planning, the general ban on aerodromes in zone 33-RF introduced by by-law No. 260 is not rationally and functionally connected to by-law No. 210. A close examination of the purposes and effects of by-law No. 260 reveals that it does not further the objectives of zoning law generally, or by-law No. 210 in particular. By-law No. 260 was passed to protect the use of Gobeil Lake and similar areas by vacationers. However, it does not confine its ban on aerodromes to vacation areas. Rather, it bans aerodromes throughout the municipality, which spans a variety of land uses. The lack of connection between by-law No. 260 and the general zoning purposes of by-law No. 210 is evidenced by the lack of correlation between the nature of the areas affected and the ban on aerodromes. By-law No. 260 purports to regulate the location of aerodromes without reference to the underlying land use regime. It does not function as zoning legislation, but rather, is a stand-alone prohibition. It treats similar parcels differently, and different parcels the same, belying the first principle of zoning legislation.

By-law No. 260 cannot be interpreted as merely exempting zone 61-RF from a general, pre-existing prohibition against aerodromes in by-law No. 210. The wording of by-law No. 210 does not establish that before the amendment, it prohibited aerodromes generally in zone 33-RF, and the conduct of the villagers after the passage of by-law No. 210 belies the assertion that they understood it as prohibiting aerodromes on Gobeil Lake. Finally, the province conceded that

excède la compétence de l'organisme qui l'adopte sera sauvegardée si elle constitue un élément important d'un régime législatif plus vaste qui relève de la compétence de l'organisme qui l'adopte. Le degré d'intégration requis croît en fonction de la gravité de l'empiètement. Si la législation contestée n'empiète que légèrement sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement, l'existence d'un lien rationnel et fonctionnel doit être démontrée. Plus le degré d'empiètement est important, plus il s'impose de procéder à une appréciation du niveau d'intégration requis en fonction du critère de la nécessité. Le règlement n° 260 ne constitue pas un empiètement grave dans la sphère de compétence fédérale et le critère du lien rationnel et fonctionnel est applicable. Pour qu'il soit satisfait à ce critère, une mesure législative à première vue invalide doit compléter le régime législatif et non simplement y suppléer. De par son lien rationnel et fonctionnel, la mesure doit favoriser la réalisation des objectifs du régime législatif valide dans lequel elle s'inscrit. Même si le règlement n° 210 est une mesure législative généralement valide relative à l'aménagement du territoire, l'interdiction générale des aérodromes dans la zone 33-RF qu'introduit le règlement n° 260 n'a pas de lien rationnel et fonctionnel avec le règlement n° 210. Un examen attentif des objets et des effets du règlement n° 260 révèle que celui-ci ne favorise pas la réalisation des objectifs de la réglementation sur le zonage en général ou du règlement n° 210 en particulier. Le règlement n° 260 a été adopté afin de préserver l'atmosphère de villégiature du lac Gobeil et des zones semblables. Or, ce règlement ne se borne pas à interdire les aérodromes dans les zones de villégiature. Il interdit plutôt les aérodromes dans l'ensemble de la municipalité, ce qui touche diverses utilisations du territoire. L'absence de lien entre le règlement n° 260 et les objectifs généraux de zonage du règlement n° 210 est confirmée par l'absence de lien entre la nature des zones visées et l'interdiction des aérodromes. Le règlement n° 260 vise à réglementer l'emplacement des aérodromes sans tenir compte du régime sous-jacent en matière d'aménagement du territoire. Il ne s'agit pas d'une mesure législative de zonage, mais plutôt d'une interdiction autonome. Ce règlement traite des parcelles semblables de manière différente, et des parcelles différentes de manière semblable, contrevenant ainsi au principe premier de la législation sur le zonage.

Le règlement n° 260 ne peut être interprété comme levant tout simplement, dans la zone 61-RF, l'interdiction générale d'exploiter un aérodrome que pouvait déjà prévoir le règlement n° 210. Le libellé du règlement n° 210 n'indique nullement qu'avant la modification, les aérodromes étaient généralement interdits dans la zone 33-RF, et la conduite des habitants du village après l'adoption du règlement n° 210 contredit l'affirmation suivant laquelle ils auraient vu dans ce règlement une

by-law No. 260 had the effect of prohibiting the construction of water aerodromes on Gobeil Lake. In any event, if by-law No. 210 did have the effect of prohibiting water aerodromes, it would be inapplicable to the extent it did so, under the doctrine of interjurisdictional immunity. A prohibition on aerodromes, even as part of a broad class of land uses, would result in an unacceptable narrowing of Parliament's legislative options. This would have the effect of impairing the core of the federal power over aeronautics.

*Per LeBel J.:* For the purposes of the doctrine of interjurisdictional immunity, the municipality's decision to allow float planes to take off from and land on one lake within its territory rather than another was a valid exercise of its land use planning power and not a significant intrusion on the core of the federal aeronautics power. However, there is an operational conflict between the rights granted in the air operator certificate issued by the federal government — in respect, *inter alia*, of the place of business — and the municipal by-law, which prohibited the operation of any such business at the place referred to in the certificate. As a result, the doctrine of federal paramountcy works in the respondents' favour and precludes the municipal by-law from applying to their activities.

*Per Deschamps J. (dissenting):* Aviation activities were prohibited in zone 33-RF from the time by-law No. 210 was adopted in 1993. No support for the interpretation to the effect that the purpose of by-law No. 260 was to regulate the location of water aerodromes in the municipality's territory can be found either in the ordinary meaning of the words of the zoning by-law or in the evidence. In fact, that interpretation is contradicted by the statement of the Director General of the municipality that aside from its intention to grant a specific authorization in a new zone 61-RF, the municipality intended not to impose a new prohibition, but to confirm the existing prohibition of aviation activities in zone 33-RF. The Court has never considered itself bound by a party's interpretation of the law or by a "concession" on a question of law.

From the standpoint of constitutional validity in light of the division of powers, the location of aerodromes, as a factual matter, has a double aspect because it can be understood from two different legal perspectives: (1) a broader perspective, that of zoning in the exercise of the exclusive provincial power to make laws in relation to municipal institutions; and (2) a narrower

interdiction des aérodromes au lac Gobeil. Enfin, la province a reconnu que le règlement n° 260 avait pour effet d'interdire la construction d'hydroaérodromes au lac Gobeil. Quoi qu'il en soit, si le règlement n° 210 avait eu pour effet d'interdire les hydroaérodromes, il aurait été inapplicable dans la mesure de cette interdiction en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Une interdiction des aérodromes, même dans le cadre d'une vaste catégorie d'usages du territoire, constituerait une restriction inacceptable des choix législatifs du Parlement. Cette interdiction aurait pour effet de porter atteinte au cœur du pouvoir fédéral en matière d'aéronautique.

*Le juge LeBel :* Au sens de la doctrine de la protection des compétences, la décision de la municipalité de permettre le décollage et l'amerrissage des hydravions sur un lac plutôt qu'un autre dans son territoire représentait un exercice valable de son pouvoir en matière d'aménagement du territoire et ne constituait pas une intrusion d'importance significative dans le cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique. Toutefois, un conflit d'application existe entre les droits accordés par le certificat d'exploitation aérienne délivré par l'administration fédérale, notamment à l'égard du lieu d'exploitation de l'entreprise, et le règlement municipal, qui interdit toute exploitation au lieu prévu par le certificat. En conséquence, la doctrine de la prépondérance des lois fédérales joue en faveur des intimés et empêche l'application du règlement municipal à leur activité.

*La juge Deschamps (dissidente) :* Les activités aériennes étaient prohibées dans la zone 33-RF depuis l'adoption du règlement n° 210 en 1993. L'interprétation selon laquelle l'objet du règlement n° 260 est de réglementer l'emplacement des hydroaérodromes sur le territoire de la municipalité n'est soutenue ni par le sens ordinaire des mots employés dans le règlement de zonage ni par la preuve. De fait, elle est contredite par la déclaration du directeur général de la municipalité selon laquelle, outre son intention d'accorder une autorisation spéciale dans une nouvelle zone 61-RF, la municipalité entendait non pas imposer une nouvelle interdiction mais plutôt confirmer l'interdiction dans la zone 33-RF des activités aériennes. Jamais la Cour ne s'est sentie liée par une interprétation en droit avancée par une partie ou par une soi-disant concession sur une question de droit.

Sur le plan de la validité constitutionnelle au regard du partage fédératif des compétences, l'emplacement des aérodromes, en tant que matière factuelle, présente un double aspect en ce qu'il peut être appréhendé à partir de deux perspectives juridiques différentes : (1) une perspective plus large, à savoir le zonage dans l'exercice du pouvoir exclusif des provinces de légiférer relativement

perspective, that of regulating aerodromes in the exercise of the exclusive federal aeronautics power. Before determining whether a provision is constitutionally valid, it is necessary to identify the pith and substance of the rule established by the provision in issue, not of a given set of facts, since fact situations can validly be addressed from two different normative perspectives. Simply showing that a rule adopted by a government at one level is connected, in its essence, with an exclusive power of the other level of government will often end the enquiry into its validity.

In this case, the zoning by-law, as a whole, is valid. While it may have the effect, in a given zone, of prohibiting or permitting the use of aircraft on land or water or the operation of some form of aerodrome, this results first and foremost from the decision to authorize or not to authorize certain types of uses on an exclusive basis. The municipal land use planning system based on the authorization of classes of uses falls under the exclusive power of the provinces to make laws in relation to municipal institutions and does not, in pith and substance, regulate a matter that falls primarily under the federal aeronautics power, as would be the case with rules dealing specifically or directly with conditions for the takeoff of aircraft or the location of aerodromes.

However, the effect of the note N-10 introduced by by-law No. 260 is that it applies directly to float planes and water aerodromes, since the effect of inserting the note in the zoning by-law's specifications grid is to specifically authorize aviation activities in zone 61-RF. Since the note N-10 mechanism appears to be invalid, it must be determined whether that mechanism should be found to be valid pursuant to the ancillary powers doctrine. The test to be met is that of a functional relationship, since what is in issue is an authorization and since the rule, which relates only to the location of water aerodromes, can amount only to a minor overflow into the federal power. Given the increased flexibility made possible by the specific authorization based on note N-10, as compared with the relative inflexibility of the mechanism of classes of uses, the impugned provisions have a functional relationship with the zoning by-law as a whole. They are valid as a delegated exercise of a power ancillary to the power in relation to municipal institutions.

What had to be shown for the provisions in issue to be declared inapplicable pursuant to the doctrine of inter-jurisdictional immunity has not been shown. The purpose

aux institutions municipales; (2) une perspective plus étroite, à savoir la réglementation des aérodrômes dans l'exercice de la compétence législative fédérale exclusive sur l'aéronautique. L'examen de validité constitutionnelle commande au préalable la détermination du caractère véritable de la norme établie par la disposition en litige, non pas celui d'un ensemble de faits donnés, car des situations factuelles peuvent valablement être abordées selon deux perspectives normatives différentes. La seule démonstration qu'une norme adoptée par un ordre de gouvernement se rattache, dans son essence, à une compétence exclusive de l'autre ordre de gouvernement mettra souvent fin à l'examen de la validité.

En l'espèce, le règlement de zonage dans son ensemble est valide. S'il peut avoir pour effet, dans une zone donnée, d'interdire ou de permettre l'utilisation d'aéronefs au sol ou sur l'eau ou l'exploitation d'une forme d'aérodrome ou d'une autre, une telle situation résulte d'abord et avant tout de la décision d'autoriser ou non, sur une base exclusive, des types d'usages donnés. Or, l'aménagement du territoire municipal au moyen de l'autorisation de classes d'usages relève du pouvoir exclusif des provinces de légiférer relativement aux institutions municipales et n'a pas comme caractère véritable de régir une matière qui relèverait principalement de la compétence fédérale sur l'aéronautique, comme ce serait le cas de normes portant spécifiquement ou directement sur les conditions de décollage d'aéronefs ou encore sur l'emplacement des aérodrômes.

Par l'effet de la note N-10 qu'il introduit, cependant, le règlement n° 260 vise directement les hydravions et les hydroaérodrômes, car l'indication de la note sur la grille de spécifications du règlement de zonage autorise spécialement les activités aériennes dans la zone 61-RF. Puisque le mécanisme de la note N-10 est en apparence invalide, il convient de vérifier s'il doit être tenu pour valide en application de la doctrine de la compétence accessoire. Le critère applicable est celui de la simple fonctionnalité, car il est question d'une permission et parce que la norme, ne visant que l'emplacement des hydroaérodrômes, ne constitue qu'un débordement mineur sur la compétence législative fédérale. Compte tenu de la souplesse accrue que permet l'autorisation spéciale fondée sur la note N-10 par rapport à la relative rigidité du mécanisme des classes d'usages, les dispositions contestées entretiennent un lien fonctionnel avec le règlement de zonage dans son ensemble. Elles sont valides en tant qu'exercice délégué d'une compétence accessoire à la compétence relative aux institutions municipales.

La démonstration requise pour obtenir une déclaration d'inapplicabilité des dispositions en cause en vertu de la doctrine de la protection des compétences

of that doctrine is to protect powers of one level of government from certain effects of valid rules adopted by a government at the other level. Because it is inconsistent with co-operative federalism and has exerted a centralizing pressure on the Canadian federation, which it tends to make asymmetrical, the doctrine of interjurisdictional immunity should, in principle, be limited to protecting cores of power that the courts have already found to require protection. It cannot be limited to the protection of federal powers, however. Furthermore, the fact that a rule is valid because its subject matter has a double aspect does not change the conditions that must be met for the doctrine of interjurisdictional immunity to apply, since where a double aspect relates to the application of an exclusive power, it does not change the exclusive nature of the power. The exclusive federal aeronautics power has a protected core, and the location of airports and aerodromes is part of it. Where there is a conflict, it must be determined whether activities at the core of the exclusive power are impaired. The test is that of the impairment of activities, not that of merely affecting the core of the protected power. The analysis must relate to the concrete effects of the impugned legislative measure.

In this case, it has not been shown how or why the application of valid municipal rules respecting land use planning to aerodromes can have the effect of impairing the activities of aviation undertakings. As a factual matter, the location of aerodromes coincides with a type of decision relating to small-scale aviation activities. Small-scale aviation requires a sufficient area for the construction of an aerodrome. Yet it has been established that the municipal by-law does leave enough room for such activities. Not only are they specifically authorized in zone 61-RF, but they are also authorized indirectly in at least one other zone. Finally, the requirement that an aerodrome comply with municipal or agricultural zoning does not limit the possibility of its being used for emergency landings.

Nor can federal paramountcy be relied on against the municipal by-law in issue. The doctrine of paramountcy can come into play only where a federal rule and a provincial rule are so incompatible that there is an actual conflict between them. The unwritten constitutional principle of federalism and its underlying principles of co-operative federalism and subsidiarity favour a strict definition of the concept of conflict: either it must be impossible to comply with a rule of a government at one level without violating one of a government at the other level (“operational conflict”), or complying with the rule must conflict with Parliament’s purpose (“conflict of legislative purposes”). A conflict of purposes can exist only if there is a restriction on the exercise

exclusives n’a pas été faite. Cette doctrine vise à protéger les compétences d’un ordre de gouvernement contre certains effets de normes valides de l’autre ordre. Parce qu’elle est peu compatible avec le fédéralisme coopératif et qu’elle a exercé une pression centralisatrice sur la fédération canadienne qu’elle tend à rendre asymétrique, cette doctrine ne devrait en principe servir qu’à la protection du cœur d’une compétence qui a déjà été reconnu par la jurisprudence. Elle ne saurait toutefois être limitée à la protection des compétences fédérales. De plus, le fait qu’une norme soit valide parce que son objet présente un double aspect ne change rien aux conditions d’application de la doctrine de la protection des compétences exclusives, car l’application du double aspect n’altère en rien le caractère exclusif d’une compétence. La compétence fédérale exclusive sur l’aéronautique possède un cœur protégé, et l’emplacement des aéroports et aérodromes en fait partie. En présence d’un conflit, il faut déterminer s’il y a entrave aux activités qui se trouvent au cœur de la compétence exclusive. Le critère est celui de l’entrave aux activités, et non celui de la simple atteinte au cœur de la compétence protégée. L’analyse doit porter sur les effets concrets de la mesure législative contestée.

En l’espèce, rien n’indique comment ou pourquoi l’application aux aérodromes de normes municipales valides concernant l’aménagement du territoire peut entraver les activités des entreprises aéronautiques. En tant que matière factuelle, l’emplacement des aérodromes coïncide avec un type de décision relevant des activités aériennes de petite envergure. Le fonctionnement de la petite aviation requiert une surface suffisante pour aménager un aérodrome. Or, il est avéré que la réglementation municipale fait une juste place à ces activités. Non seulement sont-elles spécialement autorisées dans la zone 61-RF, mais elles sont aussi autorisées indirectement dans au moins une autre zone. Enfin, l’édification d’un aérodrome conformément au zonage municipal ou agricole ne limite en rien la possibilité qu’il puisse servir à des atterrissages ou amerrissages d’urgence.

La prépondérance des textes fédéraux ne saurait non plus être invoquée à l’encontre de la réglementation municipale en litige. La doctrine de la prépondérance ne peut intervenir que lorsque l’incompatibilité entre une norme fédérale et une norme provinciale est telle qu’il y a un conflit réel. Le principe constitutionnel non écrit qu’est le fédéralisme ainsi que ses principes sous-jacents que sont le fédéralisme coopératif et la subsidiarité militent en faveur d’une conception rigoureuse de la notion de conflit : soit il est impossible d’obéir à la norme d’un ordre de gouvernement sans enfreindre celle de l’autre ordre (« conflit d’application »), soit l’obéissance à la norme contrecarre l’objectif du législateur fédéral (« conflit d’objectifs législatifs »). Pour qu’il y ait conflit d’objectifs, il

of a right positively provided for in a rule, as opposed to a simple freedom. Also, the provincial prohibition in question must be, if not identical, at least similar in nature, to the prohibition to which the federal positive right can only form an exception.

There is no operational conflict in this case between by-law No. 210 and the federal aeronautics legislation, since it is possible to comply with the municipal by-law without violating the federal legislation. Nor can compliance with by-law No. 210 frustrate a purpose being pursued by Parliament. The municipal by-law in issue is not incompatible with the exercise of any positive right granted in the federal legislation. The procedure for registering aerodromes that is provided for in regulations merely confers a right to have certain information about aerodromes published. As for the air operator certificate, although it does authorize, subject to certain conditions, the operation of certain types of aircraft for the purpose of providing commercial aviation services, it grants no positive right to operate aircraft or an aerial work undertaking in a given territory.

In sum, the impugned provisions of by-law No. 210 are valid, applicable and operative. Moreover, the governments that are closest to citizens and have jurisdiction over land use planning should have reasonable latitude to act where the central government fails to do so or proves to be indifferent. There is something fundamentally incoherent in the interpretation of the rules of Canada's federalist system if a municipality is unable to establish reasonable limits to ensure that uses of its territory are compatible with one another where no activities falling under the core of a protected federal power are actually impaired and there is no inconsistency with federal legislation.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; **referred to:** *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*,

est nécessaire qu'il y ait restriction à l'exercice d'un droit (*right*) conféré positivement par une norme, par opposition à une simple faculté. De plus, il faut que l'interdiction provinciale en cause soit, sinon identique, du moins de même nature que l'interdiction à laquelle le droit (*right*) positif d'origine fédérale ne peut que déroger.

Il n'y a pas, en l'espèce, conflit d'application entre le règlement n° 210 et la législation fédérale en matière d'aéronautique, car il est possible de se conformer au règlement municipal sans enfreindre les textes fédéraux. Le fait de se conformer au règlement n° 210 n'a pas non plus pour effet d'entraver la réalisation d'un objectif poursuivi par le Parlement. La législation fédérale ne confère aucun droit positif avec l'exercice duquel la réglementation municipale serait incompatible. La procédure d'enregistrement des aérodromes prescrite par règlement ne fait que donner droit à la publication de certains renseignements relatifs aux aérodromes. Pour sa part, le certificat d'exploitation aérienne autorise certes l'exploitation de certains types d'aéronefs afin d'offrir des services aériens commerciaux à certaines conditions, mais il ne confère aucun droit positif d'exploiter des aéronefs ou une entreprise de travail aérien sur un territoire donné.

En somme, les dispositions contestées du règlement n° 210 sont valides, applicables et opérantes. D'ailleurs, les gouvernements qui sont le plus près des citoyens et qui sont compétents en matière d'aménagement du territoire doivent disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour intervenir en cas d'inaction ou d'indifférence du gouvernement central. Il y a quelque chose de fondamentalement incohérent dans l'interprétation des règles du fédéralisme canadien si, en l'absence de toute entrave véritable à des activités relevant au cœur d'une compétence fédérale protégée ou en l'absence de mesure législative fédérale incompatible, une municipalité ne peut prescrire des limites raisonnables pour faire en sorte que les usagers du territoire s'adonnent à des usages compatibles les uns avec les autres.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués:** *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; **arrêts mentionnés :**

2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Construction Monticalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31; *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577; *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for the Province of Quebec*, [1947] A.C. 33; *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 331; *Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424; *Attorney General of Canada v. C.P.R.*, [1958] S.C.R. 285; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

By LeBel J.

**Referred to:** *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86.

By Deschamps J. (dissenting)

*Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *R. v. Chaisson*, 2006 SCC 11, [2006] 1 S.C.R. 415; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R.

*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Construction Monticalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31; *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577; *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Grand Trunk Railway Company of Canada c. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for the Province of Quebec*, [1947] A.C. 33; *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Nykorak c. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 331; *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424; *Attorney General of Canada c. C.P.R.*, [1958] R.C.S. 285; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge LeBel

**Arrêt mentionné :** *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *R. c. Chaisson*, 2006 CSC 11, [2006] 1 R.C.S. 415; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *Johannesson c. Rural Municipality of West*

292; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *St-Louis v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1990] R.J.Q. 322; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546; *Venchiarutti v. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix; *Re Walker and Minister of Housing for Ontario* (1983), 41 O.R. (2d) 9; *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1, s. 113.  
*Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, s. 4.9.  
*Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433, ss. 301.03, 302.01, 700.01, 700.02, 702.07, 702.08, 702.09, 702.12, 703.07, 703.16, 704.07, 704.15, 705.07, 705.20.  
*Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19.  
*Commonwealth of Australia Constitution Act*, s. 51(xxxix).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92, 92A, 94A, 95.  
*Constitution of the United States of America*, art. I, § 8, cl. 18.  
*Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1.  
Municipality of Sacré-Cœur, By-law No. 209, *Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction* (1993), ss. 4.1, 4.2 [am. No. 260, 1995].

*St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Commission du Salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *St-Louis c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1990] R.J.Q. 322; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546; *Venchiarutti c. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. ix; *Re Walker and Minister of Housing for Ontario* (1983), 41 O.R. (2d) 9; *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba c. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

### Lois et règlements cités

*Code municipal du Québec*, L.R.Q., ch. C-27.1.  
*Commonwealth of Australia Constitution Act*, art. 51(xxxix).  
*Constitution of the United States of America*, art. I, § 8, al. 18.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92, 92A, 94A, 95.  
*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2, art. 4.9.  
*Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, art. 113.  
*Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19.  
Municipalité de Sacré-Cœur, Règlement n° 209, *Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction* (1993), art. 4.1, 4.2 [mod. n° 260, 1995].  
Municipalité de Sacré-Cœur, Règlement n° 210, *Règlement de zonage* (1993), art. 2.2, 4.1, 4.2, ann. B [mod. n° 260, 1995].

Municipality of Sacré-Cœur, By-law No. 210, *Règlement de zonage* (1993), ss. 2.2, 4.1, 4.2, Sch. B [am. No. 260, 1995].

Municipality of Sacré-Cœur, By-law No. 211, *Règlement de lotissement* (1993) [am. No. 260, 1995].

Municipality of Sacré-Cœur, By-law No. 260, *Règlement aux fins de modifier le règlement numéro 209 intitulé "Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction", le règlement numéro 210 intitulé "Règlement de zonage", le règlement numéro 211 intitulé "Règlement de lotissement", de façon à créer la nouvelle zone 61-RF* (1995), preamble, ss. 4.1, 4.2.

#### Authors Cited

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2009.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2009, release 1).

Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Brossard, Thibault and Vézina J.J.A.), 2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598, SOQUIJ AZ-50478099, [2008] Q.J. No. 1595 (QL), 2008 CarswellQue 13000, reversing a decision of the Superior Court, 2006 QCCS 1171, [2006] R.D.I. 320, SOQUIJ AZ-50359210, [2006] J.Q. n<sup>o</sup> 1948 (QL), 2006 CarswellQue 1973. Appeal dismissed, Deschamps J. dissenting.

*Alain Gingras and Sébastien Rochette*, for the appellant.

*Mathieu Quenneville and Yvan Biron*, for the respondents Anabelle Lacombe, Jacques Picard and 3845443 Canada Inc.

*Pierre J. Beauchamp, Dan Cornell and Emma Beauchamp*, for the respondent the Canadian Owners and Pilots Association.

Municipalité de Sacré-Cœur, Règlement n<sup>o</sup> 211, *Règlement de lotissement* (1993) [mod. n<sup>o</sup> 260, 1995].

Municipalité de Sacré-Cœur, Règlement n<sup>o</sup> 260, *Règlement aux fins de modifier le règlement numéro 209 intitulé « Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction », le règlement numéro 210 intitulé « Règlement de zonage », le règlement numéro 211 intitulé « Règlement de lotissement », de façon à créer la nouvelle zone 61-RF* (1995), préambule, art. 4.1, 4.2.

*Règlement de l'aviation canadien*, DORS/96-433, art. 301.03, 302.01, 700.01, 700.02, 702.07, 702.08, 702.09, 702.12, 703.07, 703.16, 704.07, 704.15, 705.07, 705.20.

#### Doctrine citée

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2009.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2009, release 1).

Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 3<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Thibault et Vézina), 2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598, SOQUIJ AZ-50478099, [2008] J.Q. n<sup>o</sup> 1595 (QL), 2008 CarswellQue 8633, qui a infirmé une décision de la Cour supérieure, 2006 QCCS 1171, [2006] R.D.I. 320, SOQUIJ AZ-50359210, [2006] J.Q. n<sup>o</sup> 1948 (QL), 2006 CarswellQue 1973. Pourvoi rejeté, la juge Deschamps est dissidente.

*Alain Gingras et Sébastien Rochette*, pour l'appelant.

*Mathieu Quenneville et Yvan Biron*, pour les intimés Anabelle Lacombe, Jacques Picard et 3845443 Canada Inc.

*Pierre J. Beauchamp, Dan Cornell et Emma Beauchamp*, pour l'intimée Canadian Owners and Pilots Association.

*Ginette Gobeil and Claude Joyal*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Hart M. Schwartz and Josh Hunter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*R. Richard M. Butler and Jean M. Walters*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Mahmud Jamal*, for the intervener the Greater Toronto Airports Authority.

No one appeared for the intervener the Municipality of Sacré-Cœur.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### I. Introduction

[1] The waters of Gobeil Lake have of late been clouded by conflict. Seeking to preserve the tranquility of their rustic setting, owners of summer homes spurred their municipal government to outlaw an aerodrome on the lake. Anabelle Lacombe and Jacques Picard, the operators of this aerodrome, challenged the validity of the municipal prohibition on the ground that the federal Parliament has exclusive jurisdiction to determine the location of aerodromes. Thus, the future of aeronautics on Gobeil Lake comes before this Court as a question of federalism, pitting the local interest in land use planning against the national interest in a unified system of aviation regulation.

[2] Like the companion case of *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“COPA”), this appeal involves a clash between provincial zoning laws and the federal jurisdiction over aeronautics. As in that case, the issues are whether the provincial zoning legislation is valid; if so, whether the doctrine of interjurisdictional immunity prevents the application of the provincial

*Ginette Gobeil et Claude Joyal*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Hart M. Schwartz et Josh Hunter*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Gaétan Migneault*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*R. Richard M. Butler et Jean M. Walters*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Mahmud Jamal*, pour l’intervenante l’Autorité aéroportuaire du Grand Toronto.

Personne n’a comparu pour l’intervenante la municipalité de Sacré-Cœur.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF —

### I. Introduction

[1] Les eaux du lac Gobeil sont depuis peu troublées par un conflit. Cherchant à préserver leur tranquillité, les villégiateurs de cet endroit rustique ont incité leur gouvernement municipal à interdire un aérodrome sur le lac. Anabelle Lacombe et Jacques Picard, les exploitants de cet aérodrome, ont contesté la validité de l’interdiction, soutenant que la détermination de l’emplacement des aérodromes relève de la compétence exclusive du Parlement fédéral. Ainsi, la Cour est saisie de l’avenir de l’aéronautique au lac Gobeil dans une question de fédéralisme qui oppose l’intérêt municipal dans l’aménagement du territoire et l’intérêt national dans un système unifié de réglementation aérienne.

[2] À l’instar du pourvoi connexe *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« COPA »), le présent pourvoi oppose la réglementation provinciale sur le zonage et la compétence fédérale en matière d’aéronautique. Comme dans cette autre affaire, la Cour doit déterminer si la législation provinciale sur le zonage est valide; dans l’affirmative, elle doit ensuite déterminer si la

law; and finally, whether the doctrine of federal paramountcy prevails over the provincial zoning law.

[3] I conclude that the impugned portion of the provincial law at issue in this case falls outside the jurisdiction of the province and is *ultra vires*. Furthermore, I find that it is not sufficiently integrated within a valid legislative scheme to be saved under the doctrine of ancillary powers. Thus, this portion of the provincial law is invalid. Having reached this conclusion, it is not necessary to consider the application of interjurisdictional immunity or federal paramountcy, which are discussed in *COPA*. Though my reasoning differs somewhat, I agree in the result with the Quebec Court of Appeal that the Province's claim cannot prevail. I would dismiss the appeal and read down the municipal by-law so that it does not affect aerodromes.

## II. The Facts

[4] Lacombe and Picard are the directors of a company that carries on a business of air excursions. In 2002, the company commenced operations out of Long Lake, and moved in 2005 to Gobeil Lake, where Lacombe and Picard had a summer home. Gobeil Lake is a recreational lake, used by vacationers for fishing, swimming and other outdoor activities.

[5] Lacombe and Picard obtained a licence from the federal Department of Transport authorizing them to provide commercial aerial work and air taxi services, operating out of Gobeil Lake. This licence was issued pursuant to regulations under the federal *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2. The company registered its aerodrome on Gobeil Lake pursuant to the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433. The company was required to provide the Minister of Transport with information respecting the location, markings, lighting, use and operation of the aerodrome. The Minister then published this information, making it available to the aviation public.

doctrine de l'exclusivité des compétences empêche l'application de la loi provinciale, et enfin, si la doctrine de l'exclusivité des compétences l'emporte sur la loi provinciale en matière de zonage.

[3] Je conclus que les dispositions contestées de la loi provinciale en cause excèdent la compétence de la province et sont *ultra vires*. En outre, j'estime qu'elles ne sont pas suffisamment intégrées à un régime législatif valide pour qu'elles puissent être sauvegardées par la doctrine des pouvoirs accessoires. Ainsi, ces dispositions de la loi provinciale sont invalides. Puisque je suis parvenue à cette conclusion, il n'est pas nécessaire que j'examine l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences ou la doctrine de la prépondérance fédérale, lesquelles sont analysées dans *COPA*. Bien que mon raisonnement soit quelque peu différent, j'estime, comme la Cour d'appel du Québec, que la prétention de la province ne peut prévaloir. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'atténuer l'effet du règlement municipal de sorte qu'il ne s'applique pas aux aérodromes.

## II. Les faits

[4] M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard sont les administrateurs d'une société qui exploite une entreprise d'excursions aériennes. En 2002, la société a commencé ses activités au lac Long, et en 2005, elle s'est déplacée au lac Gobeil où se trouvait le chalet de M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard. Au lac Gobeil, les villégiateurs s'adonnent à la pêche, à la baignade et à d'autres activités de plein air.

[5] M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard ont obtenu du ministère fédéral des Transports une licence les autorisant à offrir, depuis le lac Gobeil, des services commerciaux d'« opérations de travail aérien » et de taxi aérien. Cette licence a été délivrée conformément aux règlements d'application de la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2. La société a enregistré son aérodrome du lac Gobeil conformément au *Règlement de l'aviation canadien*, DORS/96-433. Elle a dû fournir au ministère des Transports des renseignements relatifs à l'emplacement, au marquage, au balisage lumineux, à l'utilisation et à l'exploitation de l'aérodrome. Le ministre a alors publié ces renseignements, les rendant ainsi accessibles aux gens du secteur de l'aviation.

[6] In 2006 the municipality of Sacré-Cœur obtained an injunction from the Superior Court against Lacombe and Picard, ordering them to cease their aviation activities on Gobeil Lake, on the ground that operation of the aerodrome and the associated business violated the zoning for Gobeil Lake.

### III. Judicial History

[7] The Quebec Superior Court found that the legislation at issue in this case is a valid municipal zoning by-law, with only incidental effects on the federal subject of aeronautics: 2006 QCCS 1171, [2006] R.D.I. 320. The court rejected Lacombe and Picard's defence that, despite its validity, the by-law does not apply to their aerodrome because of the doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy.

[8] The Quebec Court of Appeal allowed the appeal: 2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598. Applying this Court's decision in *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, it concluded that the by-law, though valid, could not apply to Lacombe and Picard's aerodrome because of the doctrine of interjurisdictional immunity.

### IV. The Statutory Framework

#### A. *The Provincial Statute*

[9] It is agreed that the current zoning by-law forbids aviation on Gobeil Lake. The complexity of the zoning scheme makes it something of a challenge to understand why this is so. However, the legislative effect is clear.

[10] Section 113 of the provincial *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1, authorizes a municipality to "adopt a zoning by-law for its whole territory". Operating under this delegated statutory power, the municipality of Sacré-Cœur adopted a comprehensive code of zoning regulations in 1993.

[6] En 2006, la municipalité de Sacré-Cœur a obtenu de la Cour supérieure une injonction ordonnant à M<sup>me</sup> Lacombe et à M. Picard de cesser leurs activités aériennes au lac Gobeil, au motif que l'exploitation de l'aérodrome et ses activités connexes contrevenaient au zonage du lac Gobeil.

### III. Historique judiciaire

[7] La Cour supérieure du Québec a conclu que le texte législatif en cause est un règlement de zonage municipal valide et n'a que des effets accessoires sur la compétence fédérale en matière d'aéronautique : 2006 QCCS 1171, [2006] R.D.I. 320. La cour a rejeté le moyen de défense soulevé par M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard selon lequel les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance des lois fédérales empêchent l'application, à leur aérodrome, de ce règlement valide.

[8] La Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel : 2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598. Appliquant l'arrêt de notre Cour *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, elle a conclu que le règlement, bien que valide, ne pouvait s'appliquer à l'aérodrome de M<sup>me</sup> Lacombe et de M. Picard en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

### IV. Le cadre législatif

#### A. *La loi provinciale*

[9] Il est admis que le règlement de zonage actuel interdit l'aviation au lac Gobeil. En raison de la complexité du régime de zonage, il est quelque peu difficile de comprendre pourquoi il en est ainsi. Cependant, l'effet législatif est clair.

[10] L'article 113 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* provinciale, L.R.Q., ch. A-19.1, autorise chaque municipalité à « adopter un règlement de zonage pour l'ensemble [. . .] de son territoire ». Agissant en vertu de ce pouvoir délégué, la municipalité de Sacré-Cœur a adopté en 1993 un règlement de zonage détaillé.

[11] By-law No. 209<sup>1</sup>, s. 4.1, provides that no construction may be commenced without a permit. Section 4.2 states that it is not necessary to obtain a permit (1) for temporary buildings; (2) integrated buildings that were anticipated in previous permits; or (3) where the cost of construction does not exceed \$1,000. Given that the cost of erecting an aerodrome exceeds this threshold, by-law No. 209 effectively bars construction without a permit, and by-law No. 210<sup>2</sup> provides that no permit will be issued unless the activity is authorized.

[12] By-law No. 210, Sch. B, contains the zoning charts for the municipality. These charts authorize certain uses in each zone. A party may apply for a permit wherever a particular use is authorized. Initially, the zoning chart contained no box for “water aerodromes” or “aeronautics”. The parties to the present appeal agree that in light of this silence, the by-law was interpreted to permit water aerodromes by analogy to other approved uses. The Attorney General of Quebec presents this interpretation in paras. 11 and 39 of its factum. Moreover, the parties argued this appeal on the basis of their shared understanding that by-law No. 210 did not prohibit the landing and taking off of hydroplanes at the relevant location and that the amendment brought about by by-law No. 260<sup>3</sup> was necessary to achieve that result. This shared understanding is reflected in both their written and oral submissions in this Court. While the proper interpretation

[11] L'article 4.1 du règlement n° 209<sup>1</sup> interdit à quiconque de construire sans permis. L'article 4.2 dispose qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir un permis (1) pour l'érection de bâtiments temporaires, (2) pour l'érection de bâtiments complémentaires dont la construction a été autorisée par un permis antérieur, ou (3) pour les travaux dont le coût de construction n'excède pas 1 000 \$. Étant donné que le coût de construction d'un aérodrome excède ce seuil, le règlement n° 209 en interdit la construction sans permis, alors que le règlement n° 210<sup>2</sup> prévoit qu'aucun permis n'est délivré sauf si l'activité visée est autorisée.

[12] L'annexe B du règlement n° 210 contient la grille de spécifications du zonage de la municipalité. Cette grille indique les usages autorisés dans chaque zone. Un permis peut être demandé en vue d'un usage particulier autorisé. À l'origine, la grille de spécifications du zonage ne comportait aucune case pour les « hydroaérodromes » ou les « activités aéronautiques ». Les parties au présent pourvoi conviennent qu'en raison de ce silence, on a donné du règlement une interprétation qui permettait les hydroaérodromes, par analogie avec les autres usages approuvés. Le procureur général du Québec présente cette interprétation aux par. 11 et 39 de son mémoire. De plus, les parties ont plaidé cet appel avec la perception commune que le règlement n° 210 n'interdisait pas l'amerrissage et le décollage des hydravions à l'endroit en cause et que, pour l'interdire, il fallait nécessairement modifier le règlement n° 260<sup>3</sup>. Cette perception commune ressort tant de

<sup>1</sup> *Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction* (1993).

<sup>2</sup> *Règlement de zonage* (1993).

<sup>3</sup> *Règlement aux fins de modifier le règlement numéro 209 intitulé “Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction”, le règlement numéro 210 intitulé “Règlement de zonage”, le règlement numéro 211 intitulé “Règlement de lotissement”, de façon à créer la nouvelle zone 61-RF* (1995).

<sup>1</sup> *Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction* (1993).

<sup>2</sup> *Règlement de zonage* (1993).

<sup>3</sup> *Règlement aux fins de modifier le règlement numéro 209 intitulé « Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction », le règlement numéro 210 intitulé « Règlement de zonage », le règlement numéro 211 intitulé « Règlement de lotissement », de façon à créer la nouvelle zone 61-RF* (1995).

of the provisions is debatable, the parties' shared understanding of the interpretation is plausible and I do not think the Court should approach the case on a basis that does not reflect that shared understanding on which all of the submissions of the parties were formulated.

[13] Following the adoption of by-law No. 210, local residents of Gobeil Lake complained about aeronautics activity on the lake, which was being used by an air operator that preceded Lacombe and Picard. The municipality discussed [TRANSLATION] "doing something about the float planes using Gobeil Lake with a view to finding a solution to the incompatibility of that commercial activity of maintaining a float plane base with the use of the lake by vacationers" (solemn affirmation of Sarto Simard, Director General and Secretary-Treasurer of the municipality of Sacré-Cœur, at para. 12). The result was by-law No. 260, which was adopted in 1995. The preamble to by-law No. 260 states that its purpose is to find a balance between the activities of summer home owners and more commercial land uses.

[14] By-law No. 260 amended by-law No. 210 to effectively prohibit aerodromes, not only in the vacation area of Gobeil Lake, but in a larger part of the municipality, which contained land devoted to a variety of uses. Under by-law No. 210, Gobeil Lake was situated in zone 33-RF. By-law No. 260 split zone 33-RF in two, assigning part of it to a new zone 61-RF. Gobeil Lake remained in zone 33-RF. By-law No. 260 went on to add a note, note N-10, under [TRANSLATION] "specifically authorized uses", in the zoning chart for zone 61-RF, which authorized the construction of rafts, wharves, or other structures for the landing of float planes and the deplaning of passengers. When an activity is specifically authorized in one zone (61-RF) and the zoning chart for a second zone (33-RF) is silent on the matter, the activity is prohibited in the second zone by the principle of *inclusio unius est exclusio alterius*. Thus, the effect of note N-10 was to authorize the construction of water aerodromes in zone 61-RF, and to implicitly prohibit them in

leurs arguments écrits que de leurs plaidoyers devant nous. Si l'interprétation qu'il convient de donner à ce règlement peut susciter un débat, la perception commune des parties quant à l'interprétation est plausible et j'estime que notre Cour ne devrait pas examiner cette affaire d'un angle qui ne reflète pas cette perception sur laquelle toutes les prétentions des parties ont été élaborées.

[13] Après l'adoption du règlement n° 210, les résidents du lac Gobeil se sont plaints des activités aéronautiques qu'exerçait sur le lac l'exploitant aérien ayant précédé M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard. La municipalité a vu là une « opportunité d'agir dans le dossier des hydravions qui fréquentent le Lac Gobeil en vue de trouver une solution à la non-compatibilité de cette activité commerciale d'hydrobase avec celle de villégiature qu'on y retrouve » (déclaration solennelle de Sarto Simard, directeur général et secrétaire-trésorier de la municipalité de Sacré-Cœur, par. 12). C'est ainsi qu'en 1995 la municipalité a adopté le règlement n° 260. Le préambule de ce règlement énonce qu'il a pour objet d'assurer un équilibre entre les activités de villégiature et des utilisations plus commerciales des terres.

[14] Le règlement n° 260 a modifié le règlement n° 210 pour interdire les aérodromes, non seulement dans le secteur de villégiature du lac Gobeil, mais dans un secteur plus étendu de la municipalité qui englobe des terres destinées à diverses utilisations. Aux termes du règlement n° 210, le lac Gobeil était situé dans la zone 33-RF. Le règlement n° 260 a morcelé la zone 33-RF en deux parties, dont l'une a été affectée à la nouvelle zone 61-RF. Le lac Gobeil est demeuré dans la zone 33-RF. Le règlement n° 260 a en outre ajouté une note, la note N-10, à la rubrique « Usage spécifiquement autorisé » de la grille de spécifications du zonage de la zone 61-RF, qui autorisait la construction de radeaux, de quais ou toutes autres structures d'amerrissage des hydravions et d'accueil de leurs passagers. Lorsqu'une activité est expressément autorisée dans une zone (61-RF) et que la grille de spécifications du zonage à l'égard d'une autre zone (33-RF) ne mentionne pas cette activité, celle-ci est interdite dans l'autre zone par l'application de la règle *inclusio unius est*

zone 33-RF (and all other zones that do not contain an express approval).

[15] As Quebec conceded, by-law No. 260 prohibited the construction of water aerodromes on Gobeil Lake and throughout much of the municipality.

#### B. *The Federal Scheme*

[16] The federal government regulates aviation throughout Canada under the *Aeronautics Act* and its regulations. This Act treats different sectors of the industry differently. Private aerodromes, our concern in this case, are governed by a permissive regime that does not require prior federal authorization for the location of aerodromes. However, once an aerodrome is registered with the Minister of Transport, it is subject to federal regulation and safety standards.

[17] In this case, Lacombe and Picard wished to conduct commercial air operations, so they were required to first obtain authorization under the federal regulations. Registration documents were required; standards were imposed. The Minister then accepted Lacombe and Picard's proposed activities and publicized the existence of the Gobeil Lake aerodrome to other aviators.

#### V. Issues

[18] The issues are:

1. Are the amendments brought by by-law No. 260 valid provincial law?
2. If so, are they inapplicable under the doctrine of interjurisdictional immunity?
3. If applicable, are the amendments brought by by-law No. 260 superseded by federal law under the doctrine of paramountcy?

*exclusio alterius*. Ainsi, la note N-10 a eu pour effet d'autoriser la construction d'hydroaérodromes dans la zone 61-RF et de l'interdire implicitement dans la zone 33-RF (et dans toute autre zone où l'activité n'est pas expressément autorisée).

[15] Comme le procureur général du Québec l'a reconnu, le règlement n° 260 a interdit la construction d'hydroaérodromes au lac Gobeil et dans la plus grande partie de la municipalité.

#### B. *Le régime fédéral*

[16] Le gouvernement fédéral régit l'aviation dans tout le Canada au moyen de la *Loi sur l'aéronautique* et de ses règlements d'application. Cette loi traite les différents secteurs de l'industrie de manière différente. Les aérodromes privés, qui nous intéressent en l'espèce, sont régis par un régime permissif et leur emplacement ne requiert aucune autorisation fédérale préalable. Or, dès qu'un aérodrome est enregistré auprès du ministre des Transports, il est assujéti à la réglementation et aux normes de sécurité fédérales.

[17] En l'espèce, M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard souhaitaient se livrer à des activités aériennes commerciales; c'est pourquoi ils ont dû tout d'abord obtenir l'autorisation prévue au règlement fédéral. Des documents d'enregistrement ont été exigés; des normes ont été imposées. Le ministre a ensuite accepté les activités projetées par M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard et a rendu publique l'existence de l'aérodrome du lac Gobeil à l'intention des autres aviateurs.

#### V. Questions

[18] Les questions suivantes sont en litige :

1. Les modifications introduites par le règlement n° 260 constituent-elles une législation provinciale valide?
2. Dans l'affirmative, sont-elles inapplicables suivant la doctrine de l'exclusivité des compétences?
3. Si elles sont applicables, les modifications introduites par le règlement n° 260 sont-elles écartées par la législation fédérale suivant la doctrine de la prépondérance fédérale?

## VI. Analysis

### A. *Are the Amendments Brought by By-law No. 260 Valid Provincial Legislation?*

[19] The first step in determining the validity of the amendments brought by by-law No. 260 is to identify their dominant characteristic: *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 998; see also *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 52. This is known as the “matter” of the legislation. Once the matter of the legislation has been determined, the next step is to assign this matter to one or more heads of legislative power: *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 450. If the matter comes within one of the heads of power allocated to the provinces under the *Constitution Act, 1867*, then the impugned law is valid. If it does not, then the court must consider whether the *prima facie* invalid law is saved by the doctrine of ancillary powers (also known as the ancillary doctrine: see *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 45).

#### (1) Identifying the Matter of the Impugned Legislation

[20] The first step is to characterize the main thrust, or “pith and substance”, of by-law No. 260: *Swain*, at p. 998. As LeBel J. explained in *Kitkatla*, at para. 53, there are two aspects to the characterization of the pith and substance of a law: (1) the purpose of the legislation and (2) its effect. The purpose of a law may be determined by examining intrinsic evidence, like purposive clauses and the general structure of the act. It may also be determined with reference to extrinsic evidence, such as Hansard or other accounts of the legislative process: *Kitkatla*, at para. 53. The effect of a law is found in both the legal effect of the text and the practical consequences that flow from the application of the statute: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83.

## VI. Analyse

### A. *Les modifications introduites par le règlement n° 260 constituent-elles une législation provinciale valide?*

[19] La première étape de l’examen relatif à la validité des modifications introduites par le règlement n° 260 consiste à dégager leur caractéristique dominante : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 998; voir aussi *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 52. C’est ce qu’on appelle la « matière » visée par la législation. Une fois cette matière déterminée, il s’agit ensuite de la rattacher à un ou à plusieurs chefs de compétence législative : *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 450. Si la matière se rattache à l’un des chefs de compétence attribués aux provinces par la *Loi constitutionnelle de 1867*, la législation contestée est valide. Dans le cas contraire, la cour doit alors se demander si ce texte législatif, à première vue invalide, est sauvegardé par la doctrine des pouvoirs accessoires (appelée aussi le principe de la compétence accessoire : voir *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 45).

#### (1) Détermination de la matière visée par la législation contestée

[20] La première étape de l’analyse consiste à qualifier l’objet principal ou le « caractère véritable » du règlement n° 260 : *Swain*, p. 998. Comme l’a expliqué le juge LeBel au par. 53 de l’arrêt *Kitkatla*, l’analyse du caractère véritable d’une législation porte sur deux aspects : (1) l’objet de la législation et (2) ses effets. On peut déterminer l’objet de la législation en examinant la preuve intrinsèque, notamment les dispositions énonçant les objectifs généraux et la structure générale du texte législatif. Cette détermination peut également se faire à l’aide de la preuve extrinsèque, comme le Hansard ou d’autres comptes rendus rédigés dans le cadre du processus législatif : *Kitkatla*, par. 53. L’effet d’un texte législatif s’entend à la fois de son effet juridique et des conséquences pratiques qui découlent de son application : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483.

[21] The essence of by-law No. 260 is this: it prohibits the construction of aerodromes in zone 33-RF and elsewhere in the municipality, which includes Gobeil Lake, while permitting their construction in the remaining zone, zone 61-RF, subject to obtaining a building permit.

[22] As noted above, the preamble to by-law No. 260 states that its purpose is to find a balance between the activities of summer home owners and more commercial land uses. However, the evidence reveals that by-law No. 260 actually had a narrower purpose than the restriction of commercial land uses in recreational areas. The municipal council discussed “doing something about the float planes using Gobeil Lake with a view to finding a solution to the incompatibility of that commercial activity of maintaining a float plane base with the use of the lake by vacationers” (solemn affirmation of Sarto Simard, at para. 12). The council crafted a solution that had the effect of prohibiting certain aviation activities — and only those aviation activities — from a significant portion of the municipality (those zones in which water aerodromes are not specifically approved). In oral argument before this Court, counsel for the Attorney General of Quebec stated that [TRANSLATION] “[i]f N10 is quashed, then it will be the *status quo ante*, and given this situation, the Municipality believed this amendment was necessary if it was to succeed in limiting the operation of a float plane base to a single lake in the Municipality. . . . The Municipality assumed that the float plane base was not prohibited.” Quebec also stated that by-law No. 260 [TRANSLATION] “has the effect and purpose of prohibiting water aerodromes . . . . It can be seen from the wording of the by-law that its real purpose was to regulate the location of water aerodromes in the municipality’s territory.”

[23] In my view, these statements accurately capture the essence of by-law No. 260. I conclude that the matter of the impugned legislation is, in pith and substance, the regulation of aeronautics.

[21] Le règlement n° 260 vise essentiellement à interdire la construction d’aérodromes dans la zone 33-RF et ailleurs dans la municipalité, ce qui comprend le lac Gobeil, tout en permettant leur construction dans la zone restante, la zone 61-RF, sous réserve de l’obtention d’un permis de construire.

[22] Tel qu’indiqué précédemment, le préambule du règlement n° 260 énonce qu’il a pour objet d’assurer un équilibre entre les activités de villégiature et les utilisations plus commerciales des terres. Il ressort toutefois de la preuve que l’objet du règlement n° 260 était en fait plus restreint que la limitation des utilisations commerciales des terres dans les zones récréatives. Le conseil municipal a vu une « opportunité d’agir dans le dossier des hydravions qui fréquentent le Lac Gobeil en vue de trouver une solution à la non-compatibilité de cette activité commerciale d’hydrobase avec celle de villégiature qu’on y retrouve » (déclaration solennelle de Sarto Simard, par. 12). Le conseil a élaboré une solution qui a eu pour effet d’interdire certaines activités aériennes — et seulement ces activités — dans une partie importante de la municipalité (dans ces zones où les hydroaérodromes ne sont pas expressément autorisés). Dans son plaidoyer devant notre Cour, l’avocat du procureur général du Québec a déclaré que « [s]i N10 est annulée, à ce moment-là, c’est le *status quo ante*, et avant cette situation, la municipalité a cru qu’elle devait faire cet amendement pour réussir à restreindre l’exploitation de l’hydrobase sur un seul lac de la municipalité. [. . .] La municipalité prenait pour acquis que l’hydrobase n’était pas interdite. » Il a également déclaré que le règlement n° 260 « a pour effet et pour objet d’interdire les hydroaérodromes [. . .] La façon dont le règlement est rédigé, on voit que son objet était vraiment de réglementer l’emplacement des hydroaérodromes sur le territoire de la municipalité. »

[23] À mon avis, ces déclarations traduisent exactement l’essence du règlement n° 260. Je conclus que la matière de la législation contestée est, de par son caractère véritable, la réglementation de l’aéronautique.

(2) Assigning the Matter to a Head of Legislative Power

[24] Having characterized the pith and substance of the impugned provision, the second step is to determine which level of government has jurisdiction to enact laws in relation to this matter. This inquiry seeks to allocate the matter to one of the heads of power granted to Parliament and the legislatures under the *Constitution Act, 1867*.

[25] The Province accepts that the location of aerodromes comes within the jurisdiction of Parliament. However, the Province contends that the municipality is equally entitled to adopt zoning legislation that has the purpose of regulating the location of aerodromes. It argues that this zoning legislation is a valid exercise of the Legislature's jurisdiction over land use planning. The Province argues that the existence of concurrent federal jurisdiction does not detract from the fact that the impugned legislation is entirely within the powers of the Province.

[26] I cannot accept the Province's contention that the federal and provincial governments enjoy concurrent jurisdiction with respect to the placement of aerodromes. This Court's decision in *Johannesson* held that the location of aerodromes is a matter within *exclusive* federal jurisdiction. Aeronautics falls within a residuum of national importance, which brings it under Parliament's power to legislate for the peace, order and good government of Canada ("POGG"): *Johannesson*, relying on *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193 (P.C.), at p. 205. Kellock J. explained that the subject of aeronautics belongs to Parliament, despite the fact that it incorporates some elements that would usually come under provincial jurisdiction:

It is no doubt true that legislation of the character involved in the provincial legislation regarded from the standpoint of the use of property is normally legislation as to civil rights, but use of property for the purposes of

(2) Rattachement de la matière à un chef de compétence législative

[24] Le caractère véritable de la législation contestée ayant été établi, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer l'ordre de gouvernement qui a compétence pour légiférer en cette matière. Il s'agit de rattacher la matière à l'un des chefs de compétence que la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au Parlement et aux législatures.

[25] La province reconnaît que la détermination de l'emplacement des aérodromes relève de la compétence du Parlement. Elle prétend toutefois que la municipalité a également le pouvoir d'adopter des mesures législatives sur le zonage visant à régler l'emplacement des aérodromes. Elle soutient que l'adoption d'un code de zonage constitue un exercice valide de sa compétence en matière d'aménagement du territoire. La province soutient que l'existence d'une compétence fédérale concurrente ne change rien au fait que le texte législatif contesté relève entièrement des pouvoirs de la province.

[26] Je ne peux faire droit à la prétention de la province selon laquelle les gouvernements fédéral et provinciaux jouissent d'une compétence concurrente sur la détermination de l'emplacement des aérodromes. Selon l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Johannesson*, la détermination de l'emplacement des aérodromes relève de la compétence *exclusive* du fédéral. L'aéronautique est une matière d'importance nationale qui n'est prévue dans aucune des catégories établies et qui, de ce fait, relève du pouvoir du Parlement de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada : *Johannesson*. S'appuyant sur l'arrêt *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193 (C.P.), à la p. 205, le juge Kellock a expliqué que la compétence sur l'aéronautique appartient au Parlement, bien que s'y rattachent certains éléments qui relèveraient normalement de la compétence provinciale :

[TRADUCTION] S'il est sans doute exact qu'une législation qui présente le caractère de la législation provinciale en cause, lorsqu'on la considère du point de vue de l'utilisation de la propriété, est normalement une

an aerodrome, or the prohibition of such use cannot, in my opinion, be divorced from the subject matter of aeronautics or aerial navigation as a whole. [*Johannesson*, at p. 311]

[27] The scope of the federal aeronautics power extends to terrestrial installations that facilitate flight; it encompasses “[t]he flight and period of flight from the time the machine clears the earth to the time it returns successfully to the earth and is resting securely on the ground”: *Johannesson*, at p. 319. The exclusive federal jurisdiction over the location of aeronautical facilities has been repeatedly affirmed: see *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, at pp. 770-71; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, at para. 72; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 54. There is good reason for this. As Estey J. explained in *Johannesson*, “it is impossible to separate the flying in the air from the taking off and landing on the ground and it is, therefore, wholly impractical, particularly when considering the matter of jurisdiction, to treat them as independent one from the other” (p. 319).

[28] It is thus beyond dispute that laws that relate in pith and substance to aeronautics fall outside provincial jurisdiction.

[29] As the companion case (*COPA*) demonstrates, provincial statutes that, in pith and substance, relate to zoning are valid applications of the Province’s jurisdiction over land management, even though they may incidentally affect aeronautics. However, in the present appeal, the amendments brought by by-law No. 260 do not, in pith and substance, relate to zoning. The uncontradicted evidence leaves no doubt that, in purpose and effect, the amendments relate primarily to the interdiction of aviation.

[30] I conclude that the amendments brought by by-law No. 260 do not fall under any provincial heads of power. Rather, they come exclusively

législation qui porte sur des droits civils, l’utilisation de cette propriété pour les besoins d’un aérodrome, ou l’interdiction d’une telle utilisation, ne peuvent, à mon avis, être séparées de l’aéronautique prise comme un tout. [*Johannesson*, p. 311]

[27] La portée de la compétence fédérale sur l’aéronautique s’étend aux installations terrestres qui facilitent le vol; elle englobe [TRADUCTION] « [l]e vol et la durée de vol à compter du moment où l’appareil quitte le sol jusqu’au moment où il réussit à revenir au sol et à s’y poser en toute sécurité » : *Johannesson*, p. 319. La compétence fédérale exclusive sur l’emplacement des installations aéronautiques a été confirmée à maintes reprises : voir *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, p. 770-771; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, par. 72; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 54. Il existe une bonne raison à cela. Comme le juge Estey l’a expliqué dans *Johannesson*, [TRADUCTION] « il est impossible de dissocier l’étape du vol de celles du décollage et de l’atterrissage, et il est donc totalement irréaliste, en particulier lorsqu’on examine la question de la compétence, de les traiter comme si elles étaient indépendantes les unes des autres » (p. 319).

[28] Il est donc incontestable que les lois qui, de par leur caractère véritable, se rattachent à l’aéronautique ne sont pas de compétence provinciale.

[29] Comme le démontre le pourvoi connexe (*COPA*), les lois provinciales qui, de par leur caractère véritable, se rattachent au zonage constituent un exercice valide de la compétence provinciale sur l’administration des terres, même si elles peuvent toucher accessoirement l’aéronautique. Or, en l’espèce, les modifications introduites par le règlement n° 260 ne se rattachent pas, de par leur caractère véritable, au zonage. Selon la preuve non contredite, il ne fait aucun doute que ces modifications ont essentiellement pour but et pour effet d’interdire les activités aériennes.

[30] Je conclus que les modifications introduites par le règlement n° 260 ne se rattachent à aucun des chefs de compétence provinciale. Elles

within the residual authority granted to Parliament under the POGG clause.

B. *Are the Amendments Brought by By-law No. 260 Valid Under the Ancillary Powers Doctrine?*

[31] Although the amendments brought by by-law No. 260 relate to the federal authority over aeronautics rather than the provincial competence of zoning, they may nevertheless be found valid if they are “ancillary” to the exercise of a provincial power.

(1) The Ancillary Powers Doctrine

[32] The ancillary powers doctrine may be briefly described. Recognizing that a degree of jurisdictional overlap is inevitable in our constitutional order, the law accepts the validity of measures that lie outside a legislature’s competence, if these measures constitute an integral part of a legislative scheme that comes within provincial jurisdiction: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at pp. 668-70.

[33] The Constitutions of the United States and Australia expressly provide for the exercise of ancillary powers: *Constitution of the United States of America*, art. I, § 8, cl. 18; *Commonwealth of Australia Constitution Act*, s. 51(xxxix). However, Canada’s Constitution is silent on the issue: *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.), at p. 336. On occasion, in the past, it has been held that this silence, coupled with the wording of ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, deprives Canadian legislative bodies of the ability to make use of competencies assigned to the other level of government: *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31, per Rinfret C.J.; *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577, at p. 637.

[34] However, it is now well established that both Parliament and the legislatures may avail themselves of ancillary legislative powers: *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the*

relèvement plutôt exclusivement du pouvoir résiduel du Parlement de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada.

B. *Les modifications introduites par le règlement n° 260 sont-elles valides en application de la doctrine des pouvoirs accessoires?*

[31] Bien que les modifications introduites par le règlement n° 260 se rattachent à la compétence fédérale sur l’aéronautique plutôt qu’à la compétence provinciale sur le zonage, il est néanmoins possible de conclure à leur validité si elles sont « accessoires » à l’exercice d’un pouvoir provincial.

(1) La doctrine des pouvoirs accessoires

[32] La doctrine des pouvoirs accessoires peut être brièvement décrite. Reconnaisant qu’un certain chevauchement est inévitable dans notre ordre constitutionnel, le droit admet la validité de mesures qui excèdent la compétence provinciale si ces mesures font partie intégrante d’un régime législatif de compétence provinciale : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 668-670.

[33] Les constitutions des États-Unis et de l’Australie prévoient expressément l’exercice de pouvoirs accessoires : *Constitution of the United States of America*, article premier, § 8, al. 18; *Commonwealth of Australia Constitution Act*, art. 51(xxxix). La Constitution canadienne est cependant muette à cet égard : *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.), p. 336. Dans certains cas, les tribunaux ont conclu que ce silence, combiné au libellé des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, empêche les autorités législatives canadiennes d’exercer les compétences attribuées à un autre ordre de gouvernement : *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, le juge en chef Rinfret; *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577, p. 637.

[34] Cependant, il est maintenant bien établi que le Parlement et les législatures peuvent se prévaloir de pouvoirs législatifs accessoires : *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the*

*Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.) (the “*Insolvency Reference*”), at pp. 200-201; *Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65 (P.C.); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (P.C.), at p. 118; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for the Province of Quebec*, [1947] A.C. 33 (P.C.), at p. 43; *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213, at p. 226; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 183.

[35] The ancillary powers doctrine permits one level of government to trench on the jurisdiction of the other in order to enact a comprehensive regulatory scheme. In pith and substance, provisions enacted pursuant to the ancillary powers doctrine fall outside the enumerated powers of their enacting body: *General Motors*, at pp. 667-70. Consequently, the invocation of ancillary powers runs contrary to the notion that Parliament and the legislatures have sole authority to legislate within the jurisdiction allocated to them by the *Constitution Act, 1867*. Because of this, the availability of ancillary powers is limited to situations in which the intrusion on the powers of the other level of government is justified by the important role that the extrajudicial provision plays in a valid legislative scheme. The relation cannot be insubstantial: *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 331, at p. 335; *Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424, at p. 460; *Global Securities*, at para. 23.

[36] The ancillary powers doctrine is not to be confused with the incidental effects rule. The ancillary powers doctrine applies where, as here, a provision is, in pith and substance, outside the competence of its enacting body. The potentially invalid provision will be saved where it is an important part of a broader legislative scheme that is within the competence of the enacting body. The incidental effects rule, by contrast, applies when a provision, in pith and substance, lies within the competence of the enacting body but touches on a subject assigned to the other level of government. It holds that such a provision will not be invalid merely

*Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (C.P.), le « *Renvoi relatif à l'insolvabilité* », p. 200-201; *Grand Trunk Railway Company of Canada c. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65 (C.P.); *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for British Columbia*, [1930] A.C. 111 (C.P.), p. 118; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for the Province of Quebec*, [1947] A.C. 33 (C.P.), p. 43; *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, p. 226; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 183.

[35] La doctrine des pouvoirs accessoires permet à l'un des ordres de gouvernement d'empiéter sur la compétence de l'autre afin d'établir un cadre réglementaire complet. De par leur caractère véritable, les dispositions adoptées suivant la doctrine des pouvoirs accessoires excèdent les pouvoirs attribués à l'organisme qui les a adoptées : *General Motors*, p. 667-670. La doctrine des pouvoirs accessoires contrevient donc à l'idée que le Parlement et les législatures possèdent le pouvoir exclusif de légiférer dans les limites de la compétence que leur confère la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est pourquoi il n'est possible de recourir à cette doctrine que dans les cas où l'empiètement sur les pouvoirs de l'autre ordre de gouvernement se justifie par le rôle important que joue la disposition dans un régime législatif valide. Ce rapport ne saurait être insignifiant : *Nykorak c. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 331, p. 335; *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424, p. 460; *Global Securities*, par. 23.

[36] Il ne faut pas confondre la doctrine des pouvoirs accessoires avec la règle des effets accessoires. La doctrine des pouvoirs accessoires s'applique lorsque, de par son caractère véritable, une disposition excède la compétence de l'organisme qui l'adopte, comme c'est le cas en l'espèce. La disposition potentiellement invalide sera sauvegardée si elle constitue un élément important d'un régime législatif plus vaste qui relève de la compétence de l'organisme qui l'adopte. Par contre, la règle des effets accessoires s'applique lorsque, de par son caractère véritable, une disposition relève de la compétence de l'organisme qui l'adopte, mais

because it has an incidental effect on a legislative competence that falls beyond the jurisdiction of its enacting body. Mere incidental effects will not warrant the invocation of ancillary powers.

[37] Nor is the ancillary powers doctrine to be confused with the double aspect doctrine. In *Canadian Western Bank*, at para. 30, Binnie and LeBel JJ. explained that the double aspect doctrine recognizes the overlapping jurisdiction of the two levels of government: “. . . some matters are by their very nature impossible to categorize under a single head of power: they may have both provincial and federal aspects. Thus, the fact that a matter may for one purpose and in one aspect fall within federal jurisdiction does not mean that it cannot, for another purpose and in another aspect, fall within provincial competence . . .” By contrast, ancillary powers apply only where a legislative provision does not come within those heads of power assigned to its enacting body under the *Constitution Act, 1867*.

[38] In summary, only the ancillary powers doctrine concerns legislation that, in pith and substance, falls outside the jurisdiction of its enacting body. Laws raising a double aspect come within the jurisdiction of their enacting body, but intrude on the jurisdiction of the other level of government because of the overlap in the constitutional division of powers. Similarly, the incidental effects rule applies where the main thrust of the law comes within the jurisdiction of its enacting body, but the law has subsidiary effects that cannot come within the jurisdiction of that body.

[39] The jurisprudence reveals that there has been some debate about the precise nature of the connection required to validate a provision under the ancillary powers doctrine.

touche un domaine de compétence attribué à l'autre ordre de gouvernement. Selon cette règle, on ne conclura pas à l'invalidité de la disposition simplement parce qu'elle a un effet accessoire sur un domaine de compétence législative qui excède la compétence de l'organisme qui l'adopte. De simples effets accessoires ne justifieront pas le recours à la doctrine des pouvoirs accessoires.

[37] La doctrine des pouvoirs accessoires ne doit pas non plus être confondue avec la théorie du double aspect. Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, au par. 30, les juges Binnie et LeBel expliquent que cette théorie reconnaît le chevauchement des compétences des deux ordres de gouvernement : « . . . certaines matières sont, par leur nature même, impossibles à classer dans un seul titre de compétence : elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une autre fédérale. Ainsi, le fait qu'une matière puisse, à une fin et à un égard précis, relever de la compétence fédérale ne signifie pas que cette matière ne peut, à une autre fin et à un autre égard, relever de la compétence provinciale . . . ». Par contre, la doctrine des pouvoirs accessoires ne s'applique que lorsqu'une disposition législative ne se rattache à aucun des chefs de compétence attribués, par la *Loi constitutionnelle de 1867*, à l'organisme qui l'a adoptée.

[38] En résumé, seule la doctrine des pouvoirs accessoires s'applique aux mesures législatives qui, de par leur caractère véritable, excèdent la compétence de l'organisme qui les adopte. Les lois qui présentent un double aspect relèvent de la compétence du législateur qui les a adoptées, mais empiètent sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement à cause du chevauchement dans le partage constitutionnel des compétences. De même, la règle des effets accessoires s'applique si la loi se rattache principalement à une matière relevant de la compétence de l'organisme qui l'a adoptée, mais ses effets accessoires ne sauraient relever de la compétence de cet organisme.

[39] La jurisprudence révèle que la nature précise du lien permettant de valider une disposition selon la doctrine des pouvoirs accessoires a suscité certains débats.

[40] In an earlier era, when constitutional powers were thought of in terms of watertight compartments, a strict necessity test prevailed. The view then was that “it is within the competence of the Dominion Parliament to provide for matters which, though otherwise within the competence of the Provincial legislature, are necessarily incidental to effective legislation by the Parliament of the Dominion on a subject of legislation expressly enumerated in s. 91”: *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for the Province of Quebec*, at p. 43 (emphasis added), *per* Lord Porter. See also *Insolvency Reference*, at pp. 200-201; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, at p. 118; *Attorney General of Canada v. C.P.R.*, [1958] S.C.R. 285, at p. 290. The necessity standard continued to be affirmed into the 1980s: *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, *per* Pigeon J.; and *Regional Municipality of Peel v. MacKenzie*, [1982] 2 S.C.R. 9, *per* Martland J.

[41] As a more flexible conception of division of powers took hold, the necessity test gave way to a rational, functional connection test. In *Papp*, decided in 1970, Laskin J.A. (as he then was) stated that the test for the integration of an otherwise *ultra vires* legislative provision was “whether there is a rational, functional connection between what is admittedly good and what is challenged” (p. 336). A jurisdictional overhang would be permitted where the impugned portions of the law were complementary to the overarching purpose of the legislative scheme. The more flexible rational functional test was affirmed in *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, and in *McCutcheon*, at p. 183.

[42] In *General Motors*, Dickson C.J. proposed a qualification on the rational functional test: the necessity test should apply to serious intrusions on the powers of the other branch of government, while the rational functional test should apply to lesser intrusions. The required degree of integration increases in proportion to the seriousness of the encroachment. Where the impugned legislation encroaches only slightly on the jurisdiction of the

[40] Auparavant, lorsque l’on considérait les pouvoirs constitutionnels comme des compartiments étanches, on appliquait le critère de la stricte nécessité. On estimait alors qu’[TRADUCTION] « il est de la compétence du Parlement fédéral de statuer sur des questions qui, bien qu’étant à d’autres égards de la compétence législative des provinces, sont nécessairement accessoires à une législation efficace du Parlement fédéral sur un sujet de législation expressément mentionné à l’art. 91 » : *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for the Province of Quebec*, p. 43 (je souligne), lord Porter. Voir aussi *Renvoi relatif à l’insolvabilité*, p. 200-201; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for British Columbia*, p. 118; *Attorney General of Canada c. C.P.R.*, [1958] R.C.S. 285, p. 290. La reconnaissance de cette norme de la nécessité s’est poursuivie jusque dans les années 1980 : *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, le juge Pigeon; et *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9, le juge Martland.

[41] S’est alors imposée une conception plus souple du partage des pouvoirs et le critère de la nécessité a cédé le pas au critère du lien rationnel et fonctionnel. Dans l’arrêt *Papp*, rendu en 1970, le juge Laskin (plus tard Juge en chef de notre Cour) a affirmé que le test permettant l’intégration d’une disposition législative par ailleurs *ultra vires* consistait à se demander [TRADUCTION] « s’il existe un rapport rationnel, fonctionnel entre ce que l’on reconnaît comme valide et ce qui est contesté » (p. 336). Un certain chevauchement des compétences serait permis si les dispositions contestées apportent un complément à l’objectif général du régime législatif. Le critère plus souple du lien rationnel et fonctionnel a été confirmé dans les arrêts *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940 et *McCutcheon*, p. 183.

[42] Dans l’arrêt *General Motors*, le juge en chef Dickson a proposé une restriction au critère du lien rationnel et fonctionnel : le critère de la nécessité devrait s’appliquer dans les cas d’empiètement grave sur les pouvoirs de l’autre ordre de gouvernement, alors que le critère du lien rationnel et fonctionnel devrait s’appliquer aux empiètements moins graves. Le degré d’intégration requis croît en fonction de la gravité de l’empiètement. Lorsque la législation

other level of government, a rational, functional connection is required. As the degree of intrusion grows more serious, the required degree of integration tends toward a test of necessity. A particularly serious encroachment will attract a standard of strict necessity. See *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445 (“*GST Reference*”), at pp. 469-70, on the application of this continuum.

[43] The *General Motors* test has been applied, *mutatis mutandis*, in all subsequent decisions of this Court in which the possibility of ancillary jurisdiction was canvassed: see the *GST Reference*; *Kitkatla*; *Global Securities*; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Canadian Western Bank*. It has been criticized on the basis that it involves a difficult distinction between serious and less serious intrusions (one’s view of the seriousness of an intrusion may vary depending on whether one is intruding or being intruded upon, for example), and on the basis that it is not really a logical synthesis of the *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for the Province of Quebec* and *Papp* lines of authority. It has also been pointed out that in applying the combined test, this Court has always backed away from a test of strict necessity, almost always applying the more flexible rational functional test. See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at p. 15-39 *et seq.* (The exception in this Court’s jurisprudence being the *GST Reference*, at p. 471, where Lamer C.J. accepted that the non-revenue-generating provisions of the *GST Act* intruded substantially on provincial jurisdiction. Even then, he upheld their validity not because they were necessary, but merely because they were “highly integrated”).

[44] It is unnecessary to decide the merits of these criticisms in the present appeal because the

contestée n’empiète que légèrement sur la compétence de l’autre ordre de gouvernement, l’existence d’un lien rationnel et fonctionnel doit être démontrée. Plus le degré d’empiètement est important, plus il s’impose de procéder à une appréciation du niveau d’intégration requis en fonction du critère de la nécessité. Un empiètement particulièrement grave commandera l’application de la norme de la stricte nécessité. Voir *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445 (le « *Renvoi relatif à la TPS* »), p. 469-470, concernant l’application de ce continuum.

[43] Le critère établi dans l’arrêt *General Motors* a été appliqué, avec les adaptations nécessaires, dans toutes les décisions subséquentes où notre Cour a examiné la possibilité de recourir à la doctrine de la compétence accessoire : voir *Renvoi relatif à la TPS*; *Kitkatla*; *Global Securities*; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Banque canadienne de l’Ouest*. Ce critère a fait l’objet de critiques en raison de la difficulté de distinguer entre les empiètements graves et les empiètements moins graves (par exemple, l’opinion d’une personne sur la gravité d’un empiètement peut varier selon que cette personne est l’auteur ou la victime de l’empiètement), et parce qu’il ne s’agit pas vraiment d’une synthèse logique des courants jurisprudentiels établis par les arrêts *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for the Province of Quebec* et *Papp*. On a également signalé que, dans l’application du critère combiné, notre Cour s’est toujours écartée du critère de la stricte nécessité, lui préférant presque exclusivement le critère plus souple du lien rationnel et fonctionnel. Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 1, p. 15-39 *et suiv.* (L’exception dans la jurisprudence de notre Cour étant le *Renvoi relatif à la TPS*, à la p. 471, où le juge en chef Lamer a reconnu que les dispositions de la loi sur la TPS relatives aux activités ne générant aucun revenu empiétaient substantiellement sur la compétence provinciale. Malgré cela, il a confirmé leur validité, non pas parce qu’elles étaient nécessaires, mais simplement parce qu’elles étaient « hautement intégrés[es] ».)

[44] Il n’est pas nécessaire de décider du bien-fondé de ces critiques en l’espèce puisque la législation en

legislation here at issue does not constitute a serious intrusion on federal jurisdiction. In my view, the rational functional test is applicable to this case.

[45] Under the rational functional test used by Laskin J.A. in *Papp*, and repeatedly affirmed in the jurisprudence of this Court, ancillary powers will only save a provision that is rationally and functionally connected to the purpose of the legislative scheme that it purportedly furthers. It is not enough that the measure supplement the legislative scheme; it must actively further it.

[46] In *Kirkbi*, for example, LeBel J. found a “functional relationship” on the basis that “the passing-off action plays a clear role in the federal scheme”, filling a gap and thus avoiding inconsistencies in patent protection and uncertainty (para. 36). Similarly, in *Papp*, Laskin J.A. stated: “I can pose the issue shortly, if not more illuminatingly, by asking whether the custody provisions of the *Divorce Act* complement rather than supplement the admittedly valid divorce portions” (p. 336).

## (2) Application of the Ancillary Powers Doctrine

[47] The question is whether the amendments brought by by-law No. 260, which in pith and substance lie outside the provincial power, are nevertheless valid because they are ancillary to valid provincial provisions — in other words, whether the amendments are rationally and functionally connected to valid provincial zoning objectives in the sense described in the preceding section.

[48] As is illustrated by the above cited examples from the jurisprudence, the application of ancillary powers to habilitate *prima facie* invalid legislation requires that the impugned provision,

cause ne constitue pas un empiétement grave dans la sphère de compétence fédérale. À mon avis, c’est le critère du lien rationnel et fonctionnel qui s’applique en l’espèce.

[45] Selon le critère du lien rationnel et fonctionnel employé par le juge Laskin dans l’arrêt *Papp*, et confirmé à maintes reprises par la jurisprudence de notre Cour, la doctrine des pouvoirs accessoires ne permettra de sauvegarder une disposition que si celle-ci est rationnellement et fonctionnellement liée à l’objet du régime législatif qu’elle chercherait à atteindre. Il ne suffit pas que la mesure supplée au régime législatif; elle doit permettre activement la réalisation de ses objectifs.

[46] Dans l’arrêt *Kirkbi*, par exemple, le juge LeBel a conclu à l’existence d’un « lien fonctionnel » au motif que « l’action pour commercialisation trompeuse joue un rôle évident dans le régime de réglementation fédéral », comblant un vide et permettant ainsi d’éviter les disparités dans la protection par brevet et l’incertitude (par. 36). De même, dans *Papp*, le juge Laskin a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Je peux résumer, voire formuler plus clairement la question en demandant si les dispositions en matière de garde de la *Loi sur le divorce* viennent compléter, et non remplacer, les dispositions sur le divorce dont la validité est incontestable » (p. 336).

## (2) Application de la doctrine des pouvoirs accessoires

[47] Il s’agit de savoir si les modifications introduites par le règlement n<sup>o</sup> 260, qui, de par leur caractère véritable, outrepassent le pouvoir provincial, sont néanmoins valides parce qu’elles sont accessoires à des dispositions provinciales valides — autrement dit, si les modifications sont rationnellement et fonctionnellement liées à des objectifs de zonage provincial valides selon le sens indiqué à la section précédente.

[48] Comme l’illustrent les exemples jurisprudentiels susmentionnés, l’application de la doctrine des pouvoirs accessoires afin de sauvegarder un texte législatif à première vue invalide exige que,

both rationally and in its function, further the purposes of the valid legislative scheme of which it is said to be part. One may ask, as LeBel J. did in *Kirkbi*, whether there is a “functional relationship” between the scheme and the impugned provision. One might also ask whether the intruding measure “fills a gap” in the legislative scheme, or whether it serves some other purpose related to the scheme, such as avoiding inconsistent application or uncertainty. Regardless of the precise wording of the test, the basic purpose of this inquiry is to determine whether the impugned measure not only supplements, but complements, the legislative scheme; it is not enough that the measure be merely supplemental: *Papp*.

[49] This brings us to the inquiry at hand. The starting point is the purpose of the legislative scheme that by-law No. 260 is alleged to further. This scheme is found in by-law No. 210, the broader zoning framework of the municipality of Sacré-Cœur. By-law No. 210 is generally valid legislation in relation to land use planning: see *Ontario Home Builders’ Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, at para. 50. The question is whether the general ban on aerodromes in zone 33-RF introduced by by-law No. 260 is rationally and functionally connected to by-law No. 210, such that it should be sustained as a functional part of the whole — notwithstanding its *prima facie* constitutional invalidity. In my view, the answer to this question is no.

[50] Zoning legislation, such as by-law No. 210, has as its purpose the regulation of land use, having regard to the underlying characteristics and uses of the land in question: see *Johannesson*, at pp. 319-20, *per* Estey J. It functions by establishing zones, or regions, where particular activities may be conducted, having regard to the nature of the territory and related factors. It thus seeks to establish a rational and fair basis upon which land users may predicate their behaviour. It generally seeks to treat similar areas similarly, and avoids stand-alone one-off prohibitions. The underlying purpose of zoning

de par son lien rationnel et fonctionnel, la disposition contestée favorise la réalisation des objectifs du régime législatif valide dans lequel elle s’inscrit. À l’instar du juge LeBel dans *Kirkbi*, on peut se demander s’il existe un « lien fonctionnel » entre le régime et la disposition contestée. On pourrait également se demander si la mesure qui constitue un empiètement « comble un vide » dans le régime législatif, ou si elle sert une autre fin liée au régime, par exemple si elle évite une application incohérente ou une incertitude. Peu importe le libellé précis du test, cet examen vise essentiellement à déterminer si la mesure contestée non seulement supplée au régime législatif, mais si elle le complète; il ne suffit pas que la mesure soit simplement supplétive : *Papp*.

[49] Ce qui nous amène à l’examen qui nous occupe. Le point de départ est l’objet du régime législatif dont le règlement n° 260 devrait favoriser la réalisation. Ce régime se trouve au règlement n° 210, le cadre général de zonage de la municipalité de Sacré-Cœur. Le règlement n° 210 est une mesure législative généralement valide relative à l’aménagement du territoire : voir *Ontario Home Builders’ Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, par. 50. Il faut se demander si l’interdiction générale des aérodromes dans la zone 33-RF introduite par le règlement n° 260 est liée rationnellement et fonctionnellement au règlement n° 210, de sorte qu’elle devrait être maintenue en tant qu’élément fonctionnel de l’ensemble — bien qu’elle soit, à première vue, constitutionnellement invalide. À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative.

[50] L’objet d’une législation sur le zonage, telle que le règlement n° 210, est de réglementer l’aménagement du territoire en fonction des caractéristiques sous-jacentes du territoire en question et de ses utilisations : voir *Johannesson*, p. 319-320, le juge Estey. Son rôle est d’établir des zones, ou des régions, où certaines activités sont autorisées selon la nature du territoire et d’autres facteurs connexes. Elle vise donc à établir un fondement rationnel et équitable qui viendra orienter le comportement des utilisateurs. Elle tente en général de traiter des zones semblables de façon semblable, et évite les interdictions

legislation, such as by-law No. 210, is to rationalize land use for the benefit of the general populace.

[51] A close examination of the purposes and effects of by-law No. 260 reveals that it does not further the objectives of zoning law generally, or by-law No. 210 in particular.

[52] As discussed earlier in the context of the pith and substance of the amendments brought by by-law No. 260, the Province asserts that by-law No. 260 was passed to protect the use of Gobeil Lake and similar areas by vacationers. However, by-law No. 260 does not confine its ban on aerodromes to vacation areas. Rather, it bans aerodromes *throughout the municipality*, which spans a variety of land uses.

[53] The lack of connection between by-law No. 260 and the general zoning purposes of by-law No. 210 is evidenced by the lack of correlation between the nature of the areas affected and the ban on aerodromes.

[54] By-law No. 260 treats similar parcels of land differently by expressly permitting aerodromes in zone 61-RF, but not in the adjacent zone 33-RF. These two zones are identical in essentially banning all but a few land uses. The only difference between the zoning of 33-RF and 61-RF is that the latter permits aerodromes. If the purpose of the broader zoning scheme in zone 33-RF — to protect use by vacationers — is established by these land use restrictions, then the same must hold for zone 61-RF. Yet it does not.

[55] Conversely, by-law No. 260 treats different parcels the same by broadly banning water aerodromes throughout the municipality, not only in areas used by vacationers. Again, this broad prohibition does not correlate with the land uses in the area covered.

autonomes et ponctuelles. L'objet sous-jacent d'une législation sur le zonage, telle que le règlement n° 210, est de rationaliser l'utilisation du territoire au bénéfice de la population en général.

[51] Un examen attentif des objets et des effets du règlement n° 260 révèle que celui-ci ne favorise pas la réalisation des objectifs de la réglementation sur le zonage en général ou du règlement n° 210 en particulier.

[52] Comme nous l'avons vu précédemment lors de l'examen du caractère véritable des modifications introduites par le règlement n° 260, la province affirme que ce règlement a été adopté afin de préserver l'atmosphère de villégiature du lac Gobeil et des zones semblables. Or, le règlement n° 260 ne se borne pas à interdire les aérodromes dans les zones de villégiature. Au contraire, il interdit les aérodromes *dans l'ensemble de la municipalité*, ce qui touche diverses utilisations du territoire.

[53] L'absence de lien entre le règlement n° 260 et les objectifs généraux de zonage du règlement n° 210 est confirmée par l'absence de lien entre la nature des zones visées et l'interdiction des aérodromes.

[54] Le règlement n° 260 réserve à des parcelles semblables un traitement différent en autorisant expressément les aérodromes dans la zone 61-RF, mais non dans la zone adjacente 33-RF. Ces deux zones sont identiques, pour l'essentiel, en ce que tous les usages y sont interdits, à quelques exceptions près. La seule différence entre la zone 33-RF et la zone 61-RF est que les aérodromes sont autorisés dans cette dernière. Si ces restrictions à l'utilisation des terres rejoignent l'objectif de « villégiature » du régime général de zonage établi à l'égard de la zone 33-RF, il devrait alors en aller de même pour la zone 61-RF. Or, ce n'est pas le cas.

[55] À l'inverse, le règlement n° 260 réserve à des parcelles différentes un traitement semblable en interdisant de façon générale les hydroaérodromes dans l'ensemble de la municipalité, non seulement dans les zones de villégiature. Encore là, cette interdiction générale n'a aucun rapport avec l'utilisation des terres dans la zone visée.

[56] Like the impugned law in *Johannesson*, by-law No. 260 purports to regulate the location of aerodromes without reference to the underlying land use regime. It does not function as zoning legislation, but rather, is a stand-alone prohibition. It treats similar parcels differently, and different parcels the same, belying the first principle of zoning legislation.

[57] At the end of the day, what is missing is evidence of any purpose for by-law No. 260 other than the prohibition of certain aeronautical activities in a significant portion of the municipality. There is no evidence of a gap in by-law No. 210 that by-law No. 260 fills. There is no evidence of a feature of by-law No. 210 that by-law No. 260 enhances; no evidence of an inconsistency or uncertainty that it removes from by-law No. 210's operation. There is no evidence that by-law No. 260 is an integrated feature of the zoning scheme, viewed as a whole. Indeed, it is difficult to say that by-law No. 260 is even supplemental to the zoning scheme, given its arbitrary focus on banning aeronautics without regard to underlying land use, and in any event supplementation would not be enough to save it: *Papp*. In sum, there simply is not the kind of connection one finds in the cases where invalid legislation has been resuscitated through the ancillary powers doctrine.

[58] I conclude that the amendments brought by by-law No. 260 do not meet the rational functional connection test in *General Motors*. It has not been shown that the amendments further the zoning purposes of by-law No. 210, in either purpose or effect. These amendments are simply, on their face and in their impact, measures directed at removing aviation activities from a significant part of the municipality. No redeeming connection is established, and the impugned legislation cannot be habilitated by invoking ancillary powers.

[56] À l'instar de la loi contestée dans la décision *Johannesson*, le règlement n° 260 vise à régler l'emplacement des aéroports sans tenir compte du régime sous-jacent en matière d'aménagement du territoire. Il ne s'agit pas d'une mesure législative de zonage, mais plutôt d'une interdiction autonome. Ce règlement traite des parcelles semblables de manière différente, et des parcelles différentes de manière semblable, contrevenant ainsi au principe premier de la législation sur le zonage.

[57] En définitive, il manque la preuve que le règlement n° 260 vise un objectif autre que celui d'interdire certaines activités aéronautiques dans une partie importante de la municipalité. Aucun élément de preuve ne fait ressortir dans le règlement n° 210 un vide que comble le règlement n° 260. Aucun élément ne démontre que le règlement n° 260 renforce un aspect du règlement n° 210, ou qu'il élimine une incohérence ou une incertitude découlant de son application. Aucun élément de preuve ne présente le règlement n° 260 comme un élément intégré au régime de zonage, considéré dans son ensemble. En fait, il est difficile d'affirmer que le règlement n° 260 supplée même au régime de zonage, étant donné qu'il vise de façon arbitraire à interdire les activités aéronautiques sans égard aux utilisations sous-jacentes du territoire; quoi qu'il en soit, le fait de suppléer au régime de zonage ne permettrait pas de sauvegarder ce règlement n° 260 : *Papp*. En résumé, le type de lien qui caractérise les affaires où la doctrine des pouvoirs accessoires a permis de sauvegarder une mesure législative invalide est tout simplement absent.

[58] Je conclus que les modifications introduites par le règlement n° 260 ne satisfont pas au critère du lien rationnel et fonctionnel établi dans l'arrêt *General Motors*. Il n'a pas été démontré que ces modifications favorisent la réalisation des objectifs de zonage du règlement n° 210, que ce soit par leur objet ou leur effet. Ces modifications constituent simplement, à première vue et de par leur incidence, une mesure tendant à supprimer les activités aériennes dans une grande partie de la municipalité. Aucun lien salvateur n'a été établi, et la législation contestée ne saurait être validée par l'application de la doctrine des pouvoirs accessoires.

C. *The Argument for a Different Interpretation of By-Laws Nos. 210 and 260*

[59] These reasons are based on Quebec's concession that by-law No. 260 had the effect of prohibiting the construction of water aerodromes on Gobeil Lake. Quebec made this concession in its factum and again in oral argument. On the basis of this concession, I have framed the question on appeal as follows: Does the Municipality have jurisdiction to enact a prohibition directed at the construction of aerodromes? I have found that it does not. In turn, I have decided that the prohibition is invalid.

[60] My colleague Deschamps J. does not accept Quebec's concession. She proposes a different interpretation of the by-laws here at issue. In her view, by-law No. 210, as it stood in 1993 before the amendments, generally prohibited aerodromes in zone 33-RF, and the amendments brought by by-law No. 260, at issue here, merely exempted zone 61-RF from this prohibition. As in *COPA*, the general prohibition in by-law No. 210 would be valid provincial legislation in relation to land use planning, and the only question is whether it would be rendered inapplicable by the doctrine of inter-jurisdictional immunity.

[61] I cannot accept this interpretation of the effect of by-laws Nos. 210 and 260.

[62] First, the wording of the 1993 by-law No. 210 does not establish that it prohibited aerodromes generally in zone 33-RF. By-law No. 210 did not specifically prohibit aerodromes. It prohibited [TRANSLATION] "intensive uses" in zone 33-RF, while permitting "extensive uses". So the question is which category aerodromes fall within: "intensive uses" or "extensive uses".

[63] My colleague argues that aerodromes come within "intensive uses" in by-law No. 210 because they are like marinas, which were considered

C. *L'argument en faveur d'une interprétation différente des règlements n<sup>os</sup> 210 et 260*

[59] Les présents motifs reposent sur le fait que le procureur général du Québec a reconnu que le règlement n<sup>o</sup> 260 avait pour effet d'interdire la construction d'hydroaérodromes au lac Gobeil. Le procureur général du Québec a concédé ce fait dans son mémoire ainsi que dans son plaidoyer, et en conséquence, j'ai formulé comme suit la question que soulève le pourvoi : la municipalité a-t-elle compétence pour interdire par voie législative la construction d'aérodromes? Ayant conclu qu'elle n'a pas cette compétence, j'ai décidé que l'interdiction est invalide.

[60] Ma collègue la juge Deschamps n'accepte pas l'admission faite par le procureur général du Québec. Elle propose une interprétation différente des règlements en cause. À son avis, le règlement n<sup>o</sup> 210, tel qu'il était formulé en 1993 avant qu'il soit modifié, interdisait de façon générale les aérodromes dans la zone 33-RF, et les modifications introduites par le règlement n<sup>o</sup> 260 en cause ont simplement soustrait la zone 61-RF à cette interdiction. Comme dans l'affaire *COPA*, l'interdiction générale faite au règlement n<sup>o</sup> 210 serait une disposition législative provinciale valide relativement à l'aménagement du territoire, et la seule question est de savoir si la doctrine de l'exclusivité des compétences rendrait cette interdiction inapplicable.

[61] Je ne puis accepter cette interprétation de l'effet des règlements n<sup>os</sup> 210 et 260.

[62] Tout d'abord, le libellé du règlement n<sup>o</sup> 210 de 1993 n'indique nullement une interdiction générale des aérodromes dans la zone 33-RF. Ce règlement n'interdisait pas spécifiquement les aérodromes. Il interdisait les « usages intensifs » dans la zone 33-RF tout en permettant les « usages extensifs ». La question est donc de savoir si les aérodromes appartiennent à la catégorie des « usages intensifs » ou à celle des « usages extensifs ».

[63] Ma collègue affirme que les aérodromes constituent des « usages intensifs » dans le règlement n<sup>o</sup> 210 puisqu'ils sont assimilables à des marinas,

“intensive uses”. However, this argument by analogy is far from conclusive.

[64] The conduct of the summer home owners after the passage of by-law No. 210 belies the assertion that they understood by-law No. 210 as prohibiting aerodromes on Gobeil Lake. The aerodromes continued to operate on Gobeil Lake after the passage of by-law No. 210. No one suggested the operation was prohibited. The suggestion was rather that a new by-law should be introduced which would, unlike by-law No. 210, prohibit aerodromes on the lake. The result was by-law No. 260, which did so.

[65] On August 16, August 19, and September 7, 1994, the Municipality received complaints from the Gobeil Lake association of summer home owners, which demanded that the municipal council put an end to the disruption caused by the local water aerodrome (a predecessor to Lacombe and Picard’s operation). The municipality was also informed that the association had filed a complaint with the Minister of Energy and Natural Resources. On September 12, 1994, the council agreed to the framework of what would eventually become by-law No. 260, which was adopted on March 13, 1995. It seems implausible that the summer home owners would have sought legislative action, had water aerodromes already been prohibited on their lake, as my colleague contends. Nor does it seem plausible that the water aerodrome on Gobeil Lake would have been permitted to continue its operations if, in fact, they were illegal. Simard’s 2006 affidavit took a different view of the state of affairs in 1994. However, the text of the relevant by-laws, as well as the actions of the association of summer home owners suggest that aerodromes were not prohibited on Gobeil Lake prior to the enactment of by-law No. 260.

[66] In any event, if by-law No. 210 did have the effect of prohibiting water aerodromes by inclusion in the category of “intensive uses”, the by-law would be inapplicable to the extent it did so, under the doctrine of interjurisdictional immunity. A prohibition on aerodromes, even as part of a broad class of land uses, would result in an unacceptable

que l’on considérerait être des « usages intensifs ». Toutefois, cette analogie est loin d’être concluante.

[64] La conduite des habitants du village après l’adoption du règlement n° 210 contredit l’affirmation suivant laquelle ils auraient vu dans ce règlement une interdiction des aérodrodromes au lac Gobeil. Après l’adoption de ce règlement, l’exploitation des aérodrodromes s’est poursuivie au lac Gobeil. Nul n’a laissé entendre qu’elle était interdite. On a plutôt suggéré l’adoption d’un nouveau règlement qui, contrairement au règlement n° 210, interdirait les aérodrodromes sur le lac. C’est ce que l’on a fait par le règlement n° 260.

[65] Les 16 août, 19 août et 7 septembre 1994, la municipalité a reçu des plaintes de l’association des villégiateurs du lac Gobeil, qui exigeait du conseil municipal qu’il mette un terme aux perturbations causées par l’hydroaérodrodrome de l’endroit (exploité avant celui de M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard). La municipalité a également été informée que cette association avait déposé une plainte auprès du ministre de l’Énergie et des Ressources naturelles. Le 12 septembre 1994, le conseil a accepté le projet de ce qui allait devenir le règlement n° 260, lequel a été adopté le 13 mars 1995. Il semble peu probable que les villégiateurs auraient demandé des mesures législatives si les hydroaérodrodromes avaient déjà été interdits sur leur lac, comme le prétend ma collègue. Il ne semble pas plausible non plus que l’on aurait permis la poursuite des activités de l’hydroaérodrodrome sur le lac Gobeil si celles-ci étaient en fait illégales. La déclaration solennelle faite par M. Simard en 2006 présente un point de vue différent de la situation qui prévalait en 1994. Toutefois, le texte des règlements pertinents, ainsi que les mesures prises par l’association des villégiateurs, laissent croire que les aérodrodromes n’étaient pas prohibés au lac Gobeil avant l’adoption du règlement n° 260.

[66] Quoi qu’il en soit, si le règlement n° 210 avait eu pour effet d’interdire les hydroaérodrodromes en les incluant dans la catégorie des « usages intensifs », cette interdiction aurait été inapplicable en vertu de la doctrine de l’exclusivité des compétences. Une interdiction des aérodrodromes, même dans le cadre d’une vaste catégorie d’usages du territoire,

narrowing of Parliament's legislative options. As in *COPA*, this would have the effect of impairing the core of the federal power over aeronautics. Under the doctrine of interjurisdictional immunity, the prohibition in by-law No. 210 would be inapplicable to Lacombe and Picard's aerodrome.

#### D. *Costs*

[67] The respondents Anabelle Lacombe, Jacques Picard, and 3845443 Canada Inc., request an award of costs on a solicitor-client basis. Such awards are very rarely granted, for example if a party displays "reprehensible, scandalous or outrageous conduct" (*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134) or if justified by reasons of public interest (*Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286, at para. 132; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 80). Neither situation exists in this case. Accordingly, I would not award solicitor-client costs.

#### VII. Conclusion

[68] I would find that the amendments brought by by-law No. 260 to ss. 4.1 and 4.2 of and Sch. B to by-law No. 210 are *ultra vires*. Accordingly, I would dismiss the appeal, and award costs to the respondents.

English version of the reasons delivered by

[69] LEBEL J. — In this case, I agree with the Chief Justice that the appeal should be dismissed, although I reach this conclusion for different reasons.

[70] In my opinion, there is an operational conflict between the rights of Ms. Lacombe and Mr. Picard under the air operator certificate issued by the Minister of Transport of Canada and their rights under the municipality's zoning by-law. The doctrine of federal paramountcy works in the

constituerait une restriction inacceptable des choix législatifs du Parlement. Comme dans l'affaire *COPA*, cette interdiction aurait pour effet de porter atteinte au cœur du pouvoir fédéral en matière d'aéronautique. En vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences, l'interdiction faite au règlement n° 210 serait inapplicable à l'aérodrome de M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard.

#### D. *Dépens*

[67] Les intimés Anabelle Lacombe, Jacques Picard et 3845443 Canada Inc. demandent que les dépens leur soient accordés sur la base procureur-client. Les dépens sur cette base sont très rarement accordés, sauf par exemple dans le cas d'une « conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante » d'une partie (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 134) ou si des raisons d'intérêt public le justifient (*Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286, par. 132; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 80). Aucune de ces situations ne se présente en l'espèce. Par conséquent, je suis d'avis de refuser les dépens procureur-client.

#### VII. Conclusion

[68] À mon avis, les modifications apportées par le règlement n° 260 aux art. 4.1 et 4.2 ainsi qu'à l'annexe B du règlement n° 210 sont *ultra vires*. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder les dépens aux intimés.

Les motifs suivants ont été rendus par

[69] LE JUGE LEBEL — Dans ce dossier, je suis d'accord avec la conclusion que propose la Juge en chef, soit de rejeter le pourvoi. Cependant, j'adopte cette conclusion pour des motifs différents.

[70] En effet, j'estime qu'un conflit d'application existe entre les droits qu'accorde à M<sup>me</sup> Lacombe et à M. Picard le certificat d'exploitation délivré par le ministre des Transports du Canada, d'un côté, et le règlement de zonage de la municipalité, de l'autre. La doctrine de la prépondérance des lois fédérales

respondents' favour and precludes the municipal by-law from applying to their activities.

[71] I wish to say that I agree with Deschamps J. as regards the nature of the doctrine of interjurisdictional immunity and its specific application in this case to the field of aeronautics. The municipality's decision to allow the respondents' float planes to take off from and land on one lake within its territory rather than another was a valid exercise of its land use planning power and not a significant intrusion on the core of the federal aeronautics power.

[72] I also agree with Deschamps J.'s approach to interpreting the complex municipal by-laws that exist in this area of land use planning law. However, I do not agree with my colleague about the effect of the air operator certificate of Ms. Lacombe and Mr. Picard. In my opinion, that certificate, which was issued by the Minister of Transport in exercising his powers under the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, and the regulations made pursuant to that Act, established operating conditions and granted rights in respect, *inter alia*, of the respondents' place of business. But the municipal by-law prohibited them from carrying on business at the place referred to in the certificate.

[73] It is true that the respondents could have accepted another location. However, they had an authorization validly granted by the appropriate federal government authority, and the municipal by-law interfered with that authorization. There was an operational conflict. By virtue of the doctrine of federal paramountcy, which this Court recently discussed in *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, the federal authorization prevails over the municipal by-law adopted under provincial legislation. The by-law does not therefore apply to the respondents.

[74] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

joue en faveur des intimés et empêche l'application du règlement municipal à leur activité.

[71] Par ailleurs, je tiens à préciser mon accord avec la juge Deschamps sur la nature de la doctrine de la protection des compétences et sur son application spécifique, dans le présent dossier, au domaine de l'aéronautique. La décision de la municipalité de permettre le décollage et l'amerrissage des hydravions des intimés sur un lac, plutôt qu'un autre, dans son territoire représentait un exercice valable de son pouvoir en matière d'aménagement du territoire et ne constituait pas une intrusion d'importance significative dans le cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique.

[72] Je suis aussi d'accord avec la méthode d'interprétation qu'utilise la juge Deschamps, à l'égard des règlements municipaux complexes concernant cette partie du droit de l'aménagement du territoire. Cependant, je n'attribue pas le même effet que ma collègue au certificat d'exploitation accordé à M<sup>me</sup> Lacombe et à M. Picard. À mon avis, ce certificat, délivré dans l'exercice des pouvoirs dévolus au ministre des Transports en vertu de la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2, et de ses règlements d'application, posait des conditions d'exercice et accordait des droits, notamment à l'égard du lieu d'exploitation de l'entreprise des intimés. Or, le règlement municipal interdisait toute exploitation au lieu prévu par le certificat.

[73] Certes, les intimés auraient pu se satisfaire d'un autre endroit. Cependant, ils se trouvaient titulaires d'une autorisation valablement accordée par l'administration fédérale compétente, à laquelle le règlement municipal faisait obstacle. Un conflit d'application existait. Conformément à la doctrine de la prépondérance fédérale, que notre Cour a exposée récemment dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, l'autorisation fédérale prime sur le règlement municipal pris en vertu de la loi provinciale. Ce règlement n'est donc pas opposable aux intimés.

[74] Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

## English version of the reasons delivered by

[75] DESCHAMPS J. (dissenting) — The respondents want to operate an aerial sightseeing service in a zone where they are prohibited from doing so by a municipal zoning by-law. They ask that certain important provisions of that by-law be declared invalid. The Chief Justice accepts their arguments. For the reasons that follow, I cannot agree with her. Her reasons and her conclusions entail a reconsideration of our constitutional doctrines. In my opinion, from the perspective of the distribution of legislative powers under the *Constitution Act, 1867*, the impugned provisions of zoning by-law No. 210<sup>4</sup> of the municipality of Sacré-Cœur-sur-le-Fjord-du-Saguenay are not only valid, but also applicable and operative. I would therefore allow the appeal.

[76] A municipality that adopts a zoning by-law must take into consideration not only the applicable constitutional and legislative constraints but also the interests of the citizens concerned. When the elements of such a by-law are considered in isolation, they resemble an unassembled jigsaw puzzle. It is only when each of the pieces has been incorporated into the whole that the shapes of the different pieces, and the entire puzzle, can be understood. I believe that a failure to take the shape of each of the pieces and the whole into account is what has led to the confusion found in the Chief Justice's reasons. I will therefore have to review certain provisions of the by-law that I consider essential to an understanding of this case. It will also be necessary — both in this case and in the companion case of *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“COPA”), the judgment in which is being released concurrently — to review a number of federal legislative provisions relating to aeronautics, and certain provisions from regulations in particular.

I. Facts

[77] The respondents Anabelle Lacombe and Jacques Picard are directors of the respondent

<sup>4</sup> *Règlement de zonage* (1993).

## Les motifs suivants ont été rendus par

[75] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Les intimés veulent exploiter un service d'excursion aérienne dans une zone où cela leur est interdit par un règlement municipal de zonage. Ils demandent que soient déclarées invalides certaines dispositions importantes de ce règlement. La Juge en chef accepte leurs arguments. Pour les motifs qui suivent, je ne peux me rallier à son opinion. Ses motifs et ses conclusions entraînent une remise en question de nos doctrines constitutionnelles. Pour ma part, j'estime que les dispositions contestées du règlement de zonage n° 210<sup>4</sup> de la municipalité de Sacré-Cœur-sur-le-Fjord-du-Saguenay sont, du point de vue du partage des compétences législatives prévu à la *Loi constitutionnelle de 1867*, non seulement valides, mais aussi applicables et opérantes. J'accueillerais le pourvoi.

[76] La municipalité qui adopte un règlement de zonage doit tenir compte non seulement des contraintes constitutionnelles et législatives applicables, mais aussi des intérêts des citoyens concernés. Lorsque les éléments d'un tel règlement de zonage sont examinés isolément, ils prennent l'allure d'un casse-tête non assemblé. Ce n'est que lorsque chacune des pièces a été intégrée au tout que la forme de ces diverses pièces et de l'ensemble prennent leur sens. C'est, je crois, le défaut de prendre en compte la forme de chaque pièce et du tout qui est à l'origine de la confusion dans l'opinion de la Juge en chef. Je devrai donc revoir certaines dispositions du règlement de zonage qui, à mon avis, sont essentielles à la compréhension du litige. Dans la présente affaire, de même que dans le pourvoi connexe dans lequel la Cour rend jugement simultanément, *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« COPA »), l'analyse requiert aussi l'examen de plusieurs dispositions législatives et, surtout, réglementaires fédérales relatives à l'aéronautique.

I. Faits

[77] Les intimés, Anabelle Lacombe et Jacques Picard, sont administrateurs d'une société, elle

<sup>4</sup> *Règlement de zonage* (1993).

corporation 3845443 Canada Inc., which operates an aerial sightseeing business. The company was incorporated in 2000 and began operating in Sacré-Cœur in 2002 out of a water aerodrome set up on Long Lake. It subsequently moved its operations to Gobeil Lake in July 2005.

[78] An air operator certificate issued on July 26, 2001 authorizes 3845443 to provide commercial “aerial work” services or, more specifically, aerial inspection, surveillance, photography and sightseeing services. This certificate was issued by the federal Minister of Transport under s. 702.07 of the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433, which were made under the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2. The certificate lists the company’s bases of operations, which include Gobeil Lake. The company registered the Gobeil Lake aerodrome under s. 301.03 of the *Canadian Aviation Regulations*, and this meant that information about the aerodrome could be published. Section 301.03 provides that, “[s]ubject to subsection (2) [safety requirements], where the operator of an aerodrome provides the Minister with information respecting the location, markings, lighting, use and operation of the aerodrome, the Minister shall register the aerodrome and publish the information”.

[79] The *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1, is a Quebec statute that applies to all local municipalities, both those governed by the *Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1, and those governed by the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19. Section 113 of the *Act respecting land use planning and development* provides that “[t]he council of a municipality may adopt a zoning by-law for its whole territory or any part thereof” (para. 1) and that “[a] zoning by-law may include provisions regarding one or more of the following objects: . . . (3) to specify, for each zone, the structures and uses that are authorized and those that are prohibited, including public uses and buildings, and the land occupation densities” (para. 2).

[80] Sacré-Cœur’s zoning by-law No. 210 establishes a [TRANSLATION] “specifications grid” that

aussi intimée, 3845443 Canada Inc., qui exploite une entreprise d’excursions aériennes. Fondée en 2000, 3845443 a commencé ses activités sur le territoire de Sacré-Cœur en 2002 à partir d’un hydro-aérodrome aménagé au lac Long. Elle a par la suite déplacé ses activités au lac Gobeil en juillet 2005.

[78] 3845443 détient un certificat d’exploitation aérienne, délivré le 26 juillet 2001, qui l’autorise à offrir des services commerciaux de type « travail aérien », soit l’inspection, la surveillance, la photographie et l’excursion aériennes. Ce certificat est délivré par le ministre fédéral des Transports en vertu de l’art. 702.07 du *Règlement de l’aviation canadien*, DORS/96-433, pris en application de la *Loi sur l’aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2 (je l’appellerai ci-après *Règlement canadien de l’aviation*). Le certificat fait mention des « bases d’activités » de l’entreprise, dont le lac Gobeil. 3845443 a enregistré l’aérodrome du lac Gobeil en vertu de l’art. 301.03 du *Règlement canadien de l’aviation*, permettant ainsi la publication de renseignements le concernant. En effet, cette disposition prévoit que, « [s]ous réserve du paragraphe (2) [exigences de sécurité], lorsque l’exploitant d’un aérodrome fournit au ministre les renseignements concernant l’emplacement, le marquage, le balisage lumineux, l’utilisation et l’exploitation de l’aérodrome, le ministre enregistre l’aérodrome et publie les renseignements ».

[79] Par ailleurs, la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, est une loi québécoise qui s’applique à toutes les municipalités locales, qu’elles soient régies par le *Code municipal du Québec*, L.R.Q., ch. C-27.1, ou par la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19. Son article 113 précise que « [l]e conseil d’une municipalité peut adopter un règlement de zonage pour l’ensemble ou partie de son territoire » (al. 1) et que « [c]e règlement peut contenir des dispositions portant sur un ou plusieurs des objets suivants : [ . . . ] 3<sup>o</sup> spécifier, pour chaque zone, les constructions ou les usages qui sont autorisés et ceux qui sont prohibés, y compris les usages et édifices publics, ainsi que les densités d’occupation du sol » (al. 2).

[80] Le règlement de zonage n<sup>o</sup> 210 de Sacré-Cœur établit une « grille de spécifications » qui

“prescribes authorized and prohibited uses for each zone” (s. 4.1, para. 1). The uses authorized in the various zones have been divided into groups: housing, trade and services, industry, recreation, public and institutions, agriculture, and forest. For each zone, uses in a given group are authorized by indicating one or more classes of uses. In each zone, the uses included in each indicated class are authorized to the exclusion of uses in classes not indicated for the same group (s. 4.2.2). Section 2.2 of the by-law adds that [TRANSLATION] “where a use is not referred to in any class, it must be deemed to be included among uses with a similar principal activity”. Also, for greater flexibility, ss. 4.2.3 and 4.2.4 of the by-law provide for a mechanism for specifically prohibiting or authorizing uses by inserting, for a given zone, a “note” to exclude a particular use from an indicated class or, on the contrary, to add a use from a class that is not indicated.

[81] This case concerns the “recreation” group. The classes of uses that may be permitted in that group are: conservation, park and green space, extensive uses, and intensive uses. What are of particular interest here are the classes of “extensive” and “intensive” uses as well as note N-10, to which I will now turn.

[82] None of the classes of uses provided for and defined in the by-law include the use of takeoff or landing of float planes or other aircraft. However, the class of intensive uses in the recreation group includes, [TRANSLATION] “but is not limited to”, six listed uses, one of which can certainly be considered *similar* to the use in question, namely the operation of “marinas, boat rentals and sightseeing services” (s. 2.2.4.3(5)). Moreover, the uses that can be specifically authorized by adding a note include one defined as follows in note N-10: [TRANSLATION] “Rafts, wharves or any other structures for landing or docking float planes or deplaning their passengers . . .” (Sch. B, notes). As we will see, the note N-10 mechanism was introduced by

« prescrit, par zone, les usages autorisés et ceux qui sont prohibés » (art. 4.1, al. 1). Les usages autorisés dans les diverses zones ont été répartis par groupes : habitation; commerce et service; industrie; récréation; public et institution; agriculture; forêt. Pour chaque zone, au sein d’un même groupe, les usages autorisés le sont par l’indication d’une ou plusieurs classes d’usages. Dans chaque zone, les usages compris dans chaque classe d’usages indiquée sont autorisés à l’exclusion de ceux des classes non indiquées au sein du même groupe (art. 4.2.2). L’article 2.2 du règlement précise par ailleurs que « lorsqu’un usage n’est compris sous aucune des classes d’usage, celui-ci doit être assimilé aux usages ayant une activité principale similaire ». Les articles 4.2.3 et 4.2.4 du règlement prévoient aussi, pour plus de souplesse, un mécanisme d’interdictions et d’autorisations « spécifiques » par l’inscription, pour une zone donnée, d’une « note » se trouvant à soustraire un usage particulier d’une classe d’usages indiquée ou, au contraire, à ajouter un usage qui fait partie d’une classe non indiquée.

[81] C’est le groupe « récréation » qui est en cause en l’espèce. Les classes d’usages pouvant être permis au sein de ce groupe sont : conservation; parc et espace vert; usages extensifs; usages intensifs. Ce sont plus particulièrement les classes d’usages extensifs et d’usages intensifs qui doivent retenir l’attention, de même que la note N-10, que je verrai à l’instant.

[82] Parmi les classes d’usages prévues par le règlement et définies dans celui-ci, aucune ne comprend l’usage aux fins d’activités de décollage, d’atterrissage ou d’amerrissage d’avions ou hydravions. Cependant, au sein du groupe récréation, la classe d’usages intensifs s’étend « d’une manière non-limitative » à une liste de six usages, dont un peut certainement être considéré comme *similaire* à ce dernier usage, à savoir l’usage relatif à l’exploitation de « ports de plaisance, location de bateaux et services d’excursion » (art. 2.2.4.3(5<sup>o</sup>)). Par ailleurs, parmi les usages pouvant être spécifiquement autorisés par l’ajout d’une note se trouve, à la note N-10, l’usage défini dans les termes suivants : « [l]es radeaux, quais, ou toutes autres structures

amending the by-law two years after the by-law was first adopted.

[83] When zoning by-law No. 210 was adopted in 1993, Gobeil Lake and Long Lake were both part of zone 33-RF. Only one class of uses was assigned to that zone in the “recreation” group, that of “extensive uses”. According to s. 2.2.4.2 of the by-law, that class [TRANSLATION] “includes uses that relate to the pursuit and achievement of the objectives of protecting and developing certain natural environments in the municipality and that therefore require extensive use of the land” (para. 1). This section further provides (in para. 2) that

[TRANSLATION] [t]he authorized uses in this class include but are not limited to:

- (1) lookouts and observation sites;
- (2) nature centres;
- (3) outdoor recreation centres;
- (4) golf courses;
- (5) ski resorts;
- (6) vacation camps;
- (7) campgrounds;
- (8) hunting and fishing activities; and
- (9) outfitting operations and ZECs.

No interpretation based on the ordinary meanings of the words in this list can lead to the conclusion that the takeoff and landing of float planes were in any way authorized in zone 33-RF. None of the examples of extensive uses set out in the by-law was similar to the use of part of a territory for the takeoff and landing of float planes or the operation of a water aerodrome, nor could any specific authorization applicable to zone 33-RF be interpreted in that way. Aviation activities were therefore prohibited on both Long Lake and Gobeil Lake from the time the by-law was adopted in 1993.

d’amerrissage ou d’accueil des hydravions ou de leurs passagers » (ann. B, notes). Comme nous le verrons, le mécanisme de la note N-10 a été introduit par une modification apportée au règlement deux ans après l’adoption de celui-ci.

[83] Lors de l’adoption du règlement de zonage n° 210 en 1993, le lac Gobeil et le lac Long faisaient tous deux partie de la zone 33-RF. Une seule classe d’usages était attribuée à cette zone dans le groupe « récréation », soit celle des « usages extensifs ». L’article 2.2.4.2 du règlement indique que cette classe « regroupe les usages s’inscrivant dans la poursuite et la réalisation des objectifs de protection et de mise en valeur de certains milieux naturels de la municipalité et, par conséquent, requérant une utilisation extensive du sol » (al. 1). L’article prévoit en outre (al. 2) :

Les usages autorisés dans cette classe peuvent être d’une manière non limitative :

- 1° belvédères et sites d’observation;
- 2° centres d’interprétation de la nature;
- 3° bases de plein air;
- 4° terrains de golf;
- 5° centres de ski;
- 6° camps de vacances;
- 7° terrains de camping;
- 8° activités de chasse et de pêche;
- 9° pourvoies, zec.

Aucune interprétation fondée sur le sens ordinaire des mots utilisés dans cette énumération ne permet de conclure que le décollage et l’amerrissage d’hydravions pouvaient être autorisés de quelque façon dans la zone 33-RF. Aucun des usages donnés comme exemples d’usages extensifs par le règlement n’est similaire à l’usage d’une partie de territoire aux fins de décollage et d’amerrissage d’hydravions ou d’exploitation un hydroaérodrome, et aucune autorisation spécifique visant la zone 33-RF ne pouvait davantage être interprétée comme telle. Les activités aériennes étaient donc prohibées tant au lac Long qu’au lac Gobeil depuis l’adoption du règlement en 1993.

[84] Gobeil Lake is a vacation spot. It is used by vacationers mainly for fishing, swimming and outdoor activities. In the summer of 1994, not long after the zoning by-law was adopted, residents complained about aviation activities on Gobeil Lake. They asked the municipality to take action to put an end to the neighbourhood disturbances. Nothing in the record suggests, as the Chief Justice asserts, that these citizens believed the activities were authorized, quite the contrary. Indeed, it was their complaints that induced the municipality to act. To find a solution, the municipality of Sacré-Cœur chose not to take an antagonistic approach such as immediate legal action, but to create a zone in which aviation activities would be authorized. In 1995, therefore, well before 3845443 began its activities, the municipality amended its zoning by-law by adopting by-law No. 260<sup>5</sup>, which amended three municipal by-laws — Nos. 209<sup>6</sup> (building permits and construction certificates), 210 (zoning) and 211<sup>7</sup> (subdivision) — to create a new zone, zone 61-RF. The Director General of the municipality of Sacré-Cœur described the circumstances of the amendment as follows:

[TRANSLATION] On September 12, 1994, during a regular municipal council meeting in the municipality of Sacré-Cœur, the advisability of doing something about the float planes using Gobeil Lake was discussed with a view to finding a solution to the incompatibility of that commercial activity of maintaining a float plane base with the use of the lake by vacationers;

<sup>5</sup> *Règlement aux fins de modifier le règlement numéro 209 intitulé "Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction", le règlement numéro 210 intitulé "Règlement de zonage", le règlement numéro 211 intitulé "Règlement de lotissement", de façon à créer la nouvelle zone 61-RF (1995).*

<sup>6</sup> *Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction (1993).*

<sup>7</sup> *Règlement de lotissement (1993).*

[84] Le lac Gobeil est un lieu de villégiature. Le lac est principalement utilisé par les villégiateurs pour la pêche, la baignade et les activités de type « plein air ». Peu après l'adoption du règlement de zonage, soit dès l'été 1994, des résidents se plaignent d'activités aériennes au lac Gobeil. Ils demandent à la municipalité d'agir pour mettre fin aux troubles de voisinage. À cet égard, rien au dossier n'indique, comme l'affirme la Juge en chef, que les citoyens croyaient que les activités étaient autorisées, bien au contraire. Ces plaintes ont même été à l'origine de l'action de la municipalité. Pour trouver une solution, la municipalité de Sacré-Cœur choisit, non pas une approche antagoniste telles des poursuites judiciaires immédiates, mais plutôt la création d'une zone où les activités aériennes seront autorisées. Par conséquent, en 1995, bien avant le début des activités de 3845443, la municipalité modifie sa réglementation en matière de zonage en adoptant le règlement n<sup>o</sup> 260<sup>5</sup>. Celui-ci modifie trois règlements municipaux, soit les règlements n<sup>os</sup> 209<sup>6</sup> (permis et certificats de construction), 210 (zonage) et 211<sup>7</sup> (lotissement), dans le but de créer une nouvelle zone, la zone 61-RF. Le directeur général de la municipalité de Sacré-Cœur a décrit comme suit les circonstances de la modification :

Le 12 septembre 1994 eut lieu, dans la municipalité de Sacré-Cœur, lors d'une séance régulière du Conseil municipal, une discussion relative à l'opportunité d'agir dans le dossier des hydravions qui fréquentent le Lac Gobeil en vue de trouver une solution à la non-compatibilité de cette activité commerciale d'hydrobase avec celle de villégiature qu'on y retrouve;

<sup>5</sup> *Règlement aux fins de modifier le règlement numéro 209 intitulé « Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction », le règlement numéro 210 intitulé « Règlement de zonage », le règlement numéro 211 intitulé « Règlement de lotissement », de façon à créer la nouvelle zone 61-RF (1995).*

<sup>6</sup> *Règlement relatif aux permis et certificats, aux conditions préalables à l'émission de permis de construction, ainsi qu'à l'administration des règlements de zonage, de lotissement et de construction (1993).*

<sup>7</sup> *Règlement de lotissement (1993).*

Further to the various complaints and to the meeting of September 12, 1994, the municipality of Sacré-Cœur decided to consider creating a special zone (zone 61-RF) from part of the territory of zone 33-RF in order to maintain the prohibition on commercial activities involving the use of a float plane base, thereby protecting Gobeil Lake as a vacation spot, and to specifically authorize those commercial activities for the new zone 61-RF. . . . [Emphasis added.]

[85] Thus, part of zone 33-RF was detached to create the new zone 61-RF (s. 4.1 of by-law No. 260). The authorized uses in zone 61-RF were the same as in zone 33-RF, namely those in the class of “extensive uses” in the “recreation” group. However, a distinction was drawn by adding a new note in respect of zone 61-RF, namely note N-10, which, as we have seen, specifically authorized the use of the territory in question for landing and docking float planes (s. 4.2). Aviation activities were therefore specifically authorized in this new zone as an exception to the extensive recreational use zoning it “inherited” from zone 33-RF. The zoning for Gobeil Lake was not changed.

[86] It is interesting that 3845443’s aviation activities in zone 61-RF from 2002 to 2005 were in full compliance with municipal by-laws, as they took place on Long Lake. It was the subsequent move of those activities to Gobeil Lake in zone 33-RF — where they were not and never had been authorized — that led the municipality to step in. On July 21, 2005, after an investigation in which it was found, *inter alia*, that aircraft were taking off close to, and in the direction of, the public beach on Gobeil Lake, the municipality of Sacré-Cœur demanded that 3845443, Ms. Lacombe and Mr. Picard cease their activities. What happened after this has already been discussed.

## II. Issues and Positions of the Principal Parties and the Intervenors

[87] The constitutional questions concern the validity of zoning by-law No. 210 — and more specifically of ss. 4.1 and 4.2 of and Sch. B to that by-law — and its application to the facts of this case. Sections 4.1 and 4.2 are general provisions

Suite aux diverses plaintes et à la rencontre du 12 septembre 1994, la Municipalité de Sacré-Cœur a décidé d’envisager de créer une zone particulière (zone 61-RF) et constituée à même une partie du territoire de la zone 33-RF, de façon à maintenir l’interdiction des activités commerciales liées à l’utilisation d’hydrobase et par le fait même de protéger le caractère de villégiature du Lac Gobeil et à autoriser ces activités commerciales spécifiquement pour la nouvelle zone 61-RF. . . . [Je souligne.]

[85] Une partie de la zone 33-RF est donc détachée pour créer la nouvelle zone 61-RF (art. 4.1 du règlement n° 260). Le zonage de la nouvelle zone 61-RF est le même que celui de la zone 33-RF, plus particulièrement la classe « usages extensifs » dans le groupe « récréation ». Une distinction est cependant apportée par l’ajout, pour la zone 61-RF, d’une nouvelle note, la note N-10, dont nous avons vu qu’elle autorise spécifiquement l’usage du territoire visé aux fins d’amerrissage et d’accueil d’hydravions (art. 4.2). Les activités aériennes sont donc spécialement autorisées dans cette nouvelle zone, par dérogation au zonage d’usages récréatifs extensifs dont elle « hérite » de la zone 33-RF. Le zonage du lac Gobeil demeure quant à lui intouché.

[86] Il est d’ailleurs intéressant de souligner que, de 2002 à 2005, les activités aériennes de 3845443 dans la zone 61-RF étaient tout à fait conformes à la réglementation municipale car elles se déroulaient au lac Long. C’est leur déplacement ultérieur au lac Gobeil dans la zone 33-RF — où elles n’étaient pas autorisées et ne l’avaient du reste jamais été — qui a provoqué l’intervention de la municipalité. Le 21 juillet 2005, à la suite d’une enquête ayant notamment révélé des décollages à proximité et en direction de la plage publique du lac Gobeil, la municipalité de Sacré-Cœur met 3845443, M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard en demeure de cesser leurs activités. La suite des événements est connue.

## II. Questions en litige et thèses des parties principales et intervenantes

[87] Les questions constitutionnelles concernent la validité du règlement de zonage n° 210 et son application aux faits de l’espèce, plus particulièrement les art. 4.1 et 4.2 et l’annexe B de ce règlement. Les articles 4.1 et 4.2 sont des dispositions générales qui

that describe the specifications grid set out in Sch. B. They define the key words used in that schedule. At the very end of the schedule, there is an explanation of the notes that may appear in the specifications grid. These provisions are essential to the zoning by-law. Indeed, without them it would be nothing but an empty shell.

[88] The constitutional questions are as follows:

1. Does zoning by-law No. 210 of the Municipality of Sacré-Cœur, adopted pursuant to s. 113 of the *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1, encroach on the power of the Parliament of Canada over aeronautics under the introductory paragraph to s. 91 of the *Constitution Act, 1867* and, if so, are ss. 4.1 and 4.2 of and Schedule B to that by-law *ultra vires*?
2. Is zoning by-law No. 210 of the Municipality of Sacré-Cœur constitutionally inapplicable under the doctrine of interjurisdictional immunity to an aerodrome operated by the respondents?
3. Is zoning by-law No. 210 of the Municipality of Sacré-Cœur constitutionally inoperative under the doctrine of federal paramountcy, having regard to the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, and the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433?

[89] Despite the wording of the constitutional questions and the arguments of the parties, the Chief Justice focusses on the issue of the constitutional validity of the 1995 amending by-law — by-law No. 260 — and bases her conclusion on an intention she attributes to the purpose of that by-law. This approach is based primarily on an interpretation counsel for the Attorney General of Quebec (“A.G.Q.”) appears to have advanced, namely that the purpose of the by-law was [TRANSLATION] “to regulate the location of water aerodromes in the municipality’s territory” (transcript, at p. 5, lines 22-23). The lawyer who said this was not involved in the case either in the Superior Court or in the Court of Appeal. No support for his interpretation can be found either in the ordinary meaning of the words of the zoning by-law or in the evidence. In

décrivent la grille de spécifications figurant à l’annexe en question. Ils définissent les mots-clés utilisés dans l’annexe. La toute fin de l’annexe contient l’explication des notes pouvant figurer à la grille de spécifications. Ces dispositions sont essentielles au règlement de zonage. En fait, sans elles, le règlement de zonage n’est qu’une coquille vide.

[88] Les questions constitutionnelles sont formulées ainsi :

1. Le règlement de zonage numéro 210 de la municipalité de Sacré-Cœur, adopté en vertu de l’art. 113 de la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, empiète-t-il sur la compétence du Parlement du Canada en matière d’aéronautique aux termes du paragraphe introductif de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, dans l’affirmative, les art. 4.1 et 4.2 et l’annexe B de ce règlement constituent-ils un excès de pouvoir?
2. Le règlement de zonage numéro 210 de la municipalité de Sacré-Cœur est-il constitutionnellement inapplicable, en vertu du principe de l’exclusivité des compétences, à un aérodrome exploité par les intimés?
3. Le règlement de zonage numéro 210 de la municipalité de Sacré-Cœur est-il constitutionnellement inopérant par l’effet du principe de la prépondérance des lois fédérales, compte tenu de la *Loi sur l’aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2, et du *Règlement de l’aviation canadien*, DORS/96-433?

[89] Malgré le texte des questions constitutionnelles et les thèses avancées par les parties, la Juge en chef s’attache à la question de la validité constitutionnelle du règlement modificatif de 1995, le règlement n° 260, et fonde sa conclusion sur l’intention qu’elle attribue à l’objet de ce règlement. Cette approche a comme assise principale une interprétation qu’aurait avancée l’avocat du procureur général du Québec (« P.G.Q. »). Ce règlement aurait pour objet de « réglementer l’emplacement des hydroaérodromes sur le territoire de la municipalité » (transcription, p. 5, lignes 22-23). Cet avocat n’a participé à l’affaire ni en Cour supérieure ni en Cour d’appel. Son interprétation n’est soutenue ni par le sens ordinaire des mots employés dans le règlement de zonage ni par la preuve. De fait, elle est contredite par la déclaration du directeur général

fact, that interpretation is contradicted by the statement of the Director General of the municipality of Sacré-Cœur that aside from its intention to grant a specific authorization in a new zone (61-RF), the municipality intended not to impose a new prohibition, but to confirm the existing prohibition in zone 33-RF of the activities that are in issue here. Nor has the Court ever considered itself bound by a party's interpretation of the law or by a "concession" on a question of law: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 45; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at para. 44; *R. v. Chaisson*, 2006 SCC 11, [2006] 1 S.C.R. 415, at para. 6; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at paras. 62-64. This principle is of particular relevance in the case at bar given that the interpretation of by-law No. 210 is a question that extends far beyond the respective interests of the parties. Therefore, in my view, the issue of the validity of the impugned municipal by-law cannot so readily be reduced to that of the validity of by-law No. 260 on the basis of the ancillary powers doctrine. I accordingly prefer to consider by-law No. 260 in its context, namely that of the by-law it amended, by-law No. 210.

[90] In the Superior Court, the municipality of Sacré-Cœur sought an order that 3845443, Ms. Lacombe and Mr. Picard cease commercial operations on Gobeil Lake, and in particular that they cease [TRANSLATION] "offering float plane sight-seeing services over the mouth of the Saguenay River" (para. 1 of the Superior Court's judgment). The argument advanced by 3845443, Ms. Lacombe and Mr. Picard was not that by-laws Nos. 209 (building permits and construction certificates) and 210 were invalid, but that those by-laws were inapplicable to their aviation activities.

[91] *COPA* was joined with this case for the hearing before the Court of Appeal because the issue of the application of the doctrine of interjurisdictional immunity was [TRANSLATION] "central to the constitutional question" raised in both cases (case management conference of the Court of Appeal). From that time on, the municipality of Sacré-Cœur played a secondary role, as the A.G.Q. assumed

de la municipalité de Sacré-Cœur selon laquelle, outre son intention d'accorder une autorisation spéciale dans une nouvelle zone (61-RF), la municipalité entendait non pas imposer une nouvelle interdiction, mais plutôt confirmer l'interdiction dans la zone 33-RF des activités en cause ici. D'ailleurs, jamais la Cour ne s'est sentie liée par une interprétation en droit avancée par une partie ou par une soi-disant concession sur une question de droit : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 45; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, par. 44; *R. c. Chaisson*, 2006 CSC 11, [2006] 1 R.C.S. 415, par. 6; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 62-64. Ce principe vaut d'autant plus en l'espèce que l'interprétation du règlement n° 210 va bien au-delà de l'intérêt respectif des parties. Il est par conséquent impossible, à mon avis, de réduire aussi facilement la question de la validité de la réglementation municipale contestée à celle du règlement n° 260 en se fondant sur la doctrine de la compétence accessoire. Je préfère donc situer le règlement n° 260 dans son contexte, c'est-à-dire le règlement qu'il modifiait, soit le règlement n° 210.

[90] Devant la Cour supérieure, la municipalité de Sacré-Cœur sollicitait une ordonnance enjoignant à 3845443, à M<sup>me</sup> Lacombe et à M. Picard de cesser leurs activités commerciales au lac Gobeil, particulièrement de cesser « d'offrir des excursions en hydravion au-dessus de l'embouchure de la rivière Saguenay » (par. 1 du jugement de la Cour supérieure). Pour leur part, 3845443, M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard plaidaient non pas l'invalidité des règlements n° 209 (permis et certificats de construction) et n° 210 mais l'inapplicabilité de ces textes à leurs activités aériennes.

[91] L'affaire *COPA* a été jointe à la présente pour l'audience devant la Cour d'appel, en raison du fait que la question de l'application de la doctrine de la protection des compétences était au « centre de la question constitutionnelle » soulevée dans les deux dossiers (conférence de gestion d'instance de la Cour d'appel). La municipalité de Sacré-Cœur a dès lors joué un rôle secondaire et le P.G.Q. s'est chargé

responsibility for supporting the applicability of the provincial legislation in both cases.

[92] After the Court of Appeal allowed the appeal, the A.G.Q. appealed to this Court. The A.G.Q. submits that ss. 4.1 and 4.2 of and Sch. B to zoning by-law No. 210 of the municipality of Sacré-Cœur are valid, are applicable to the facts of this case and are operative in relation to those facts. In support of the validity of the provisions, he relies on the double aspect doctrine. He asserts that the question whether the impugned provisions are applicable is easily answered. First, the doctrine of interjurisdictional immunity does not apply where there is a double aspect. Second, this Court has never clearly held, as required by *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, and *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, that there is a protected core of the federal aeronautics power that includes aerodromes. Finally, the A.G.Q. argues that the provisions in issue are operative because they are in no way inconsistent with the *Aeronautics Act* or the *Canadian Aviation Regulations*, given that they do not apply to “airports” or “heliports” within the meaning of that Act and those regulations. More specifically, to apply by-law No. 210 would frustrate no federal legislative purpose, since registration of an aerodrome under the federal regulations, being optional, creates no positive right other than the right to have certain information about the aerodrome published.

[93] The intervener Attorney General of Ontario adds that it would be more consistent with *Canadian Western Bank* and *Lafarge* to reconsider the principles from *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, and to conclude that the location of an aerodrome is not a vital or essential part of the activities covered by the federal aeronautics power and does not therefore form part of the core of that power.

de soutenir l'applicabilité des textes de loi provinciaux dans les deux affaires.

[92] À la suite de l'accueil du pourvoi par la Cour d'appel, le P.G.Q. s'est porté appelant devant notre Cour. Le P.G.Q. soutient que l'art. 4.1, l'art. 4.2 et l'annexe B du règlement de zonage n° 210 de la municipalité de Sacré-Cœur sont valides, applicables aux faits en cause et opérants à leur égard. À l'appui de la validité de ces textes, il invoque la doctrine du double aspect. Il affirme que la question de l'applicabilité des dispositions contestées ne se pose pas. Premièrement, la doctrine de la protection des compétences exclusives n'entrerait pas en jeu en présence d'un double aspect. Deuxièmement, la jurisprudence n'aurait jamais reconnu ni protégé de façon claire un cœur de compétence fédérale en matière d'aéronautique qui comprendrait les *aérodromes*, exigence prévue par les arrêts *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86. Enfin, le P.G.Q. plaide que les dispositions en cause sont opérantes, étant donné qu'elles ne sont nullement incompatibles avec la *Loi sur l'aéronautique* ou avec le *Règlement canadien de l'aviation*, dans la mesure où elles ne s'appliquent pas aux « aéroports » ou aux « héliports » au sens de cette loi et de ce règlement. Plus précisément, l'application du règlement n° 210 ne ferait obstacle à aucun objectif législatif fédéral, parce que, vu son caractère facultatif, l'enregistrement d'un aérodrome en vertu de la réglementation fédérale ne crée aucun droit positif si ce n'est le droit à la publication de certains renseignements relatifs à cet aérodrome.

[93] L'intervenant le procureur général de l'Ontario ajoute qu'il serait davantage conforme aux arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge* de revoir les principes énoncés dans l'arrêt *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, de manière à pouvoir conclure que l'emplacement d'un aérodrome ne constitue pas un élément vital ou essentiel des activités visées par la compétence fédérale sur l'aéronautique, si bien que cette question ne relèverait pas du noyau ou cœur de cette compétence.

[94] The argument of 3845443, Ms. Lacombe and Mr. Picard, and of the Canadian Owners and Pilots Association (the “Association”), which is also a respondent, is that the impugned provisions of by-law No. 210 are invalid. In the alternative, they submit that the provisions are inapplicable to their activities related to operating an aerodrome and a float plane, because the core of the federal aeronautics power admits of no overlap. Relying on *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, and *Johannesson*, the respondents argue that to apply the zoning provisions in issue to the establishment and operation of an aerodrome would have the effect of impairing an activity that falls under the core of a federal power that the courts have recognized and held to be protected. They also assert that the provisions are inoperative on the basis that to apply the provisions to their aviation activities would be inconsistent with the federal aeronautics statute and aviation regulations in that this would give rise to an operational conflict. It would be impossible for them to comply with both the federal legislation, on the one hand, and the *Act respecting land use planning and development* and the municipal zoning by-law, on the other. They submit that, if they were obliged to comply with the provincial statute and the by-law, they would be unable to continue their aviation activities without violating the conditions of their air operator certificate. They add that the zoning provisions in issue frustrate Parliament’s intent to retain all aspects of its jurisdiction to make laws in relation to aeronautics. The intervener Attorney General of Canada (“A.G.C.”) supports the respondents.

### III. Applicable Law

[95] Before a court can find that a rule is constitutional in a given factual context, three tests must be met: validity, applicability and operability. To be valid, the rule must be *intra vires* the government that adopted it. If a challenge concerns the effect of one or more provisions on an exclusive power of the other level of government and if certain conditions are met so as to engage the doctrine of interjurisdictional immunity, it must be determined whether the rule in question can be applied to the type of

[94] 3845443, M<sup>me</sup> Lacombe, M. Picard et l’Association Canadian Owners and Pilots Association (l’« Association »), elle aussi intimée, plaident que les dispositions contestées du règlement n<sup>o</sup> 210 sont invalides. Ils soutiennent subsidiairement que ces dispositions sont inapplicables à leurs activités liées à l’exploitation d’un aérodrome et d’un hydravion, dans la mesure où le cœur de la compétence fédérale sur l’aéronautique n’admet aucun chevauchement. S’appuyant sur les arrêts *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, et *Johannesson*, ils prétendent que l’application des dispositions de zonage litigieuses à l’établissement et à l’exploitation d’un aérodrome aurait pour effet d’entraver l’exercice d’une activité relevant du cœur d’une compétence fédérale qui est reconnu et protégé par la jurisprudence. Ils affirment en outre que ces dispositions sont inopérantes dans la mesure où leur application à leurs activités aériennes est incompatible avec la loi et le règlement fédéraux sur l’aéronautique et l’aviation en raison d’un conflit d’application. Selon eux, il leur est impossible d’obéir à la fois à la législation fédérale d’une part et à la *Loi sur l’aménagement et l’urbanisme* et au règlement municipal de zonage d’autre part. Ils avancent que, s’ils devaient se conformer à ces derniers, ils ne pourraient alors plus mener leurs activités aériennes sans contrevenir aux conditions de leur certificat d’exploitation aérienne. Ils plaident de surcroît que les dispositions de zonage en cause font obstacle à l’intention du Parlement fédéral de préserver l’intégralité de sa compétence législative en matière d’aéronautique. L’intervenant le procureur général du Canada (« P.G.C. ») appuie les intimés.

### III. Droit applicable

[95] Validité, applicabilité et opérabilité sont toutes trois requises pour qu’un tribunal puisse conclure à la conformité constitutionnelle de la mise en œuvre d’une norme à l’égard de faits donnés. Pour être valide, la norme doit être *intra vires* de l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée. Si la contestation concerne l’effet d’une ou de plusieurs dispositions sur une compétence exclusive de l’autre ordre de gouvernement, il faut alors, dans la mesure où sont réunies certaines conditions faisant

facts to which the challenge relates. Where there is a conflict between two rules both of which are valid and applicable, the federal rule adopted in the exercise of an exclusive federal power will be paramount. The same is true where two conflicting rules have been adopted in the exercise of a concurrent power, with one exception: where old age pensions are concerned, provincial legislation is paramount (*Constitution Act, 1867*, ss. 92A(2) and (3), 94A and 95).

[96] The A.G.Q. relies on the provincial heads of power relating to property and civil rights and to matters of a merely local or private nature in the province as set out in ss. 92(13) and 92(16), respectively, of the *Constitution Act, 1867*. The respondents rely on the aeronautics power, which this Court has held to be exclusive to Parliament pursuant to the introductory paragraph of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and more specifically pursuant to the national concern branch.

[97] It should be noted at this point that all the powers relied on in this case are exclusive. This is a determining factor for the application of certain doctrines of Canadian law relating to the constitutional division of powers. Let us now consider in greater detail, in light of the above discussion, the applicable law on each of the three main questions raised by this appeal: whether the impugned provincial provisions are valid, whether they are applicable to the facts of this case and whether they are operative.

#### A. *Validity*

##### (1) Preliminary Consideration of the Pith and Substance

[98] Before determining whether a provision is constitutionally valid, it is necessary to identify the pith and substance of the rule, as opposed to what may only be its ostensible character. The identification of the pith and substance makes it possible to

intervenir la doctrine de la protection des compétences exclusives, déterminer si la norme en question est applicable à la catégorie de faits sur laquelle porte la contestation. En cas de conflit entre deux normes à la fois valides et applicables, la norme fédérale adoptée dans l'exercice d'une compétence fédérale exclusive aura préséance. Il en est de même si deux normes conflictuelles ont été adoptées en vertu d'une compétence concurrente, à l'exception de la prépondérance des lois provinciales en matière de pensions de vieillesse (*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92A(2) et (3), 94A et 95).

[96] Le P.G.Q. invoque les chefs de compétence provinciaux relatifs à la propriété et aux droits civils ainsi qu'aux matières purement locales et privées dans la province, compétences prévues respectivement aux par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Quant à eux, les intimés invoquent la compétence sur l'aéronautique, qui a été reconnue par notre Cour comme une compétence exclusive du législateur fédéral en vertu de l'alinéa introductif de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, plus précisément en application de son volet dimension nationale.

[97] À cette étape, il est important de noter que toutes les compétences invoquées en l'espèce sont des compétences exclusives. Ce fait est déterminant pour l'application de certaines doctrines du droit canadien relatif au partage fédératif des compétences. Tout en gardant ce qui précède à l'esprit, revenons maintenant plus en détail sur le droit applicable à chacune des trois grandes questions que pose le présent pourvoi, à savoir la validité des dispositions provinciales contestées, leur applicabilité à l'égard des faits de l'espèce et leur opérabilité.

#### A. *Validité*

##### (1) Examen préalable du caractère véritable

[98] L'examen de validité constitutionnelle commande au préalable la détermination du caractère véritable de la norme, par opposition à ce qui pourrait n'être que son caractère apparent. Cette caractérisation permettra d'établir le rapport entre

establish the connection between the rule and the powers assigned to each level of government by the *Constitution Act, 1867*. The rule must — in nature, or in pith and substance — be connected in essence with the head of power relied on in support of its validity.

## (2) Double Aspect

[99] The pith and substance used to establish the relationship between a rule and the constitutional division of powers is that of the rule established by the provision, not of a given set of facts (behaviour, actions, activities, etc.). Simply showing that a rule adopted by a government at one level is connected, in its essence, with an exclusive *power* of the other level of government will often end the enquiry into its validity. However, the same is not true of the connection between the *facts* and any power, however exclusive the power may be. In many cases, a single fact situation can be viewed from two different normative perspectives, one of which may fall under exclusive federal jurisdiction and the other under exclusive provincial jurisdiction. The double aspect doctrine will then come into play. In *Canadian Western Bank*, Binnie and LeBel JJ. summarized this doctrine as follows (para. 30):

The double aspect doctrine recognizes that both Parliament and the provincial legislatures can adopt valid legislation on a single subject depending on the perspective from which the legislation is considered, that is, depending on the various “aspects” of the “matter” in question. [Emphasis added.]

[100] Therefore, what are involved are not situations in which *rules* adopted by a government at one level encroach on the jurisdiction of the other level of government, but *fact situations* that can validly be addressed from two different normative perspectives. In such a case, one of the rules may, on the basis of its pith and substance, relate to a federal power and the other, on the basis of its own pith and substance, to a provincial power. Of course, where a fact situation has a dual legal aspect such as this, rules might be adopted at either level, as a government at one level may view the

cette norme et les compétences attribuées à chaque ordre de gouvernement par la *Loi constitutionnelle de 1867*. La norme doit — de par sa nature ou son caractère véritable — pouvoir être essentiellement rattachée à la compétence invoquée au soutien de sa validité.

## (2) Double aspect

[99] Le caractère véritable en fonction duquel sera vérifié le rapport entre la norme et le partage fédératif des compétences est celui de la norme établie par la disposition, non pas celui d'un ensemble de faits donnés (comportements, actions, activités, etc.). La seule démonstration qu'une norme adoptée par un ordre de gouvernement se rattache, dans son essence, à une *compétence* exclusive de l'autre ordre de gouvernement mettra souvent fin à l'examen de la validité. Il en va cependant autrement du rattachement des *faits* à l'une ou l'autre des compétences, aussi exclusive que puisse être cette compétence. En effet, il arrive fréquemment qu'une même situation factuelle puisse être considérée selon deux perspectives normatives différentes, l'une pouvant relever d'une compétence exclusivement fédérale, l'autre d'une compétence exclusivement provinciale. La doctrine du double aspect entre alors en jeu. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, les juges Binnie et LeBel ont résumé ainsi cette doctrine (par. 30) :

La théorie du double aspect reconnaît que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est-à-dire selon les « aspects » variés de la « matière » discutée. [Je souligne.]

[100] Il ne s'agit donc pas de cas où les *normes* édictées par un ordre de gouvernement empiètent sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement, mais plutôt de *situations factuelles* qui peuvent valablement être abordées selon deux perspectives normatives différentes. Dans ces cas, l'une des normes peut, de par son caractère véritable, relever d'une compétence fédérale alors que l'autre, de par son propre caractère véritable, relève d'une compétence provinciale. Certes, si une situation factuelle présente un double aspect juridique de ce genre, il pourra exister des normes adoptées par l'un ou

matter from a different perspective than one at the other level.

[101] Thus, the double aspect doctrine can be viewed at three different levels: (1) that of the facts themselves regardless of their legal characterization; (2) that of the legal perspectives represented by the various rules (statutory, regulatory, etc.) — each of which has its own pith and substance — adopted by the central government or the provinces to govern the fact situations; and (3) that of the power — in the context of the constitutional division of powers — to adopt a given rule. The double aspect doctrine relates first to the two different normative aspects at level (2) that certain facts at level (1) might have, it being understood that because of the pith and substance of each of these aspects, each one may, at level (3), be connected primarily with a different power, one of which may be federal while the other is provincial. In other words, the double aspect doctrine does not involve a dual connection with different powers at level (3) of a single legal perspective that necessarily has a single pith and substance and is necessarily situated at level (2). This possibility of a dual connection exists in our law, although any situation involving one should be exceptional, since the rules must be connected *primarily* with the legislative powers at level (3), and in any event, the expression “double aspect” is not or, for the sake of clarity, should not be used to refer to it. We will see below that the failure by the Chief Justice to consider the location of aerodromes from both legal perspectives — of the regulation of aeronautics on the one hand, and of zoning or, more broadly, of land use planning in and development of the territory on the other — prevents her from recognizing that the double aspect doctrine applies in this case.

### (3) Ancillary Power

[102] In the case of a constitutional challenge that relates not to an entire set of rules established in a statute but only to one or more specific provisions, it is not enough for the court to consider how the impugned provisions, considered in isolation, may

l'autre des ordres de gouvernement, chacun appréhendant la matière de manière différente.

[101] Trois niveaux entrent donc en jeu dans la doctrine du double aspect : (1) celui des faits indépendamment de leur qualification par le droit; (2) celui des perspectives juridiques que représentent les différentes normes (législatives, réglementaires et autres) adoptées par le pouvoir central ou par les provinces pour régir les situations factuelles et qui possèdent chacune un caractère véritable; (3) celui du pouvoir, du point de vue de la répartition fédérative des compétences législatives, d'adopter telle ou telle autre norme. Le double aspect s'entend d'abord des deux aspects normatifs différents que peuvent présenter, au niveau (2), certains faits se situant au niveau (1), étant entendu que, en raison de leur caractère véritable respectif, ces aspects peuvent chacun, au niveau (3), se rattacher principalement à une compétence différente, dont l'une peut être fédérale et l'autre provinciale. Autrement dit, le double aspect n'est pas une doctrine du double rattachement, à des compétences différentes se situant au niveau (3), d'une même perspective juridique pourvue forcément d'un même caractère véritable et se situant nécessairement au niveau (2). Cette possibilité d'un tel double rattachement existe dans notre droit, mais une telle situation devrait être exceptionnelle en raison du fait que les normes doivent se rattacher *principalement* aux compétences législatives du niveau (3) et, en tout état de cause, elle n'est pas ou ne devrait pas, par souci de clarté, être désignée par l'expression « double aspect ». Nous verrons plus loin comment c'est précisément l'omission par la Juge en chef d'envisager l'emplacement des aérodromes sous la double perspective juridique de la régulation de l'aéronautique et du zonage ou, plus largement, de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, qui fait qu'elle ne reconnaît pas que la doctrine du double aspect s'applique en l'espèce.

### (3) Compétence accessoire

[102] Si la contestation constitutionnelle ne porte pas sur un système complet de normes posé par une loi, mais seulement sur une ou plusieurs dispositions particulières, il ne suffit pas dans un tel cas aux tribunaux de considérer la manière dont les

relate to the division of powers. It must take the analysis further by determining whether the entire statute containing the provisions is valid and, if it is, ascertaining the extent to which the provisions are integrated into the statute. Provisions that would be invalid if considered in isolation may be found to be valid if they are sufficiently integrated into a statute that is itself valid as a whole.

[103] After hesitating between two static tests for integration — a more exacting one of a necessary connection and a more flexible one of a mere functional relationship — the Court finally resolved the conflict by incorporating both these concepts into a single dynamic test. The degree of integration required — whether a functional relationship or a necessary connection — will depend on the extent to which the impugned provisions represent an overflow. If the overflow from the jurisdiction of the government that adopted the rules is minor, mere functional integration of the rules into a valid statute will suffice. If it is major, the court cannot find the provisions valid unless they have a necessary connection with a valid statute. This dynamic solution, which was adopted in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, has since been reiterated in, *inter alia*, *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, and *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302.

[104] The Chief Justice refers to a criticism of the variable *General Motors* test by Professor Hogg (*Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at pp. 15-43 and 15-44), who favours the functional relationship test applied in *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, and *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161. However, as can be seen from our case law, the application of the functional relationship test has, in practice, tended to benefit mainly the central government, and to such an extent that it has upset the balance

dispositions contestées peuvent isolément se rapporter au partage fédératif des compétences législatives. Il leur faut plutôt poursuivre l'analyse afin de vérifier la validité de l'ensemble de la loi dont font partie ces dispositions, puis, si la réponse est affirmative, évaluer le degré d'intégration de ces dispositions à la loi. En effet, des dispositions qui seraient invalides si elles étaient prises isolément pourront être tenues pour valides si elles se révèlent être suffisamment intégrées à une loi qui est elle-même, dans son ensemble, valide.

[103] Après avoir hésité entre deux critères d'intégration statiques, c'est-à-dire entre un critère plus exigeant de nécessité et un autre plus souple de simple fonctionnalité, la jurisprudence a finalement décidé d'aller au-delà de cette opposition et d'intégrer les deux notions au sein d'un seul et même critère dynamique. Qu'il s'agisse de fonctionnalité ou de nécessité, le degré d'intégration exigé sera fonction du débordement que représentent les dispositions litigieuses. Si le débordement de compétence de l'ordre qui adopte les normes est mineur, une simple intégration fonctionnelle des normes à une loi valide suffira. Si le débordement est majeur, c'est alors un lien de nécessité avec une telle loi qui sera requis pour que le tribunal puisse conclure à la validité des dispositions en question. Cette solution dynamique, qui provient de l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, a été reprise récemment, notamment dans les arrêts *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, et *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302.

[104] La Juge en chef fait état d'une critique formulée par le professeur Hogg (*Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 1, p. 15-43 et 15-44) à l'encontre du critère à géométrie variable retenu dans *General Motors*. Le professeur Hogg préfère le test de la simple fonctionnalité utilisé dans *R. v. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, et *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. Cependant, l'examen de notre jurisprudence enseigne que, en pratique, l'application du critère de la fonctionnalité a tendu à avantager surtout le pouvoir central, et ce,

of Canadian federalism (see H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at pp. 452-54).

[105] I agree with Dickson C.J.'s comment in *General Motors* (p. 671):

As the seriousness of the encroachment on provincial powers varies, so does the test required to ensure that an appropriate constitutional balance is maintained.

The dynamic *General Motors* test allows the courts to intervene to review a government's actions that overflow from its jurisdiction. Where the overflow is significant, the applicable test is that of a necessary connection, the strictness of which is reminiscent of the minimal impairment test. Where the overflow is minor, however, a functional relationship is all that is required. In any situation, applying the dynamic test reinforces the values of federalism.

#### B. *Applicability: Interjurisdictional Immunity*

[106] Where the analysis of constitutional validity leads to the conclusion that a rule is invalid, the court must declare it to be invalid and has no reason to continue reviewing its constitutionality. Where, on the other hand, a rule is found to be valid, a challenge based on the constitutional division of powers can, subject to certain conditions, be pursued by considering the applicability of the provision in certain respects. This review is governed by the doctrine of interjurisdictional immunity, which by nature can apply only to protect exclusive powers. This doctrine's purpose is to protect the core of certain exclusive powers from possible effects of the application of rules, valid though they may be, adopted by a government at the other level. As the Court noted in *Canadian Western Bank*, "[t]he doctrine is rooted in references to 'exclusivity' throughout ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*" (para. 34). Such a doctrine is better suited to a dualistic form of federalism than to a co-operative one, since co-operative federalism favours, as far as possible, the application of valid

au point de compromettre l'équilibre de notre fédéralisme (voir H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 452-454).

[105] Pour ma part, je partage les vues exprimées par le juge en chef Dickson dans *General Motors* (p. 671) :

Puisque la gravité de l'empiétement sur les pouvoirs provinciaux varie, il en va de même du critère requis pour maintenir un équilibre constitutionnel approprié.

Le critère dynamique énoncé dans l'arrêt *General Motors* permet aux tribunaux d'intervenir pour contrôler l'action de l'ordre de gouvernement qui déborde ses compétences. Lorsque le débordement est important, le critère applicable est celui de la nécessité — exigence dont le niveau rappelle celui de l'atteinte minimale. Cependant lorsque le débordement est mineur, un simple rapport de fonctionnalité est requis. Quelle que soit la situation en jeu, les valeurs du fédéralisme se trouvent renforcées par l'application du critère dynamique.

#### B. *Applicabilité : Protection des compétences exclusives*

[106] Lorsque, au terme de l'analyse de la validité constitutionnelle, une norme se révèle invalide, les tribunaux doivent la déclarer telle et il n'y a pas lieu de poursuivre le contrôle de la constitutionnalité. Si, à l'inverse, la norme se révèle valide, sa contestation au regard de la répartition fédérative des compétences législatives pourra alors, à certaines conditions, continuer et porter sur son applicabilité à certains égards. Cette démarche est dictée par la doctrine de la protection des compétences, laquelle ne saurait s'appliquer, de par sa nature, qu'aux compétences exclusives. Cette doctrine vise à protéger le cœur de certaines compétences exclusives contre les effets que pourrait entraîner l'application de normes par ailleurs valides adoptées par l'autre ordre de gouvernement. En effet, ainsi qu'il a été rappelé dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, « [l]a doctrine trouve sa source dans les notions d'exclusivité omniprésentes dans les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (par. 34). Une telle doctrine sert davantage un fédéralisme dualiste qu'un fédéralisme coopératif, le second favorisant au maximum

rules of both levels — the federal government and the federate entities — subject only to a principle for resolving conflicts between rules.

[107] It was in fact in the name of co-operative federalism that the Court limited the scope of our dualistic doctrine of interjurisdictional immunity in *Canadian Western Bank* and *Lafarge*. It did so in two ways: (1) by establishing a principle against the proliferation of cores of power found by the courts to require protection, and (2) by introducing a new test according to which a valid rule of a government at one level is inapplicable only to the extent that it impairs activities that relate to the core of a power exclusive to the other level. As Binnie and LeBel JJ. wrote in *Canadian Western Bank* (para. 37),

[t]he “dominant tide” [referred to by Dickson C.J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18] finds its principled underpinning in the concern that a court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by *both* levels of government. In the absence of conflicting enactments of the other level of government, the Court should avoid blocking the application of measures which are taken to be enacted in furtherance of the public interest. [Emphasis in original.]

(1) Principle Against the Proliferation of Cores of Power Protected by the Courts

[108] In *Canadian Western Bank*, Binnie and LeBel JJ. stated that “interjurisdictional immunity is of limited application and should in general be reserved for situations already covered by precedent” (para. 77).

[109] It is true that those “situations” mainly involve protecting cores of federal powers. Nevertheless, with all due respect for the Chief Justice, I believe that she is getting away from both the letter and spirit of *Canadian Western Bank* when she suggests that the doctrine of interjurisdictional immunity is limited to the protection of federal powers (para. 43 of her reasons in *COPA*).

l’application des normes valides des deux ordres — l’état fédéral et les entités fédérées — sous réserve seulement de la résolution des conflits de normes.

[107] Or, c’est justement au nom du fédéralisme coopératif que les arrêts *Banque canadienne de l’Ouest* et *Lafarge* ont limité la portée de notre doctrine dualiste de la protection des compétences exclusives, et ce, de deux manières : (1) en posant un principe de non-prolifération des cœurs de compétence reconnus par la jurisprudence comme étant dignes de protection; (2) en introduisant un nouveau critère précisant qu’une norme valide d’un ordre de gouvernement n’est inapplicable que dans la mesure où elle entrave des activités qui se situent au cœur d’une compétence appartenant exclusivement à l’autre ordre. Comme l’ont écrit les juges Binnie et LeBel dans *Banque canadienne de l’Ouest* (par. 37) :

Le fondement logique du « courant dominant » [dont a traité le juge en chef Dickson dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 18] tient à la volonté que les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement. En l’absence de textes législatifs conflictuels de la part de l’autre ordre de gouvernement, la Cour devrait éviter d’empêcher l’application de mesures considérées comme ayant été adoptées en vue de favoriser l’intérêt public. [En italique dans l’original.]

(1) Non-prolifération des cœurs de compétence protégés par la jurisprudence

[108] Dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, les juges Binnie et LeBel ont indiqué que « la doctrine de [la protection] des compétences reste d’une application restreinte, et qu’elle devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence » (par. 77).

[109] Certes, ces « situations » correspondent surtout à la protection du cœur des compétences fédérales. Cela dit, et avec égards pour l’opinion exprimée par la Juge en chef, je crois que cette dernière s’écarte autant de la lettre que de l’esprit de l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest* lorsqu’elle suggère que la doctrine de la protection des compétences se limite à la protection des compétences fédérales

The relevant passage from *Canadian Western Bank* in this regard reads as follows:

In theory, the doctrine is reciprocal: it applies both to protect provincial heads of power and provincially regulated undertakings from federal encroachment, and to protect federal heads of power and federally regulated undertakings from provincial encroachment. However, it would appear that the jurisprudential application of the doctrine has produced somewhat “asymmetrical” results. Its application to federal laws in order to avoid encroachment on provincial legislative authority has often consisted of “reading down” the federal enactment or federal power without too much doctrinal discussion, e.g., *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, *Dominion Stores Ltd. v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 844, and *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914. In general, though, the doctrine has been invoked in favour of federal immunity at the expense of provincial legislation: Hogg, at p. 15-34. [para. 35]

Next, although the Court noted the asymmetry in how the doctrine of interjurisdictional immunity had been applied in the past, its intention in doing so was certainly not to applaud or increase that asymmetry. Binnie and LeBel JJ. wrote the following:

Further, a broad use of the doctrine of interjurisdictional immunity runs the risk of creating an unintentional centralizing tendency in constitutional interpretation. As stated, this doctrine has in the past most often protected federal heads of power from incidental intrusion by provincial legislatures. The “asymmetrical” application of interjurisdictional immunity is incompatible with the flexibility and co-ordination required by contemporary Canadian federalism. Commentators have noted that an extensive application of this doctrine to protect federal heads of power and undertakings is both unnecessary and “undesirable in a federation where so many laws for the protection of workers, consumers and the environment (for example) are enacted and enforced at the provincial level” (Hogg, at p. 15-30; see also Weiler, at p. 312; J. Leclair, “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity” (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411). The asymmetrical effect of interjurisdictional

(par. 43 de ses motifs dans l’affaire *COPA*). Voici, à cet égard, le passage pertinent de l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest* :

En théorie, la règle joue dans les deux sens : elle protège tant les compétences provinciales et les entreprises assujetties à la réglementation des provinces contre les empiétements du gouvernement fédéral que les compétences fédérales et les entreprises assujetties à la réglementation du gouvernement fédéral contre les empiétements des provinces. Il appert toutefois que l’application de la doctrine par les tribunaux a produit des résultats quelque peu « asymétriques ». Son application aux lois fédérales en vue d’éviter l’empiétement sur la compétence législative provinciale a souvent consisté à donner au texte législatif fédéral ou à la compétence fédérale une « interprétation atténuée » sans que l’analyse doctrinale soit poussée très loin, par exemple, *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, *Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844, et *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914. De façon générale toutefois, la doctrine a été invoquée à l’appui de l’exclusivité de la compétence fédérale au détriment de la législation provinciale : Hogg, p. 15-34. [par. 35]

Ensuite, si dans cet arrêt notre Cour a pris acte de l’asymétrie avec laquelle la doctrine de la protection des compétences exclusives avait jusqu’alors été appliquée, ce n’est certainement pas pour la célébrer ou pour l’élargir. En effet, les juges Binnie et LeBel écrivent :

Une tendance centralisatrice de l’interprétation constitutionnelle risque également d’émerger involontairement d’une utilisation large de la doctrine de l’exclusivité des compétences. Comme nous l’avons indiqué, l’histoire de la doctrine démontre qu’elle a surtout protégé les chefs de compétence fédérale contre les empiétements accessoires des législatures provinciales. L’application « asymétrique » de cette doctrine demeure inconciliable avec les besoins de flexibilité et de coordination du fédéralisme canadien contemporain. Les auteurs ont signalé qu’une application extensive de la doctrine afin de protéger les chefs de compétence fédéraux et les entreprises fédérales n’est ni nécessaire [TRADUCTION] « ni souhaitable dans une fédération où les provinces sont chargées d’adopter et d’appliquer un aussi grand nombre de lois visant à protéger les travailleurs, les consommateurs et l’environnement (pour ne nommer que ceux-ci) » (Hogg, p. 15-30; voir également Weiler, p. 312; J. Leclair, « The Supreme Court of Canada’s Understanding of

immunity can also be seen as undermining the principles of subsidiarity, i.e. that decisions “are often best [made] at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected” (114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town), [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, at para. 3). [Emphasis added; para. 45.]

It is certainly worth noting in the case at bar that this principle of subsidiarity — which is a component of our federalism, and increasingly of modern federalism elsewhere in the world — is the basis for the principle of proximity advanced by the intervenor City of Shawinigan in *COPA*.

[110] Since this Court, like the framers of the Constitution and legislators, does not speak in vain — or, I am tempted to add, to contradict itself — it is clear from *Canadian Western Bank* that the Court had two reasons for limiting the doctrine of interjurisdictional immunity: (1) the doctrine is inconsistent with the dominant tide of our constitutional case law, namely co-operative federalism; and (2) unfortunately, the doctrine has been applied unequally, for the federal government’s benefit and therefore at the expense of the federate entities, the provinces, with the result that in practice it has exerted a centralizing pressure on our federation and has thus tended to make the federation asymmetrical.

[111] Therefore, a non-contradictory interpretation of *Canadian Western Bank* suggests that the principle against the proliferation of protected cores of power that was introduced in that case must apply mainly to federal powers. Such an interpretation also helps explain the use by Binnie and LeBel JJ. of the conditional and of uncategorical language when they stated that the doctrine of interjurisdictional immunity “should in general be reserved for situations already covered by precedent” (para. 77 (emphasis added)). In other words, the exception to the principle against the proliferation of protected cores of power appears to relate to the recognition of new provincial cores of power. This conclusion

Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411). L’effet asymétrique de la doctrine de l’exclusivité des compétences peut aussi être considéré comme une menace aux principes de subsidiarité, selon lesquels « le niveau de gouvernement le mieux placé pour [prendre des décisions est] celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l’efficacité mais également parce qu’il est le plus proche des citoyens touchés » (114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, par. 3). [Je souligne; par. 45.]

Il convient assurément de relever en l’espèce que de ce principe de subsidiarité — qui constitue une composante de notre fédéralisme comme il tend de plus en plus à l’être dans le fédéralisme moderne ailleurs dans le monde — découle le principe de proximité qu’a défendu l’intervenante la ville de Shawinigan dans l’affaire *COPA*.

[110] Dans la mesure où, à l’instar du constituant et du législateur, notre Cour ne parle pas pour ne rien dire — ni, suis-je tentée d’ajouter, pour se contredire —, il ressort clairement de l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest* que deux motifs ont présidé à la limitation de la doctrine de la protection des compétences exclusives : (1) cette doctrine est peu compatible avec le courant dominant qui se dégage de notre jurisprudence constitutionnelle, à savoir le fédéralisme coopératif; (2) elle a malencontreusement été appliquée de manière inégale au profit du pouvoir fédéral et donc aux dépens des entités fédérées que sont les provinces, si bien qu’en pratique elle a exercé une pression centralisatrice sur notre fédération qu’elle tend ainsi à rendre asymétrique.

[111] Par conséquent, une interprétation qui présente l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest* sous un jour non contradictoire suggère que le principe de la non-prolifération des cœurs de compétence protégés introduit par cette décision doit s’appliquer surtout aux compétences fédérales. Une telle interprétation permet du reste d’expliquer l’emploi par les juges Binnie et LeBel du conditionnel et d’un langage non définitif pour l’exprimer, lorsqu’ils affirment que la doctrine de la protection des compétences « devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence » (par. 77 (je souligne)). Autrement dit, l’exception au principe de non-prolifération des cœurs de compétence protégés

is further supported by the fact that, unlike federal rules, provincial rules are never paramount in the event of conflict except in the context of the concurrent power over old age pensions (*Constitution Act, 1867*, s. 94A). Thus, the doctrine of interjurisdictional immunity cannot be categorically limited to the protection of federal powers, as the Chief Justice does in her reasons.

(2) Impairment of Activities Related to the Core of an Exclusive Power

[112] In *Canadian Western Bank*, the Court also substituted, as the test for finding legislation to be inapplicable in the context of the doctrine of interjurisdictional immunity, *impairment* of activities that fall under the core of a power of the other level of government for merely *affecting* that core. The impairment test was adopted as a middle ground between the test — of sterilizing activities related to the power of the other level of government — that is the strictest and therefore the most likely to result in a finding that valid rules adopted by governments at both levels are both applicable, and the one — of merely affecting (or encroaching on) the power — that is the least likely to result in such a finding (*Canadian Western Bank*, at paras. 48-49). The sterilization test was used until 1966, when this Court opted instead, in *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767, for the test of merely affecting (or encroaching).

[113] Since this Court did not speak in vain in *Canadian Western Bank*, a measure that impairs activities related to the core of a power is necessarily different from one that sterilizes such activities or merely affects the core of the power.

[114] It must therefore be concluded from the above discussion that, because of the combined effects of this twofold limit on the doctrine of interjurisdictional immunity resulting from the introduction of a principle against the proliferation

serait la reconnaissance de nouveaux cœurs de compétence provinciaux. Cette conclusion trouve d'ailleurs un appui supplémentaire dans le fait que, à la différence des normes fédérales, les normes provinciales ne bénéficient jamais de la prépondérance en cas de conflit, sauf dans le contexte de la compétence concurrente en matière de pensions de vieillesse (*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 94A). La doctrine de la protection des compétences exclusives ne saurait donc être catégoriquement limitée, comme elle l'est dans les motifs de la Juge en chef, à la protection des compétences fédérales.

(2) Entrave aux activités qui se trouvent au cœur d'une compétence exclusive

[112] L'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* a en outre substitué, comme critère d'inapplicabilité dans le cadre de la doctrine de la protection des compétences exclusives, le critère de l'*entrave* aux activités relevant du cœur d'une compétence législative de l'autre ordre à celui de la *simple atteinte* au cœur d'une telle compétence. Ce critère de l'*entrave* se veut un moyen terme entre le critère le plus sévère et donc le plus favorable à l'applicabilité des normes valides des deux ordres, soit celui de la stérilisation des activités qui relèvent de la compétence de l'autre ordre de gouvernement, et le critère le moins favorable à une telle applicabilité, à savoir celui de la simple atteinte au pouvoir (ou empiètement) (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 48-49). Le critère de la stérilisation a prévalu jusqu'en 1966, où notre Cour lui a préféré celui de la simple atteinte (ou empiètement), dans l'affaire *Commission du Salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767.

[113] Dans la mesure où notre Cour n'a pas parlé pour ne rien dire dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, ce qui constitue une entrave aux activités qui relèvent du cœur d'une compétence diffère forcément de ce qui les stérilise ou ne fait que toucher au cœur de la compétence.

[114] En conséquence, il faut nécessairement conclure de ce qui précède que les effets conjugués de cette double limitation de la doctrine de la protection des compétences — soit l'introduction d'un principe de non-prolifération des cœurs de

of protected cores of power and the introduction of the impairment test, it is indeed the test of the impairment of activities that the courts must now apply in cases relating to cores of power “already covered by precedent”.

[115] As a result, I cannot agree with the approach taken by the Chief Justice to determine whether a rule is applicable. She focusses on a direct effect of the impugned provincial rule on the federal *power* rather than an effect on the *activities* of federal undertakings (paras. 43, 45, 47 and 48 of *COPA*). But since an “impairment” (as that term is used in the context of the doctrine of interjurisdictional immunity) can be assessed only on the basis of the effects of the impugned legislation on the operation of the undertaking, a federal one in this instance, the analysis must necessarily relate to the concrete effects of the measure in question. Focussing on a direct effect of the impugned measure on the power of the other level of government leads to confusion between the issue of validity and that of applicability. Since this doctrine concerns the inapplicability of rules, protecting powers from impairment necessarily relates to indirect effects on the matter to which the power applies, not direct legal effects, in which case the issues would relate to validity.

[116] Furthermore, the Chief Justice’s approach is the one that was proposed by the dissenting judge in *Lafarge* (see the reasons of Bastarache J., who complained that the majority was focussing on the activities of the federal undertaking rather than on the exercise of the federal power, at para. 109, and those of Binnie and LeBel JJ., at paras. 46 and 71). Accordingly, and with all due respect for the Chief Justice, despite the fact that she refers expressly to co-operative federalism, her approach to the doctrine of interjurisdictional immunity is antithetical to co-operation between the levels of government and to the views expressed by Binnie and LeBel JJ., writing for the majority, in *Canadian Western Bank* (para. 22):

The fundamental objectives of federalism were, and still are, to reconcile unity with diversity, promote

compétence protégés d’une part et l’introduction du critère de l’entrave de l’autre — font en sorte que c’est bien le critère de l’entrave aux activités que les tribunaux doivent désormais appliquer lorsqu’un litige concerne un cœur de compétence « déjà traité dans la jurisprudence ».

[115] Je ne puis donc accepter l’analyse faite par la Juge en chef pour déterminer si une norme est applicable ou non. Son analyse s’attache à un effet direct de la norme provinciale contestée sur la *compétence* législative fédérale plutôt que sur les *activités* des entreprises fédérales (par. 43, 45, 47 et 48 de l’affaire *COPA*). Or, comme l’entrave (au sens de la doctrine de la protection des compétences) ne peut être mesurée qu’en fonction des effets de la mesure législative contestée sur le fonctionnement de l’entreprise, ici fédérale, l’analyse doit nécessairement porter sur les effets concrets de cette mesure. Faire porter l’analyse sur un effet direct de la mesure législative contestée sur le pouvoir de l’autre ordre de gouvernement entraîne une confusion entre la question de la validité et celle de l’applicabilité. Étant une doctrine d’inapplicabilité des normes, la protection des compétences contre les entraves s’intéresse forcément aux effets indirects, passant par l’objet matériel de la compétence, et non pas aux effets juridiques directs, lesquels soulèvent quant à eux des problèmes de validité.

[116] L’approche adoptée par la Juge en chef est d’ailleurs celle que préconisait le juge minoritaire dans l’arrêt *Lafarge* (voir l’opinion du juge Bastarache, qui reproche à la majorité de s’attarder aux activités de l’entreprise fédérale plutôt qu’à l’exercice du pouvoir fédéral, par. 109, et celle des juges Binnie et LeBel, par. 46 et 71). Par conséquent, avec égards pour l’opinion exprimée par la Juge en chef, malgré une référence explicite au fédéralisme coopératif, son approche à l’égard de la doctrine de la protection des compétences est à l’antipode de la coopération entre les ordres de gouvernement et du discours tenu par les juges Binnie et LeBel pour la majorité dans *Banque canadienne de l’Ouest* (par. 22) :

Le fédéralisme avait, et a toujours, pour objectifs fondamentaux de concilier l’unité et la diversité, de promouvoir

democratic participation by reserving meaningful powers to the local or regional level and to foster co-operation among governments and legislatures for the common good.

[117] Moreover, such a change of approach less than three years after *Canadian Western Bank* can only have negative consequences for legal certainty.

### C. *Operability*

#### (1) Principle

[118] The doctrine of paramountcy can come into play only where a federal rule and a provincial rule are so incompatible that there is an actual conflict between them. As I mentioned above, the Court recognized in *Canadian Western Bank* (at para. 37) that co-operative federalism normally favours — except where there is an actual conflict — the application of valid rules adopted by governments at both levels as opposed to favouring a principle of relative inapplicability designed to protect powers assigned exclusively to the federal government or to the provinces.

[119] The unwritten constitutional principle of federalism and its underlying principles of co-operative federalism and subsidiarity favour a strict definition of the concept of conflict. The decision to limit the scope of the doctrine of interjurisdictional immunity must mean that there is more room to apply the rules of governments at both levels, but the achievement of this objective can easily be compromised by a lax or vague definition of the concept of conflict. Moreover, beyond any specific objective, it is always preferable in law to favour an operational clarity of concepts, principles, rules and institutions over a counterproductive unclear understanding.

#### (2) Operational Conflict and Conflict of Purposes

[120] This Court has considered two types of actual conflict. The first type comprises situations in which it is impossible to comply with a rule of a

la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux instances locales ou régionales, ainsi que de favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun.

[117] Qui plus est, un tel changement d'orientation, moins de trois ans après l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, ne saurait avoir que des conséquences négatives sur la sécurité du droit.

### C. *Opérabilité*

#### (1) Principe

[118] La doctrine de la prépondérance ne peut intervenir que lorsque l'incompatibilité entre une norme fédérale et une norme provinciale est telle qu'il y a conflit réel. J'ai mentionné que l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* (par. 37) reconnaît que, sauf conflit réel, le fédéralisme coopératif favorise normalement l'application des normes valides édictées par les deux ordres de gouvernement plutôt que le recours à un principe d'inapplicabilité relative visant à protéger les compétences exclusives attribuées au fédéral ou aux provinces.

[119] Ce principe constitutionnel non écrit qu'est le fédéralisme ainsi que ses principes sous-jacents que sont le fédéralisme coopératif et la subsidiarité militent en faveur d'une conception rigoureuse de la notion de conflit. En effet, la décision de limiter le champ d'application de la doctrine de la protection des compétences exclusives doit permettre de dégager un espace élargi favorisant l'application des normes respectives des deux ordres de gouvernement, objectif dont la réalisation pourrait aisément être compromise par une conception laxiste ou vague de la notion de conflit. Au demeurant, il convient toujours en droit, au-delà de tout objectif particulier, de privilégier la clarté opératoire des concepts, principes, normes et institutions à un embrouillement contre-productif de ceux-ci.

#### (2) Conflit d'application et conflit d'objectifs

[120] Notre jurisprudence connaît deux types de conflits réels. Appartiennent au premier type les situations où il est impossible d'obéir à la norme

government at one level without violating one of a government at the other level (*Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Multiple Access; Lafarge*). The second type embraces situations in which complying with a provincial government's rule conflicts with Parliament's purpose (*Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113). In such cases, the rule is said to frustrate Parliament's intent, but since Parliament's intent in fact encompasses both the letter and the purpose of the legislation, this second type of actual conflict should instead be described as a conflict of legislative purposes. Moreover, although in *Mangat* (para. 69) the Court used the term "operational conflict" (or "conflict in operation") to encompass both types of conflict, it is preferable to limit the use of that term to the first type.

(3) Two Preconditions for a Conflict of Legislative Purposes: Restriction on the Exercise of a Positive Right and Equivalent Prohibitions

[121] With the concept of a conflict of legislative purposes comes the danger of an "impressionistic" interpretation of the conflict. To avoid this, the initial enquiry must be limited to situations in which compliance with the rule of a government at one level results in the loss not of a simple freedom that exists in the absence of an express prohibition, but of a right positively created in the rule of a government at the other level. Since that which is not prohibited is permitted, the freedom to perform an act or engage in an activity simply means that the act or activity is not prohibited. Two categories of lawful acts must therefore be distinguished: (1) acts that are positively authorized as exceptions to prohibitions; and (2) acts that are simply not prohibited by law in any way.

[122] The respondent Association and the intervenor A.G.C. suggest that it must be possible to interpret the absence of a positively established rule (for example, the absence of a statute or regulations governing a situation) as partaking of a legislative purpose, with the result that a judge would in the

d'un ordre de gouvernement sans enfreindre celle de l'autre ordre (*Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Multiple Access; Lafarge*). L'autre type regroupe les cas où l'obéissance à la norme d'un gouvernement provincial contrecarre l'objectif du législateur fédéral (*Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113). On dira alors que la norme va à l'encontre de l'intention du législateur fédéral. Or, étant donné qu'en réalité c'est autant la lettre que l'objectif de la loi qui relève de l'intention du législateur, il conviendrait plutôt de parler, au sujet de ce second type de conflit réel, de conflit d'objectifs législatifs. Par ailleurs, alors que l'arrêt *Mangat* (par. 69) parle de « conflit d'application » pour englober des conflits pouvant relever de l'un ou l'autre type, il est préférable de réserver cette expression à la désignation des conflits du premier type.

(3) Deux conditions d'existence d'un conflit d'objectifs législatifs : la restriction de l'exercice d'un droit positif et l'équivalence des interdictions en présence

[121] Avec la notion de conflit d'objectifs législatifs se profile la menace d'une interprétation « impressionniste » du conflit. Pour éviter cette situation, ne doivent être retenues, lors d'un premier examen, que les situations où le fait d'obéir à la norme d'un ordre de gouvernement entraîne la privation, non pas d'une simple faculté en l'absence d'interdiction explicite, mais d'un droit positivement conféré par une norme de l'autre ordre de gouvernement. En effet, comme ce qui n'est pas interdit est permis, la simple faculté d'accomplir un acte ou d'exercer une activité veut simplement dire que cet acte ou cette activité ne sont pas interdits. Deux catégories d'actes licites doivent donc être distinguées : (1) les actes positivement autorisés par dérogation à une interdiction; (2) les actes simplement non interdits de quelque manière que ce soit par le droit.

[122] Il a été suggéré par l'Association intimée, ainsi que par l'intervenant le P.G.C., que l'absence d'une norme juridique positivement établie (par exemple l'absence de loi ou de règlement régissant une situation) doit pouvoir être interprétée comme participant d'un objectif législatif, si bien qu'un juge

end be justified in concluding that a conflict of legislative purposes exists in such a situation. In my opinion, this reasoning cannot withstand scrutiny. In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, the Court clearly established that the rule of law above all presupposes the existence of a normative framework. An unexpressed intention cannot be a formal source of law.

[123] In sum, if we were to accept that an absence of legislation can give rise to a conflict, it would then be possible to find a normative purpose where no rules exist. The requirement that a rule exist also averts confusion between the various constitutional doctrines. Whereas the doctrine of interjurisdictional immunity requires the court to determine whether an impugned rule impairs activities under the jurisdiction of the other level of government regardless of whether rules have been adopted by a government at the other level, the doctrine of paramountcy applies where there are conflicts between rules. Only an established rule can be paramount. To find that Parliament has the power to adopt one is not enough in itself. This is true for the whole of the doctrine of paramountcy. Thus, an operational conflict presupposes the existence of rules that cannot be complied with simultaneously. The conflict may be between two requirements or between a requirement and a prohibition — it is generally possible to comply with two different prohibitions simultaneously. And for a conflict of purposes to exist, there must more precisely be a right positively provided for in a rule, as opposed to a simple freedom. However, this is only the first step.

[124] Although a conflict of purposes can exist only if there is a restriction on the exercise of a positive right, such a restriction is not enough in itself. In other words, not every right that exists under federal positive law will necessarily be paramount over a valid, applicable provincial rule. There is a second requirement, namely that the provincial prohibition in question be, if not identical, at least similar in nature, to the prohibition

serait éventuellement fondé à conclure à l'existence d'un conflit d'objectifs législatifs dans une telle situation. Ce raisonnement ne me paraît pas pouvoir résister à l'analyse. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la Cour a clairement établi que la primauté du droit suppose avant tout l'existence d'un cadre normatif. La volonté non exprimée ne peut être source formelle de droit.

[123] En somme, accepter que l'absence d'un texte de loi puisse donner lieu à un conflit ouvrirait la porte à la constatation d'un objectif normatif en l'absence de normes. Le fait d'exiger l'existence d'une norme permet aussi d'éviter la confusion entre les différentes doctrines constitutionnelles. Alors que la doctrine de la protection des compétences exclusives requiert du tribunal qu'il vérifie si la norme contestée entrave l'exercice d'activités relevant de l'autre ordre de gouvernement, et ce, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier ait lui-même adopté des normes, celle de la prépondérance concerne la résolution des conflits de normes. En effet, seule une norme établie peut avoir prépondérance, la simple constatation que le législateur fédéral a compétence pour en édicter une ne suffit pas. Cela vaut pour la doctrine de la prépondérance dans son ensemble. Par exemple, un conflit d'application suppose l'existence de normes auxquelles il est impossible de se plier en même temps. Il peut s'agir de deux prescriptions ou encore d'une prescription et d'une interdiction conflictuelles — car il sera généralement possible d'obéir en même temps à deux interdictions différentes. Or, pour qu'il y ait conflit d'objectifs, il faut plus exactement être en présence d'un droit (*right*) conféré positivement par une norme, par opposition à une simple faculté. Mais il ne s'agit là que de la première étape.

[124] En effet, si, pour qu'il y ait conflit d'objectifs, il est nécessaire qu'il y ait restriction à l'exercice d'un droit positif, cela n'est pas pour autant suffisant. Autrement dit, tout droit (*right*) détenu en vertu du droit (*law*) positif fédéral n'aura pas forcément préséance sur une norme provinciale à la fois valide et applicable. Une seconde condition doit être respectée. Il faut que l'interdiction provinciale en cause soit, sinon identique, du moins de

to which the federal positive right can only form an exception. The scope of this principle is clearly illustrated by *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241.

[125] In *Spraytech*, it was argued that a prohibition provided for in a municipal by-law banning the purely aesthetic use of pesticides interfered with the exercise of a positive right conferred through product approval under the federal *Pest Control Products Act*, R.S.C. 1985, c. P-9, on the one hand and the issuance of permits under Quebec's *Pesticides Act*, R.S.Q., c. P-9.3, on the other. It is interesting that L'Heureux-Dubé J., writing for the majority, dealt with both possible conflicts — one with a federal rule and the other with another provincial rule — on the basis of a single general principle of public law (para. 36). Whereas the dissenting judges rejected the very idea of a conflict of purposes, the majority accepted the concept but concluded that there was no such conflict. The majority reached that conclusion on the basis of the notion of permission: the rules were “permissive” but not “exhaustive” (para. 35). What the majority meant by that was nothing more than the general principle that, absent an express indication to the contrary, a positive right can be asserted only against a general prohibition to which it by nature constitutes an exception. For example, a driver's licence does not exempt its holder from a prohibition on driving a motor vehicle on a municipal beach. A rule under which an authorization is granted is, in theory, “permissive, rather than exhaustive” (para. 35). Applied in *Spraytech*, this principle meant that an authorization to import, manufacture, sell and distribute pesticides was not frustrated by the prohibition on spreading pesticides for purely aesthetic purposes. Moreover, and this is an even more general principle of law and statutory interpretation, [TRANSLATION] “two statutes are not repugnant simply because they deal with the same subject” (P.-A. Côté, with S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at p. 406).

même nature que l'interdiction à laquelle le droit (*right*) positif d'origine fédérale ne peut que déroger. La portée du principe est bien illustrée par l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241.

[125] Dans l'affaire *Spraytech*, on prétendait que l'interdiction édictée par un règlement municipal prohibant l'utilisation de pesticides à des fins esthétiques seulement gênait l'exercice d'un droit (*right*) positif conféré par l'homologation d'un produit en vertu de la *Loi [fédérale] sur les produits antiparasitaires*, L.R.C. 1985, ch. P-9, d'une part, et par des permis délivrés en vertu de la *Loi [québécoise] sur les pesticides*, L.R.Q., ch. P-9.3, de l'autre. Il convient de signaler que la juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant alors au nom de la majorité, a tranché la question des deux conflits éventuels — l'un avec une norme fédérale, l'autre avec une autre norme provinciale — par l'application d'un même principe général de droit public (par. 36). Alors que la minorité récusait l'idée même de conflit d'objectifs, la majorité en a plutôt accepté le concept mais a conclu à l'absence d'un tel conflit. La majorité a conclu ainsi précisément en ayant recours à la notion de permission : il s'agissait de normes « permissive[s] », mais non « exhaustive[s] » (par. 35). Ce que la majorité entendait par là n'est rien d'autre que le principe général selon lequel, sauf indication expresse ou explicite, un droit (*right*) positif n'est opposable qu'aux interdictions générales auxquelles il permet, de par sa nature, de déroger. Par exemple, un permis de conduire n'exempte pas son titulaire de l'interdiction de conduire un véhicule automobile sur une plage municipale. Une norme délivrant une autorisation est en principe « permissive, et non pas exhaustive » (par. 35). Appliqué dans *Spraytech*, ce principe signifiait que l'autorisation d'importer, de fabriquer, de vendre et de distribuer des pesticides n'était pas contrecarrée par l'interdiction de répandre de tels produits à des fins purement esthétiques. De plus, et cela relève d'un principe encore plus général du droit et de l'interprétation des lois, « deux lois ne sont pas en conflit du simple fait qu'elles s'appliquent à la même matière » (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd., 2009), p. 406).

[126] “Conflict of legislative purposes” is simply another term for what is also known as “implicit inconsistency” or “implied conflict”. The purposes of legislators are not as easily frustrated as one might be tempted to think. Quite the contrary. In short, there will be implicit inconsistency [TRANSLATION] “when the cumulative application of the two statutes, although technically possible, creates such unlikely and absurd results that it is fair to believe this was not what the legislature desired” (P.-A. Côté, at p. 409).

[127] On the basis of these principles, L’Heureux-Dubé J. held that the application of the municipal by-law in issue in *Spraytech* was not inconsistent with the relevant federal and provincial legislation and did not frustrate the purposes of Parliament and the Quebec legislature. She concluded that the prohibition in the by-law was not similar in nature to the prohibitions to which approval under the *Pest Control Products Act* and the issuance of permits under the *Pesticides Act* constituted exceptions (see *Spraytech*, at paras. 21-24, for a discussion of the nature of the municipal prohibition).

[128] Therefore, for reasons somewhat different than those given by the Chief Justice, I agree that *Spraytech* and *Mangat* should be distinguished. In *Mangat*, the provincial prohibition against practising law without a licence necessarily precluded the exercise of the federal positive right to be represented before certain administrative tribunals in immigration matters by a person who was generally not licensed to practise law. It would of course have been possible for the aliens concerned to retain lawyers, but the provincial prohibition was in direct conflict with certain special rights that aliens had been granted in the federal administrative process. It was therefore clear that the provincial provision in issue, although valid and otherwise applicable, frustrated Parliament’s purpose. The provincial provision therefore had to yield to the federal

[126] L’expression « conflit d’objectifs législatifs » n’est qu’une façon d’exprimer ce qui est aussi connu sous le nom de « conflit implicite ». Or, les objectifs de tout législateur ne sont pas aussi facilement contrecarrés qu’on pourrait être tenté de le croire. Bien au contraire. En somme, il y aura conflit implicite, « si l’application cumulative de deux lois, bien que techniquement possible, mène à des conséquences tellement déraisonnables ou absurdes qu’on puisse croire que le législateur n’a pas voulu une telle application » (P.-A. Côté, p. 409).

[127] C’est d’ailleurs à la lumière de ces principes que la juge L’Heureux-Dubé a statué que l’application du règlement municipal en cause dans l’affaire *Spraytech* n’était pas inconciliable avec la législation fédérale et provinciale pertinente et que son application ne contrecarrait pas les objectifs respectifs du Parlement et du législateur québécois. Elle a conclu que l’interdiction prescrite par le règlement n’était pas de même nature que les interdictions pour lesquelles l’homologation obtenue en vertu de la *Loi sur les produits antiparasitaires* d’une part et la délivrance d’un permis en vertu de la *Loi sur les pesticides* d’autre part emportaient dérogation (voir *Spraytech*, par. 21-24, pour l’examen de la nature de l’interdiction municipale).

[128] Par conséquent, pour des raisons quelque peu différentes de celles exprimées par la Juge en chef, je suis d’accord pour dire qu’il y a lieu de distinguer les affaires *Spraytech* et *Mangat*. Dans cette dernière affaire, l’interdiction — édictée par la province — de pratiquer le droit sans y être autorisé ne pouvait qu’empêcher la mise en œuvre du droit (*right*) positif d’origine fédérale d’être représenté devant certaines instances administratives en matière d’immigration par une personne qui n’est généralement pas autorisée à pratiquer le droit. Il aurait certes été possible pour les étrangers de se faire représenter par avocat, mais l’interdiction provinciale entrainait directement en conflit avec certains droits spéciaux qui leur étaient octroyés dans le processus administratif fédéral. Il était donc manifeste que, bien que valide et normalement applicable, la disposition provinciale en

provisions as a result of the doctrine of federal paramountcy.

[129] In short, in *Mangat*, the respondent had established not only that the federal rule had created a positive right but also that the provincial prohibition concerned an activity similar in nature to the one covered by the prohibition as an exception to which that right had been created. He had shown that a federal legislative purpose was frustrated by the provincial rule. The same was not true in *Spraytech*, as the prohibitions in issue in that case did not concern the same activities. In the case at bar, as I will explain below, the federal rule in issue does not even satisfy the first stage of the test, since it has not been established that a positive right has been granted to have float planes take off or land or to operate a water aerodrome *at a specific place*.

#### IV. Application

[130] To answer the constitutional questions stated in this case, the three tests for consistency must be met, namely validity, applicability and operability.

##### A. *Review on the Issue of Validity*

[131] This case provides a very good illustration of the double aspect doctrine. Zoning by-law No. 210 applies throughout the municipality. It was adopted pursuant to the *Act respecting land use planning and development*. Both the Act and the by-law are, as a whole, consistent with the *Constitution Act, 1867*, under which the provinces are assigned an exclusive power to make laws in relation to municipal institutions (*Lafarge*, at para. 41). And there is no doubt that the *Aeronautics Act* — which is within Parliament's jurisdiction pursuant to the federal aeronautics power — also applies. However, while the zoning by-law in issue may have the effect, in a given zone, of prohibiting or permitting the use of aircraft on land or water or the operation of some

cause se trouvait à contrecarrer l'objectif du législateur fédéral. La disposition provinciale devait donc, en vertu de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, céder devant les dispositions fédérales.

[129] En somme, dans l'affaire *Mangat*, l'intimé avait établi non seulement qu'un droit positif avait été conféré par la norme fédérale mais aussi que l'interdiction provinciale portait sur une activité de même nature que l'activité visée par l'interdiction en dérogation de laquelle un droit avait été conféré par la législation fédérale. Il avait fait la démonstration qu'un objectif législatif fédéral était contrecarré par la norme provinciale. Cela n'a pas été le cas dans *Spraytech*, où les interdictions en cause ne portaient pas sur les mêmes activités. En l'espèce, comme je l'expliquerai plus loin, la norme fédérale en cause dans la présente affaire ne franchit même pas la première étape de l'analyse, puisque l'octroi d'un droit positif de faire décoller ou amerrir des hydravions ou d'exploiter un hydroaérodrome *à un endroit précis* n'a aucunement été établi.

#### IV. Application

[130] Pour trancher les questions constitutionnelles qui sont posées en l'espèce, les trois critères de conformité doivent être appliqués : validité, applicabilité et opérabilité.

##### A. *Contrôle de validité*

[131] La présente affaire illustre très bien la doctrine du double aspect. Le règlement de zonage n° 210 s'applique sur tout le territoire de la municipalité. Il a été adopté en vertu de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*. Tant la loi que le règlement sont dans leur ensemble conformes à la *Loi constitutionnelle de 1867*, laquelle attribue en exclusivité aux provinces le pouvoir de légiférer relativement aux institutions municipales (*Lafarge*, par. 41). Par ailleurs, il est incontestable que la *Loi sur l'aéronautique* — qui relève du législateur fédéral en vertu de la compétence de ce dernier sur l'aéronautique — s'applique elle aussi. Cependant, si le règlement de zonage en cause peut avoir pour effet, dans une zone donnée, d'interdire ou de permettre

form of aerodrome, this results first and foremost from the decision to authorize or not to authorize certain types of recreational uses on an exclusive basis.

[132] Intentions are being attributed to the municipality of Sacré-Cœur that are not supported by a careful reading of its zoning by-law. At the beginning of these reasons, I said that the focus should be on the “recreation” group, the classes of “intensive” and “extensive” uses, and note N-10. It would be incorrect to say that the by-law establishes an absolute prohibition against the takeoff and landing of aircraft throughout the municipality’s territory except in zones where those activities are specifically authorized by the insertion of note N-10.

[133] For example, in zone 40-REC — a different zone from the ones in which Gobeil Lake and Long Lake are situated — the zoning by-law authorizes the class of “intensive uses” in the “recreation” group. There is a list of uses for this class that includes [TRANSLATION] “marinas, boat rentals and sightseeing services” (s. 2.2.4.3(5)), among which other similar uses may be deemed to be included. As counsel for the A.G.Q. acknowledged at the hearing (transcript, at pp. 8, 9 and 11), it is clear that, under s. 2.2 of the by-law in issue, use of the territory for the takeoff or landing of aircraft or the operation of some form of aerodrome should be regarded as similar to this last use and therefore “included” in it.

[134] Furthermore, the municipality does not regulate every specific use. Instead, the provisions of the zoning by-law define classes of uses — that is, types of activities, within a broader group of activities, that may or may not be authorized in a given zone — in general terms. If, therefore, the specifications grid indicates that the class of intensive uses or the class of extensive uses is authorized for a given zone, this does not mean that regulating certain undertakings or their activities is the by-law’s pith and substance. Rather, the purpose of this indication is the establishment of rules setting out

l’utilisation d’aéronefs au sol ou sur l’eau ou l’exploitation d’une forme d’aérodrome ou d’une autre, une telle situation résulte d’abord et avant tout de la décision d’autoriser ou non, sur une base exclusive, des types d’usages donnés dans le domaine récréatif.

[132] On prête à la municipalité de Sacré-Cœur des intentions que ne justifie pas une lecture attentive de son règlement de zonage. J’ai mentionné au début des présents motifs que le groupe « récréation », les classes d’usages « intensifs » et « extensifs » ainsi que la note N-10 devaient retenir l’attention. Il serait inexact d’affirmer que, à défaut d’y être autorisé spécialement par la note N-10, il est absolument interdit par le règlement de faire décoller, atterrir ou amerrir des aéronefs sur le territoire de la municipalité.

[133] Par exemple, dans la zone 40-REC — zone différente de celles où sont situés les lacs Gobeil et Long — le règlement de zonage autorise, dans le domaine récréatif, la classe d’usages intensifs. Cette classe comporte une liste d’usages, dont celui relatif à l’exploitation de « ports de plaisance, location de bateaux et services d’excursion » (art. 2.2.4.3(5<sup>o</sup>)), auxquels d’autres peuvent être assimilés. Or, comme l’a reconnu l’avocat du P.G.Q. à l’audience (transcription, p. 8, 9 et 11), l’usage du territoire aux fins de décollage, d’atterrissage ou d’amerrissage d’aéronefs ou aux fins d’exploitation d’une forme ou d’une autre d’aérodrome devrait de toute évidence, en vertu de l’art. 2.2 du règlement qui nous occupe, être reconnu comme étant similaire à ce dernier usage et, partant, lui être « assimilé ».

[134] Par ailleurs, la municipalité ne réglemente pas tous les usages particuliers. Les dispositions du règlement de zonage définissent plutôt de manière générale des classes d’usages, en d’autres termes des types d’activités pouvant ou non être autorisés dans une zone donnée et au sein d’un groupe plus large d’activités donné. Par conséquent, si la grille de spécifications indique, pour une zone ou pour une autre, que la classe des usages intensifs ou celle des usages extensifs est permise, cela ne veut pas dire que le caractère véritable de la réglementation est de régir certaines entreprises ou leurs activités.

the authorized uses in the municipality's territory, which is a normative purpose that is connected primarily with the exclusive provincial power in relation to municipal institutions.

[135] Thus, the municipal land use planning system, and more specifically the rules authorizing the classes of extensive and intensive recreational uses, does not, in pith and substance, regulate a matter that falls primarily under the federal aeronautics power, as would be the case with rules dealing specifically or directly with conditions for the takeoff and landing of aircraft or the location of aerodromes.

[136] It follows that, from the standpoint of constitutional validity in light of the division of powers, the location of aerodromes, as a factual matter, has a double aspect because it can be understood from two different legal perspectives: (1) a broader perspective, that of zoning in the exercise of the exclusive provincial power to make laws in relation to municipal institutions; and (2) a narrower perspective, that of regulating aerodromes in the exercise of the exclusive federal aeronautics power. As long as a legislature or a municipality does not cross the line between adopting rules whose pith and substance is zoning and adopting rules relating to aeronautics, its rules will be valid.

[137] As I explained above, the zoning of Gobeil Lake did not change as a result of the adoption of by-law No. 260 in 1995, and that by-law had no impact on 3845443's activities in the municipality of Sacré-Cœur at that time, since those activities did not start until 2002, on Long Lake, before moving to Gobeil Lake in 2005. The conclusion I have just reached — that the municipality could regulate the use of the place — should suffice to answer the question whether the impugned provisions are valid, assuming that what should be in

Cette indication a plutôt pour objet l'établissement d'une norme décrivant les usages autorisés sur le territoire de la municipalité, objet normatif qui se rattache principalement à la compétence exclusive des provinces à l'égard des institutions municipales.

[135] L'aménagement du territoire municipal, notamment au moyen de l'autorisation de classes d'usages extensifs ou intensifs dans le domaine récréatif, n'a donc pas comme caractère véritable de régir une matière qui relèverait principalement de la compétence fédérale sur l'aéronautique, comme ce serait le cas de normes portant spécifiquement ou directement sur les conditions de décollage et d'atterrissage ou d'amerrissage d'aéronefs ou encore sur l'emplacement des aérodromes.

[136] Il ressort de ce qui précède que, sur le plan de la validité constitutionnelle au regard du partage fédératif des compétences, l'emplacement des aérodromes, en tant que matière factuelle, présente un double aspect en ce qu'il peut être appréhendé à partir de deux perspectives juridiques différentes : (1) une perspective plus large, à savoir le zonage dans l'exercice du pouvoir exclusif des provinces de légiférer relativement aux institutions municipales; (2) une perspective plus étroite, à savoir la réglementation des aérodromes dans l'exercice de la compétence législative fédérale exclusive sur l'aéronautique. Dans la mesure où une législature ou une municipalité ne franchit pas le seuil qui la ferait passer de l'adoption de normes dont le caractère véritable est le zonage à l'adoption de normes relatives à l'aéronautique, les normes qu'elle pose sont valides.

[137] J'ai expliqué plus tôt que le zonage en vigueur au lac Gobeil n'avait été aucunement modifié par suite de l'adoption du règlement n° 260 en 1995, texte qui n'avait à ce moment pas d'incidence sur les activités de 3845443 dans la municipalité de Sacré-Cœur, puisque celles-ci n'ont débuté qu'en 2002, au lac Long d'abord, avant de se déplacer au lac Gobeil en 2005. La conclusion que je viens tout juste de tirer, suivant laquelle la municipalité pouvait réglementer l'usage des lieux, devrait suffire pour trancher la question de la validité des dispositions

issue here is how they apply to the facts of this case, and in particular to the activities on Gobeil Lake. I will nonetheless consider whether the municipality of Sacré-Cœur regulated aeronautics or otherwise exceeded its jurisdiction under the Constitution when it adopted by-law No. 260 and added note N-10 to the specifications grid for the new zone 61-RF.

[138] The Chief Justice attaches decisive importance to the note N-10 added by by-law No. 260. First of all, it should be mentioned that the zoning by-law in issue here could very well exist without that note, which it in fact did until being amended. Moreover, the conclusion that the amendment is invalid is of no use to 3845443, because the uses permitted in zone 33-RF would remain unchanged. Also, the Chief Justice states that by-law No. 260 had as its pith and substance the regulation of aeronautics, not land use planning, since its purpose was to regulate the location of aerodromes in the municipality and its effect was to prohibit such facilities on Gobeil Lake as well as to authorize them on Long Lake (paras. 22, 23 and 29). Yet the amending by-law directly concerned only a small part of the municipality's territory and, as I have explained, inserting note N-10 could not have the effect of prohibiting anything. Finally, as to the nature of the note as an authorization, it must be understood that inserting the note was not the only or even the main way for the municipality to authorize the use of its territory for the takeoff and landing of float planes.

[139] It seems to me that the most accurate explanation of the circumstances in which the by-law was adopted, of the by-law's purpose and of the prohibitions in effect at the time can be found in the solemn affirmation made by the person who was the Director General of the municipality at the relevant time, not in the comment on the municipality's intention made by counsel for the A.G.Q. in answer to a question asked at the hearing before us. As is clear not only from the Director General's solemn affirmation, but also from both the letter and the spirit of zoning by-law No. 210,

contestées, si tant est que c'est la manière dont celles-ci s'appliquent aux faits de l'espèce, et notamment aux activités exercées au lac Gobeil, qui doit retenir l'attention. Je me demanderai tout de même si la municipalité de Sacré-Cœur a réglementé l'aéronautique ou si elle a autrement excédé les limites prévues par la Constitution lorsqu'elle a adopté le règlement n° 260 et ajouté la note N-10 à la grille de spécifications pour la nouvelle zone 61-RF.

[138] La Juge en chef accorde une importance déterminante à la note N-10 ajoutée par le règlement n° 260. Précisons d'abord que le règlement de zonage litigieux pourrait très bien exister sans cette note, c'était d'ailleurs le cas jusqu'à sa modification. Par ailleurs, la conclusion que la modification est invalide n'est d'aucune utilité pour 3845443, parce que les usages permis dans la zone 33-RF ne seraient pas changés pour autant. De plus, la Juge en chef affirme que le règlement n° 260 avait comme caractère véritable la réglementation de l'aéronautique, et non l'aménagement du territoire, puisque son objet était de réglementer l'emplacement des aérodromes dans la municipalité et que son effet était d'interdire ces installations au lac Gobeil en plus de les autoriser au lac Long (par. 22, 23 et 29). Or, ce règlement modificatif ne concernait directement qu'une petite portion du territoire de la municipalité et, comme je l'ai expliqué, le recours à la note N-10 ne saurait avoir pour effet d'interdire quoi que ce soit. Enfin, concernant sa nature comme note d'autorisation, il faut comprendre que l'inscription de cette note n'est ni la seule ni même la principale façon pour la municipalité d'autoriser l'usage du territoire pour le décollage et l'amerrissage d'hydravions.

[139] La description des circonstances ayant entouré l'adoption du règlement de même que l'objet de celui-ci et les interdictions qui étaient alors en vigueur me semblent plus fidèlement exprimés par la déclaration solennelle du directeur général de la municipalité à l'époque que par le commentaire sur l'intention de la municipalité fait à l'audience devant nous par l'avocat du P.G.Q., en réponse à une question qui lui était posée. Comme l'indique clairement non seulement la déclaration solennelle du directeur général, mais aussi la lettre autant que l'esprit du règlement de zonage n° 210, les activités aériennes

aviation activities had been prohibited on Gobeil Lake since 1993. Once again, the relevant passage from the solemn affirmation reads as follows: [TRANSLATION] “the municipality . . . decided . . . to maintain the prohibition on commercial activities involving the use of [the aerodrome] . . . and to specifically authorize . . . commercial activities for the new zone” (emphasis added). On the question of the purpose and effects of by-law No. 260, I therefore attach greater weight to this statement of the Director General of the municipality than to any slightly contradictory comments made by counsel for the A.G.Q. in his factum or at the hearing before this Court. In any event, the purpose and effect of by-law No. 260 are not questions in respect of which an admission or a concession can bind the Court. Moreover, as I mentioned above, this principle is of particular relevance in the case at bar given that the issue before the Court extends beyond the interests of the parties.

[140] The prohibition of aviation activities in zone 33-RF, where Gobeil Lake is located, in no way resulted, therefore, from the specific authorization of such activities, beginning in 1995, in the new zone 61-RF, where Long Lake is located. Rather, that prohibition existed because only the class of “extensive” uses was authorized in that zone in the “recreation” group. At most, the 1995 amendment had the effect — one that was very indirect — of confirming that, if a note was required to specifically authorize aviation activities in a zone where only “extensive” uses were authorized in the “recreation” group, it was indeed because such activities were not normally authorized in such a zone.

[141] Contrary to the view expressed by the Chief Justice, the addition of the note did not have the effect of restricting the activities authorized in zone 33-RF. The Chief Justice asserts that, “[w]hen an activity is specifically authorized in one zone (61-RF) and the zoning chart for a second zone (33-RF) is silent on the matter, the activity is prohibited in the second zone by the principle of *inclusio unius est exclusio alterius*” (para. 14). In my opinion, that principle of interpretation is of no

étaient déjà interdites depuis 1993 au lac Gobeil. Je rappelle l'extrait pertinent de cette déclaration : « la Municipalité [ . . . ] a décidé [de] maintenir l'interdiction des activités commerciales liées à l'utilisation [de l'aérodrome] et [d']autoriser [les] activités commerciales spécifiquement pour la nouvelle zone » (je souligne). Pour ma part, j'accorde donc, sur la question de l'objet et des effets du règlement n° 260, davantage de poids à cette déclaration du directeur général de la municipalité qu'aux déclarations quelque peu contradictoires qu'a pu faire l'avocat du P.G.Q. dans son mémoire ou à l'audience devant nous. En tout état de cause, l'objet et l'effet du règlement n° 260 ne sont pas des questions qui peuvent faire l'objet d'admission ou de concession qui lie la Cour. D'ailleurs, comme je l'ai mentionné plus tôt, ce principe s'avère d'autant plus pertinent en l'espèce que l'objet du litige dépasse les intérêts des parties.

[140] Le fait que des activités aériennes aient été spécialement autorisées à partir de 1995 dans la nouvelle zone 61-RF où se trouve le lac Long n'est donc en rien la cause de leur interdiction dans la zone 33-RF où est situé le lac Gobeil. La cause de cette interdiction est plutôt le fait que seule la classe d'usages extensifs est autorisée dans cette zone dans le domaine récréatif. La modification de 1995 a tout au plus eu pour effet — tout à fait indirect d'ailleurs — de confirmer que, s'il était nécessaire de recourir à une note pour autoriser spécialement les activités aériennes dans une zone où seuls des usages extensifs étaient permis dans le domaine récréatif, c'est bel et bien parce que de telles activités ne le sont normalement pas dans une telle zone.

[141] Contrairement à ce qu'affirme la Juge en chef, l'ajout de la note n'a eu aucun effet restrictif sur les activités autorisées dans la zone 33-RF. La Juge en chef avance que, « [l]orsqu'une activité est expressément autorisée dans une zone (61-RF) et que la grille de spécifications du zonage à l'égard d'une autre zone (33-RF) ne mentionne pas cette activité, celle-ci est interdite dans l'autre zone par l'application de la règle *inclusio unius est exclusio alterius* » (par. 14). À mon avis, cette règle

assistance in this case. Each of the notes creating specific authorizations, with the sole exception of note N-10, concerns uses enumerated as examples in the definition of one of the classes provided for in the by-law (s. 4.2.3 of zoning by-law No. 210). Therefore, contrary to what the Chief Justice is suggesting, a use can very well be specifically authorized in one zone by means of a note while at the same time being generally authorized — without a note being necessary — in another zone where another class of uses is authorized. Including a use in a zone by means of a note does not therefore imply that it is excluded from another zone for which the note in question is not indicated.

[142] If the principle relied on by the Chief Justice must instead be understood to apply only to two zones where, with the exception of the specific authorization in question, the zoning is the same, my response would be, quite simply, that the purpose of any specific authorization is to permit, on an exceptional basis, a use covered by none of the classes indicated for the zone in question. Moreover, as I mentioned above, it is agreed that the uses authorized by indicating the classes in which they are included are authorized to the exclusion of uses included in any class that is not indicated. This is clear from s. 4.2.2 of by-law No. 210, but that section is not relevant in this case.

[143] In sum, the Chief Justice's argument does not, in my opinion, support a conclusion that the effect of specifically authorizing the operation of float planes and water aerodromes in the new zone 61-RF was to prohibit that use in a zone in which the zoning was the same aside from that exceptional authorization. Such a prohibition clearly is not the result of the recourse to note N-10; indeed, it is actually the cause of that recourse. The Director General of the municipality of Sacré-Cœur was therefore absolutely right to say that one of the effects of the specific authorization given for Long Lake in 1995 was to confirm the corresponding prohibition that had applied to Gobeil Lake since at least the time of the adoption of the zoning by-law in 1993.

d'interprétation n'est d'aucune utilité en l'espèce. Les notes accordant des autorisations spéciales se rapportent toutes, à la seule exception de la note N-10, à des usages énumérés à titre d'exemples dans la définition de l'une ou l'autre des classes prévues au règlement (art. 4.2.3 du règlement de zonage n<sup>o</sup> 210). Par conséquent, contrairement à ce que suggère la Juge en chef, un usage peut très bien être autorisé spécialement dans une zone au moyen d'une note tout en l'étant de façon générale — donc sans besoin d'une note — dans une autre zone où une autre classe d'usages est autorisée. L'inclusion d'un usage dans une zone par voie de note n'implique donc aucunement son exclusion d'une autre zone où cette note ne figure pas.

[142] S'il faut plutôt comprendre du principe invoqué par la Juge en chef qu'il ne s'applique qu'à deux zones où, à l'exception de l'autorisation spéciale en question, le zonage est le même, je répondrais simplement que c'est la raison d'être de toute autorisation spéciale que de permettre exceptionnellement un usage non compris dans aucune des classes d'usages indiquées pour cette zone. Il est entendu par ailleurs, comme je l'ai mentionné, que les usages autorisés par l'indication des classes qui les comprennent le sont à l'exclusion de ceux appartenant à toute classe qui n'est pas indiquée. Cette constatation ressort clairement du texte de l'art. 4.2.2 du règlement n<sup>o</sup> 210, mais cet article n'a aucune application en l'espèce.

[143] En somme, l'argument de la Juge en chef ne permet à mon sens aucunement de conclure que l'autorisation spécifique d'exploiter des hydravions et des hydroaérodromes dans la nouvelle zone 61-RF a eu pour effet d'interdire cet usage dans une zone dont le zonage est le même sauf pour cette autorisation dérogatoire. Une telle interdiction n'est certainement pas la conséquence du recours à la note N-10; elle en est la cause même. Par conséquent, le directeur général de la municipalité de Sacré-Cœur a tout à fait raison de dire que l'autorisation spéciale accordée au lac Long en 1995 a eu entre autres effets de confirmer l'interdiction correspondante qui visait le lac Gobeil au moins depuis l'adoption du règlement de zonage en 1993.

[144] However, some might consider the note N-10 introduced by by-law No. 260 to be problematic on the basis that, contrary to what is provided for in s. 4.2.3 of zoning by-law No. 210, the use specifically authorized by this new note is not expressly included in the definition of any class of uses. But as I mentioned above, the uses set out in the definitions of the various classes in by-law No. 210 are generally given only by way of illustration as part of non-exhaustive lists, which means that the use provided for in note N-10 can certainly be “deemed to be included” in the class of “intensive” recreational uses under s. 2.2. What is really problematic here, from the standpoint of the constitutional division of powers more than of the by-law’s internal consistency, is the fact that by authorizing their operation through the effect of note N-10, the by-law applies directly to float planes and water aerodromes.

[145] The constitutionality of this note, which deals expressly with [TRANSLATION] “[r]afts, wharves or any other structures for landing or docking float planes or deplaning their passengers”, is indeed questionable if the note is considered in isolation. When the municipality added this note to the list set out following the specifications grid in 1995 and included the note in the grid in question, it appears to have crossed the line I referred to above between land use planning and the regulation of aerodromes. However, where, as here, such an action is taken by means of one or more provisions rather than of a complete set of provisions, the analysis should be taken further to determine whether a provision that appears to be invalid must be found to be valid pursuant to the ancillary powers doctrine.

[146] If the necessary connection test associated with that doctrine were applicable, note N-10 would not meet it. The municipality could very well have achieved the same result by deeming the contemplated use to be included, pursuant to the mechanism established in s. 2.2, in the one provided for in s. 2.2.4.3(5) of the by-law, namely [TRANSLATION] “marinas, boat rentals and sightseeing services”.

[144] On pourrait cependant croire qu’un indice du caractère problématique de la note N-10 qu’a introduite le règlement n° 260 est le fait que, contrairement à ce que prévoit l’art. 4.2.3 du règlement de zonage n° 210, l’usage autorisé spécialement par cette nouvelle note n’est prévu expressément dans la définition d’aucune classe d’usages. Toutefois, comme je l’ai souligné, les usages mentionnés dans la définition réglementaire des différentes classes ne sont généralement donnés qu’à titre d’exemple à l’intérieur d’une liste non exhaustive, de sorte qu’en vertu de l’art. 2.2 on peut certainement « assimiler » l’usage prévu à la note N-10 dans la classe des usages récréatifs intensifs. Ce qui est véritablement problématique ici et qui concerne davantage le partage fédératif des compétences que la cohérence interne du règlement, c’est plutôt que, du fait qu’il autorise leur exploitation par l’effet de la note N-10, le règlement vise directement les hydravions et hydroaérodromes.

[145] La constitutionnalité de cette note, qui traite expressément des « radeaux, quais, ou toutes autres structures d’amerrissage ou d’accueil des hydravions ou de leurs passagers », pourrait être mise en doute si on la considérait isolément. En effet, lorsqu’elle a ajouté cette note à la liste prévue à la suite de la grille de spécifications en 1995 et l’a inscrite à la grille en question, la municipalité semble avoir franchi le seuil que j’évoquais plus tôt et qui sépare l’aménagement du territoire de la réglementation des aérodromes. Cependant, dans les cas où, comme en l’espèce, un tel acte est posé au moyen d’une ou de plusieurs dispositions plutôt qu’au moyen d’un ensemble complet de dispositions, il convient de poursuivre l’analyse afin de vérifier si la disposition en apparence invalide doit être tenue pour valide par application de la doctrine de la compétence accessoire.

[146] Si le critère de la nécessité prévu par cette doctrine était applicable, la note N-10 ne le respecterait pas. En effet, la municipalité aurait très bien pu arriver au même résultat en assimilant, grâce au mécanisme que prévoit l’art. 2.2, l’usage envisagé à celui mentionné à l’art. 2.2.4.3(5<sup>o</sup>) du règlement, soit l’usage relatif aux « ports de plaisance, location de bateaux et services d’excursion ».

[147] However, the test to be met here is not that of a necessary connection, but only that of a functional relationship. This case involves an authorization, not a prohibition. As well, the rule relates only to the location of water aerodromes. This means that the overflow can only be minor. What must therefore be determined is whether the note N-10 mechanism has a meaningful function in the zoning by-law, and particularly in the specifications grid. The answer is yes. This mechanism gives the municipality the flexibility needed to ease the effect of certain limitations by means of a specific authorization. Given the increased flexibility made possible by the specific authorization based on note N-10, as compared with the relative inflexibility of the mechanism of classes of uses, the impugned provisions — s. 4.2(e) and (f) of by-law No. 260, and Sch. B to zoning by-law No. 210 as amended by the s. 4.2(e) and (f) in question — most certainly do have a functional relationship with the zoning by-law as a whole.

[148] Therefore, even though the opposite result should change nothing whatsoever in this case, I conclude that the note N-10 mechanism introduced into zoning by-law No. 210 of the municipality of Sacré-Cœur by by-law No. 260 and applied to the new zone 61-RF is valid as a delegated exercise of a power ancillary to the power in relation to municipal institutions.

#### B. *Review on the Issue of Applicability*

[149] The issue of applicability brings the doctrine of interjurisdictional immunity into play. The A.G.Q. submits that that doctrine does not apply where there is a double aspect, and he bases this argument on a comment made in *Lafarge*:

For the reasons we gave in *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, 2007 SCC 22, released concurrently, we agree with the approach outlined by the late Chief Justice Dickson in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18, in which he characterized the arguments for interjurisdictional immunity as not particularly compelling, and

[147] Toutefois, ce n'est pas le critère de la nécessité qui s'applique ici, mais celui de la simple fonctionnalité. En effet, il est ici question d'une permission et non d'une interdiction. De plus, la norme ne vise que l'emplacement des hydroaérodromes. Il ne peut donc s'agir que d'un débordement mineur. Par conséquent, il faut déterminer si le mécanisme de la note N-10 joue un rôle significatif à l'intérieur du règlement de zonage, et notamment de la grille de spécifications. La réponse est affirmative. Ce mécanisme accorde aux autorités municipales la souplesse dont elles ont besoin pour tempérer l'effet de certaines limitations au moyen d'une autorisation spécifique. Compte tenu de la souplesse accrue que permet l'autorisation spéciale fondée sur la note N-10 par rapport à la relative rigidité du mécanisme des classes d'usages, les dispositions contestées — soit les al. 4.2e) et f) du règlement n° 260 ainsi que l'annexe B du règlement de zonage n° 210, telle que modifiée par ces alinéas — entretiennent assurément un lien fonctionnel avec le règlement de zonage dans son ensemble.

[148] En conséquence, même si le résultat inverse ne devrait absolument rien changer à la présente affaire, j'en viens à la conclusion que le mécanisme de la note N-10 introduit dans le règlement de zonage n° 210 de la municipalité de Sacré-Cœur par le règlement n° 260 et utilisé dans la nouvelle zone 61-RF est valide en tant qu'exercice délégué d'une compétence accessoire à la compétence relative aux institutions municipales.

#### B. *Contrôle d'applicabilité*

[149] Le contrôle d'applicabilité fait intervenir la doctrine de la protection des compétences exclusives. Le P.G.Q. soutient que cette doctrine ne s'applique pas lorsqu'il y a double aspect. Il appuie cet argument sur un commentaire fait dans l'arrêt *Lafarge* :

Pour les motifs que nous avons exposés dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, rendu simultanément, nous souscrivons à la méthode énoncée par le regretté juge en chef Dickson dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 18, où il a jugé que les arguments à l'appui de la doctrine de l'exclusivité des compétences

concluded that they ran contrary to the “dominant tide” of Canadian constitutional jurisprudence. In particular, in our view, the doctrine should not be used where, as here, the legislative subject matter (waterfront development) presents a double aspect. [para. 4]

[150] Although the doctrine of interjurisdictional immunity cannot be invoked to protect a concurrent power (for example, a government at one level cannot claim exclusivity for the core of the agriculture power), it should be pointed out that where a double aspect relates to the application of an exclusive power, it does not change the exclusive nature of the power. Therefore, the fact that a rule is valid because its subject matter has a double aspect does not change the conditions that must be met for the doctrine of interjurisdictional immunity to apply. Furthermore, it can be seen that, since the issue of applicability can arise only in respect of valid rules, in practice it can arise only in relation to matters that, to some extent, have a double aspect. If the *valid* exercise of a power by a government at one level is capable of having certain effects on the exercise — whether actual or potential — of exclusive powers of the other level, this is necessarily because the government exercising its power does so in relation to a matter with a double aspect.

[151] Since *Canadian Western Bank*, it has been settled law that the doctrine of interjurisdictional immunity should, in principle, be limited to protecting cores of power that the courts have already found to require protection, at least where the protection of federal powers is concerned. In that case, Binnie and LeBel JJ. gave terminal facilities of interprovincial and international carriers as an example of these “situations already covered by precedent” (para. 77):

The appellants rely on *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] 1 S.C.R. ix, in which it was held that a neighbouring municipality could not impose its land-use development controls (and charges) on the planned expansion

n’étaient pas particulièrement convaincants, et conclu qu’ils allaient à l’encontre du « courant dominant » de la jurisprudence canadienne en matière constitutionnelle. Nous estimons tout particulièrement qu’il n’y a pas lieu d’utiliser cette doctrine lorsque, comme en l’espèce, la matière législative (l’aménagement du front de mer) présente un double aspect. [par. 4]

[150] Bien que la doctrine de la protection des compétences exclusives ne puisse être invoquée pour protéger une compétence concurrente (p. ex., un ordre de gouvernement ne saurait revendiquer l’exclusivité sur ce qui est au cœur de la compétence en matière d’agriculture), il y a lieu de rappeler que l’application du double aspect n’altère en rien le caractère exclusif d’une compétence. Par conséquent, le fait qu’une norme soit valide parce que son objet présente un double aspect ne changera rien aux conditions d’application de la doctrine de la protection des compétences exclusives. Du reste, on constatera que, comme la question de l’applicabilité ne peut se poser qu’au sujet de normes valides, cette doctrine n’est susceptible d’intervenir en pratique que relativement à une matière présentant, à un degré ou un autre, un double aspect. En effet, si l’exercice *valide* par un ordre de gouvernement de l’une ou l’autre de ses compétences peut produire certains effets sur l’exercice — réel ou potentiel — des compétences exclusives de l’autre, c’est forcément que le premier ordre a exercé sa compétence sur une matière présentant un double aspect.

[151] Depuis l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, il est établi que la doctrine de la protection des compétences exclusives ne devrait en principe servir qu’à la protection du cœur d’une compétence qui a déjà été reconnu par la jurisprudence, du moins en ce qui concerne la protection des compétences fédérales. Dans ce même arrêt, les juges Binnie et LeBel donnent, comme exemple de ces « situations déjà traitées dans la jurisprudence » (par. 77), les terminaux portuaires des transporteurs interprovinciaux et internationaux :

Les appelantes invoquent l’arrêt *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2001] 1 R.C.S. ix, dans lequel il a été décidé qu’une municipalité voisine ne pouvait appliquer ses mesures de contrôle de l’aménagement du territoire (et ses frais)

of terminal facilities at Toronto's Pearson Airport. Of course interprovincial and international carriers have a vital and essential interest in being able to land at an airport or having access to a safe harbour. Aircraft cannot remain aloft indefinitely awaiting planning permission from other levels of government. This activity does not lend itself to overlapping regulation. See *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] S.C.R. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610 (Ont. C.A.), and *Venchiarutti v. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.). [para. 54]

[152] Thus, the courts would seem to have found that the federal aeronautics power has a core requiring protection. The analysis has not always been rigorous, however. For example, although it would seem from a careful reading of *St-Louis v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1990] R.J.Q. 322 (C.A.), that the issue in that case was whether provincial provisions that appeared to fall within the exclusive federal aeronautics power were valid under the ancillary powers doctrine, the Quebec Court of Appeal's interpretation in the instant case suggests that the issue in *St-Louis* was actually whether the provisions were applicable pursuant to the doctrine of interjurisdictional immunity. This shift occurs frequently. It can be seen from *Johannesson* through to more recent cases, including *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546 (C.A.); *Construction Montcalm*; *Venchiarutti v. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.); *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; and *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.). *Re Walker and Minister of Housing for Ontario* (1983), 41 O.R. (2d) 9 (C.A.), is still among those cited in support of the position that there is a protected core of the aeronautics power even though the issue in that case was whether a provincial measure was invalid, not whether it was inapplicable. Regardless of whether this is characterized as a shift or as confusion, there is a fairly well-established line of authority according to which the exclusive federal aeronautics power does indeed have a protected core.

à l'agrandissement projeté des installations terminales de l'aéroport Pearson de Toronto. Il est évident que les transporteurs interprovinciaux et internationaux ont un intérêt vital et essentiel à pouvoir se poser dans un aéroport ou à accéder à un port sécuritaire. Les aéronefs ne peuvent rester indéfiniment en l'air dans l'attente d'une autorisation d'aménagement de la part d'autres ordres de gouvernement. Cette activité ne se prête pas à un chevauchement sur le plan de la réglementation. Voir *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] R.C.S. 292; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 66 D.L.R. (3d) 610 (C.A. Ont.); et *Venchiarutti c. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.). [para. 54]

[152] La jurisprudence tend ainsi à reconnaître un cœur protégé à la compétence fédérale sur l'aéronautique. Toutefois, l'analyse n'est pas toujours rigoureuse. Par exemple, une lecture attentive de l'arrêt *St-Louis c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1990] R.J.Q. 322 (C.A.), tend à indiquer qu'il est question dans cette décision de la validité, du point de vue de la doctrine de la compétence accessoire, de dispositions provinciales semblant plutôt relever de la compétence fédérale exclusive en matière d'aéronautique, mais l'interprétation qu'en donne la Cour d'appel du Québec dans le présent dossier suggère qu'il y était plutôt question de leur applicabilité au regard de la doctrine de la protection des compétences exclusives. Le glissement est fréquent. Il peut être observé depuis l'arrêt *Johannesson* jusqu'à des décisions plus récentes, notamment *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546 (C.A.); *Construction Montcalm*; *Venchiarutti c. Longhurst* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.); *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; et *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A.). L'affaire *Re Walker and Minister of Housing for Ontario* (1983), 41 O.R. (2d) 9 (C.A.), demeure l'une de celles qui est citée à l'appui de la thèse d'un cœur de compétence protégé en matière d'aéronautique, alors qu'il y est question de l'invalidité d'une mesure provinciale, non pas de son inapplicabilité. Or, qu'il y ait eu glissement ou confusion, il n'en demeure pas moins qu'une jurisprudence relativement bien établie reconnaît bel et bien que la compétence fédérale exclusive sur l'aéronautique possède un cœur protégé.

[153] This protected core of power applies to the design and operation of airports, but not to the construction of one (*Construction Montcalm*, at pp. 775-76). However, this jurisdiction over the design of an airport extends to construction standards like the ones found in building codes (*Greater Toronto Airports Authority*). Logically, it also extends to the location of airports.

[154] This leads to the question whether the location of aerodromes is part of the protected core of the exclusive federal aeronautics power in the same way as the location of airports. The intervenor Greater Toronto Airports Authority submits that there is no support in the case law for distinguishing aerodromes, the operation of which does not require a licence, from airports, for which, on the contrary, a licence is required. However, a constitutional basis for such a distinction of legislative origin could have been found in the fact that the federal aeronautics power is based on the national concern doctrine and that it can hardly be said that aerodromes have a national dimension. As Professor Hogg writes, *Johannesson* is “[t]he most extreme example” of a finding of encroachment. He points out that, “[w]hen one considers that the control of land use is ordinarily within property and civil rights in the province, and is always a question of vital local concern, it would surely have been wiser for the Court to treat the by-law as valid under the double-aspect doctrine” (Hogg, at p. 22-25). Nonetheless, in *Venchiarrutti*, the Ontario Court of Appeal held that a municipal zoning by-law was inapplicable to small aerodromes the operation of which did not require a licence. I therefore conclude that it is well settled in law that the definition of the core of the federal aeronautics power includes the location of aerodromes and that there is no need, for the purpose of defining the protected core of power, to distinguish the location of aerodromes from that of airports. Since *Canadian Western Bank*, however, the analysis no longer ends here.

[153] Font partie de ce cœur de compétence protégé la conception et l'exploitation des aéroports, mais non la construction de ceux-ci (*Construction Montcalm*, p. 775-776). Cette compétence sur la conception d'un aéroport s'étend toutefois aux normes de construction du type de celles énoncées dans les codes du bâtiment (*Greater Toronto Airports Authority*). Elle s'étend également, en toute logique, à l'emplacement des aéroports.

[154] On peut maintenant se demander si l'emplacement des aéroports fait partie du cœur protégé de la compétence fédérale exclusive sur l'aéronautique au même titre que l'emplacement des aéroports. L'intervenante l'Autorité aéroportuaire du Grand Toronto a soutenu que rien dans la jurisprudence n'autorise de distinction entre les aéroports, dont l'exploitation n'exige pas de permis, et les aéroports, à l'égard desquels il faut au contraire obtenir un tel permis. Cependant, cette distinction d'origine législative aurait pu trouver un ancrage constitutionnel dans le fait que la compétence fédérale sur l'aéronautique se fonde sur la théorie de la dimension nationale et qu'on peut difficilement dire que les aéroports revêtent une telle dimension. D'ailleurs, comme l'écrit le professeur Hogg, *Johannesson* est [TRADUCTION] « [l]'exemple le plus extrême » de conclusion d'empiètement. Comme il le signale, « [l]orsqu'on considère que l'aménagement du territoire est normalement inclus dans la propriété et les droits civils dans la province, et qu'il s'agit toujours d'une question d'importance vitale pour la localité, il aurait sûrement été plus sage pour la Cour de considérer le règlement comme valide en vertu de la doctrine du double aspect » (Hogg, p. 22-25). Néanmoins, dans *Venchiarrutti*, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré un règlement municipal de zonage inapplicable aux petits aéroports dont l'exploitation n'exige pas de permis. J'en conclus qu'il est suffisamment établi dans la jurisprudence que l'emplacement des aéroports fait partie de la définition du cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique et qu'il n'y a pas lieu, pour les besoins de la définition du cœur protégé de compétence, de distinguer l'emplacement des aéroports de celui des aéroports. Cependant, là ne s'arrête maintenant plus l'analyse depuis *Banque canadienne de l'Ouest*.

[155] The test that was applied in *Venchiarutti* was that of merely “affecting”, not the test of “impairing” that this Court has since introduced. The Court held in *Canadian Western Bank* that the cores of power to be protected should be limited to those that had already been found to require protection, but it added that the applicable test for new conflicts would be that of impairment of activities at the core of the exclusive power in question. Therefore, even though it is settled law that the home base of aircraft is part of the core of the federal aeronautics power, it must nevertheless be determined, when a new conflict arises as in the instant case, whether the protected activities are impaired.

[156] In the case at bar, neither the respondents nor the intervener A.G.C. nor the Court of Appeal has shown or explained how or why the application of valid municipal rules respecting land use planning to aerodromes could have the effect of impairing the activities of aviation undertakings.

[157] Counsel for the respondents merely maintained that there can be no overlap with the purpose of the aviation regulations (R.F., at para. 68). This was not a demonstration of impairment. It was incumbent on the respondents to show how applying municipal rules respecting land use planning to aerodromes has adverse consequences for the activities of aviation undertakings.

[158] As we have seen, the purpose of the doctrine of interjurisdictional immunity is to protect powers of one level of government from certain *effects* of *valid* rules adopted by a government at the other level. A government at one level can therefore affect an exclusive power of the other level for the purposes of that doctrine only indirectly, that is, through *effects* on a *matter* to which that power applies. This means that the effect of the application of a valid rule will be an “impairment” as that term is used in the context of the doctrine of interjurisdictional immunity only if it hinders or “impairs” activities that fall under the core of an exclusive power of the other level of government. But it should not be thought that such an impairment can

[155] En effet, le critère applicable dans *Venchiarutti* était la simple atteinte, et non l’entrave, que notre jurisprudence a introduit depuis. Si, dans *Banque canadienne de l’Ouest*, il a été décidé qu’il y a lieu de s’en tenir aux cœurs de compétence déjà reconnus, on y précise cependant que le critère applicable aux nouveaux conflits est l’entrave aux activités qui se trouvent au cœur de cette compétence exclusive. Par conséquent, même si la jurisprudence reconnaît que le port d’attache des aéronefs fait partie du cœur de la compétence fédérale sur l’aéronautique, il faut tout de même se demander, lorsque se présente comme en l’espèce un nouveau conflit, s’il y a ou non entrave aux activités protégées.

[156] Dans le présent pourvoi, ni les intimés, ni l’intervenant le P.G.C., ni la Cour d’appel n’ont démontré ou expliqué comment ou pourquoi l’application aux aéroports de normes municipales valides concernant l’aménagement du territoire pouvait entraver les activités des entreprises aéronautiques.

[157] Le procureur des intimés s’est contenté de soutenir que l’objet de la réglementation en matière d’aéronautique ne tolère aucun chevauchement (m.i., par. 68). Il ne s’agit pas là de la démonstration d’une entrave. Les intimés auraient dû établir en quoi l’application aux aéroports des normes municipales relatives à l’aménagement du territoire entraîne des conséquences fâcheuses sur les activités des entreprises aéronautiques.

[158] Comme nous l’avons vu, la doctrine de la protection des compétences exclusives vise à protéger les compétences d’un ordre de gouvernement contre certains *effets* de normes *valides* de l’autre ordre. Un ordre de gouvernement ne peut donc affecter la compétence exclusive d’un autre ordre au sens de la doctrine de la protection des compétences que de manière indirecte, c’est-à-dire par des *effets* sur une *matière* qui fait l’objet de la compétence exclusive de l’autre ordre. C’est donc dire que l’application d’une norme valide ne se traduira par une entrave au sens de cette doctrine que si elle gêne ou « entrave » des activités qui relèvent du cœur d’une compétence exclusive de l’autre ordre. Encore là, il faut bien se garder de croire qu’une telle entrave au

limit a government's legal capacity to validly adopt rules in the exercise of its own exclusive powers. A government can always legislate and, if the government in question is the federal government, its legislation will even be paramount in the event of a conflict. Thus, in skipping the step of analysing the real effects of the zoning by-law on *activities* of federal undertakings and in limiting her analysis to the effects of the impugned legislation on the other level's *power*, the Chief Justice effectively eliminates the impairment test. Since, under her approach, the issue is no longer whether a zoning by-law limits activities in, for example, 1 percent or 50 percent of the territory, but whether the legislation has an effect on the power, the impairment test is superfluous — a government may never impair a power of the other level. As a matter of law, the impairment has never been assessed by determining the direct legal effect on the power of the other level of government, as there can be no such effect. "Impairment" in the context of the doctrine of inter-jurisdictional immunity instead involves a rule that constrains the activities in question and, therefore, a practical effect on the power that is real, although only indirect. This is the only approach that gives meaning to the impairment concept.

[159] It can be seen from the history of the doctrine of interjurisdictional immunity that the protection from the application of valid rules adopted by a government at the other level has always been limited to activities at the core of the power being protected. In short, the protected core of a power consists of a matter, or of activities. Where a rule is found to be valid on the basis of the double aspect doctrine, the doctrine of interjurisdictional immunity will sometimes shield part of the matter having a double aspect from the application of the rule in question. Obviously, the specific lesson I would draw here from the history of the doctrine of interjurisdictional immunity does not vary depending on which of the various tests defined successively by the courts — sterilizing or paralyzing, merely affecting, or impairing — is applied. So far, however, incidental effects have always been assessed

sens de la doctrine de la protection des compétences pourrait limiter la capacité juridique d'un ordre d'établir valablement des normes dans l'exercice de sa compétence exclusive. Un gouvernement peut toujours légiférer et, s'il s'agit de l'ordre fédéral, ses lois sont même prépondérantes en cas de conflit. Par conséquent, lorsque la Juge en chef escamote l'étape de l'analyse des effets réels du règlement de zonage sur les *activités* des entreprises fédérales et se contente de vérifier les effets de la mesure législative contestée sur le *pouvoir* de légiférer de l'autre ordre, elle élimine effectivement le critère de l'entrave. En effet, étant donné que, selon son approche, il ne s'agit plus de déterminer si un règlement de zonage limite les activités, par exemple dans 1% ou 50% du territoire, mais de vérifier si la législation a un effet sur le pouvoir de légiférer, le critère de l'entrave est inutile — un ordre ne peut jamais entraver le pouvoir ou la compétence de l'autre ordre. Comme question de droit, l'entrave n'a jamais été mesurée en vérifiant l'effet juridique direct sur le pouvoir ou la compétence de l'autre ordre de gouvernement, lequel effet ne peut qu'être nul. Avec l'entrave au sens de la doctrine de la protection des compétences exclusives, il est plutôt question d'une norme qui impose des contraintes sur les activités visées et donc d'un effet pratique réel mais seulement indirect sur le pouvoir ou la compétence. Seule cette approche donne un sens à la notion d'entrave.

[159] L'histoire de la doctrine de la protection des compétences exclusives enseigne que cette « protection » ne s'est toujours appliquée qu'à des activités se situant au cœur de l'objet de la compétence qu'il s'agissait de protéger, et ce, contre l'application de normes valides de l'autre ordre de gouvernement. En somme, un cœur protégé de compétence, c'est une matière, ce sont des activités. Dans les cas où la doctrine du double aspect amènera à conclure à la validité d'une norme, celle de la protection des compétences soustraira parfois une partie de cette matière présentant un double aspect à l'application de cette même norme. L'enseignement précis que j'entends ici tirer de l'histoire de la doctrine de la protection des compétences exclusives ne varie évidemment pas avec les différents critères qu'a successivement définis la jurisprudence, soit la stérilisation ou paralysie, la simple atteinte ou l'entrave.

in relation to activities falling under the core of the power.

[160] The doctrine of interjurisdictional immunity was initially used to protect the federal powers over “works” and undertakings (*Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (P.C.)) and over federally incorporated companies (*John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.), *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (P.C.), *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260 (P.C.)). In those cases, it was asked whether the application of the provincial rule in issue was likely to interfere unduly with carrying out the federal work or the activities of the federal undertaking or company. The provision in question was held to be inapplicable if its effects on the activities proved to be sterilizing or paralyzing. At this point in the analysis, it is important to note that the same reasoning applies whether the test is “affecting”, “impairing” or “sterilizing”. In other words, the assessment always concerns the effects of the rule on the activities of an undertaking or on a given field of activity (*Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at pp. 855-56; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 955; *Canadian Western Bank*, at para. 52).

[161] Keeping clearly in mind the fact that the doctrine of interjurisdictional immunity requires an assessment of the effects of the rule in question on undertakings, works or activities that are central to the subject matter of a protected exclusive power, I find that in this case zoning by-law No. 210 of the municipality of Sacré-Cœur, as amended by by-law No. 260, does not impair activities falling under the core of the exclusive federal aeronautics power.

[162] The core of power in issue here, namely the location of aerodromes as a factual matter, coincides with a type of decision relating to personal,

Cependant, les effets incidents ont jusqu’à ce jour toujours été mesurés au regard des activités qui relevaient du cœur de la compétence.

[160] La doctrine qui nous intéresse en ce moment a d’abord servi à protéger la compétence fédérale sur des « ouvrages » et entreprises (*Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (C.P.)) et sur les sociétés constituées en vertu des lois fédérales (*John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.), *Great West Saddlery Co. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (C.P.), *Attorney-General for Manitoba c. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260 (C.P.)). On se demandait dans ces différentes affaires si l’application de la norme provinciale litigieuse était susceptible de gêner outre mesure la réalisation de l’ouvrage fédéral ou les activités de l’entreprise ou de la société fédérale. La disposition législative était jugée inapplicable dès lors que ses effets sur les activités se révélaient stérilisants ou paralysants. À cette étape de l’analyse, ce qu’il importe de noter est que le même raisonnement s’applique, que la mesure soit l’atteinte, l’entrave ou la stérilisation. C’est-à-dire que l’évaluation porte dans tous les cas sur les effets de la norme sur les activités d’une entreprise ou un champ d’activités donné (*Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 855-856; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 955; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 52).

[161] Gardant bien à l’esprit que la doctrine de la protection des compétences exclusives requiert que soient mesurés les effets d’une norme donnée sur des entreprises, travaux ou activités se situant au centre de l’objet d’une compétence exclusive protégée, j’estime qu’en l’espèce le règlement de zonage n° 210 de la municipalité de Sacré-Cœur, y compris les modifications apportées à celui-ci par le règlement n° 260, n’entrave aucunement les activités qui se situent au cœur de la compétence exclusive du fédéral sur l’aéronautique.

[162] En effet, le cœur de compétence en cause ici, soit l’emplacement des aérodromes en tant que matière factuelle, coïncide avec un type de décision

recreational small-scale aviation, or to small air transport or aerial “work” undertakings. In short, what must be considered here is whether small-scale aviation activities would be impaired by the application of the municipal by-law. The fact is that no such impairment has been shown in this case.

[163] Determining whether an impairment exists involves reviewing the conditions for engaging in the activities that correspond to the protected core of power, which in this case relates to the location of aerodromes. In this regard, small-scale aviation requires a sufficient area for the construction of an aerodrome. In assessing the sufficiency of such spaces, it should be borne in mind that recreational or “small-scale” aviation activities require less space than a commercial transport service. The type of activity involved is a fundamental factor in determining whether an impairment exists. The instant case most certainly involves “small-scale” aviation, which is also described using the terms “aerial work” or “air taxi”.

[164] I do not think it can be inferred here that the municipal by-law allows insufficient space for small-scale aviation activities. On the contrary, it has been established that the by-law does leave enough room for aviation activities. Not only have such activities been specifically authorized since 1995 on Long Lake, where the respondents ran their business for three years, but they are also authorized indirectly in at least one other zone — zone 40-REC — as a use similar to the ones listed as examples of intensive recreational uses.

[165] Impairment of activities at the core of a protected exclusive power has nothing to do with frustrating mere expectations of an individual or a business. Living in society implies taking account of the interests of all citizens. Gobeil Lake may be an ideal choice of location for an operator, but the fact is that the municipality is the local democratic institution established to ensure that citizens’ divergent interests are considered. In the context

relevant de la petite aviation personnelle récréative ou des petites entreprises de transport ou de « travail » aériens. En somme, ce qu’il faut se demander c’est si les activités de la petite aviation seraient entravées par l’application de la réglementation municipale. Or, il se trouve que cela n’a aucunement été démontré en l’espèce.

[163] Déterminer s’il y a ou non entrave implique l’examen des conditions d’exercice des activités qui correspondent au cœur de la compétence protégée, en l’occurrence l’emplacement des aérodromes. À cet égard, le fonctionnement de la petite aviation requiert une surface suffisante pour aménager un aérodrome. Dans l’évaluation du caractère suffisant de tels espaces, il convient de souligner que l’aviation de plaisance, ou la « petite » aviation, exige moins d’espace qu’un service de transport commercial. L’examen du type d’activité en cause est un facteur fondamental dans la détermination de l’existence ou non d’une entrave. Dans le cas qui nous occupe, il s’agit assurément de « petite » aviation, activité qui est d’ailleurs décrite comme du « travail aérien », du « taxi aérien ».

[164] En l’espèce, j’estime qu’on ne saurait inférer que les activités aériennes de petite envergure ne bénéficient pas d’espaces suffisants en vertu de la réglementation municipale. Au contraire, il est avéré que la réglementation municipale fait une juste place aux activités aériennes. Non seulement ces activités sont-elles spécialement autorisées au lac Long depuis 1995, où les intimés ont exploité leur entreprise pendant trois ans, mais elles sont aussi autorisées indirectement dans au moins une autre zone à titre d’usage similaire aux usages donnés comme exemples d’usages récréatifs de type intensif, soit la zone 40-REC.

[165] L’entrave aux activités se trouvant au cœur d’une compétence exclusive protégée n’a rien à voir avec le fait de contrecarrer de simples attentes d’un particulier ou d’une entreprise. La vie en société implique la prise en compte des intérêts de tous les citoyens. Le choix du lac Gobeil est peut-être idéal pour un exploitant, mais il faut se rappeler que la municipalité est l’institution de démocratie locale mise en place pour assurer la prise en considération

of co-operative federalism, the municipality's acts must be allowed to stand if they are valid from the standpoint of the constitutional division of powers, if the implementation of the resulting measures does not impair activities within the protected core of an exclusive federal power and if they do not actually conflict with a valid and applicable federal rule.

[166] I agree with the Chief Justice that small aerodromes or airstrips can be very important in an emergency. In the instant case, which involves water-based aviation, however, it is not open to question that even a lake on which there is no water aerodrome will be sufficient in an emergency. In any event, the municipal by-law authorizes and prohibits main uses, not emergency manoeuvres. It is true that a water aerodrome can facilitate emergency landings all the more if information about the facility has been published through the registration procedure. However, neither Parliament nor the federal government considers aerodromes important enough to require them to be registered. At any rate, the fact that the choice of location for an aerodrome is subject to municipal or provincial (agricultural) zoning rules does not eliminate the possibility of registering the aerodrome and having information published about it. In other words, the requirement that an aerodrome comply with municipal or agricultural zoning does not limit the possibility of its being used for emergency landings. In this respect, the respondents have raised a false issue. They have neither answered the real question nor shown what had to be shown for the by-law to be declared inapplicable.

[167] The Chief Justice asserts, without really taking into account the fact that other zones exist where similar activities are authorized and without considering the real overall impact of by-law No. 210 on the small-scale aviation industry in the municipality, that this by-law is inapplicable to any aerodrome, such as the one operated by

des intérêts divergents des citoyens. Dans le cadre d'un fédéralisme coopératif, les actes de la municipalité doivent être respectés dès lors que, du point de vue du partage fédératif des compétences, ils sont valides, que l'application des mesures en découlant n'entrave pas des activités se situant au cœur protégé d'une compétence fédérale exclusive et qu'ils n'entrent pas en conflit réel avec une norme fédérale valide et applicable.

[166] Je conviens avec la Juge en chef que les petits aérodromes ou pistes peuvent avoir une grande importance en cas d'urgence. Dans le présent dossier, où il est question d'hydraviation, il faut toutefois reconnaître que, en situation d'urgence, même un lac sur lequel aucun hydroaérodrome n'a été aménagé répond aux besoins. Quoi qu'il en soit, le règlement municipal autorise et interdit des usages principaux, non pas des manoeuvres d'urgence. Il est cependant vrai qu'un hydroaérodrome aménagé pourra d'autant plus faciliter les amerrissages d'urgence que des renseignements concernant une telle installation auront été publiés au moyen de la procédure d'enregistrement. Toutefois, ni le Parlement ni le gouvernement fédéral n'ont jugé l'importance des aérodromes suffisamment grande pour rendre obligatoire l'enregistrement de ces installations. De toute façon, que l'emplacement d'un aérodrome doive être choisi en tenant compte des normes de zonage municipales ou provinciales (en matière agricole) n'abolit en rien la possibilité de faire enregistrer cet aérodrome et publier des renseignements le concernant. Autrement dit, l'édification d'un aérodrome conformément au zonage municipal ou agricole ne limite en rien la possibilité qu'il puisse servir à des atterrissages ou amerrissages d'urgence. À cet égard, les intimés ont soulevé un faux problème. Ils n'ont pas répondu à la question en litige ni fait la démonstration requise pour obtenir une déclaration d'inapplicabilité.

[167] Sans véritablement tenir compte de la disponibilité d'autres zones où des activités similaires sont autorisées ni jamais se poser la question des effets d'ensemble réels du règlement n° 210 sur l'industrie de la petite aviation dans la municipalité, la Juge en chef affirme que la doctrine de la protection des compétences exclusives rendrait ce règlement

Ms. Lacombe and Mr. Picard, as a result of the doctrine of interjurisdictional immunity. With respect, it seems to me that she is omitting some steps of the impairment analysis and that there is no justification for her conclusion on this issue.

[168] In this appeal, it has not been shown that to apply the zoning by-law of the municipality of Sacré-Cœur in its entirety would have the effect of impairing small-scale aviation activities in this sector. The provisions in issue therefore meet the applicability test, and it is now necessary to determine whether they are operative.

### C. *Review on the Issue of Operability*

[169] In its essence, zoning by-law No. 210 of the municipality of Sacré-Cœur contains no requirement that might conflict with another requirement or an incompatible prohibition that would be at issue in this case. Rather, it limits the freedom of citizens or stakeholders to use their property or public spaces as they might wish. It is prohibitive by nature, and it conflicts with no positive requirement imposed on the respondents by the *Aeronautics Act* or the *Canadian Aviation Regulations*, which the respondents will not violate by complying with the by-law. This case therefore involves no operational conflict in the strict sense. What remains to be determined is whether there is a conflict of purposes.

[170] In *Mangat*, as I explained above, the purpose of the federal legislation — manifested in a positive right — was in conflict with the provincial legislation. In *Spraytech*, the provincial prohibition and the federal prohibition — as an exception to which a positive right had been granted — were not similar in nature, and the municipal provision could operate, that is, have effect, without conflicting with the purpose of the federal rule. In the instant case, as I stated above, we will see that the municipal by-law in issue is not incompatible with the exercise of any positive right granted in the federal legislation.

inapplicable à tout aéroport comme celui qu'exploitent M<sup>me</sup> Lacombe et M. Picard. Avec égards pour l'opinion exprimée par la Juge en chef, il me semble qu'elle passe outre à quelques étapes de l'analyse de l'entrave et que rien ne justifie sa conclusion sur cette question.

[168] Dans le présent pourvoi, il n'a pas été démontré que l'application de l'ensemble de la réglementation de zonage de la municipalité de Sacré-Cœur se traduirait par une entrave aux activités de la petite aviation dans ce secteur. Les dispositions en cause respectent donc le critère de l'applicabilité. Il convient donc maintenant de contrôler leur opérabilité.

### C. *Contrôle d'opérabilité*

[169] À la base, le règlement de zonage n° 210 de la municipalité de Sacré-Cœur n'établit aucune prescription susceptible d'entrer en conflit avec une autre prescription ou une interdiction incompatible qui serait pertinente en l'espèce. Le règlement a plutôt pour effet de limiter la liberté des citoyens ou intéressés d'user à leur guise de leur propriété ou des espaces publics. Il est par nature prohibitif, et il ne contredit aucune prescription positive imposée aux intimés par la *Loi sur l'aéronautique* ou le *Règlement canadien de l'aviation*. Les intimés peuvent se conformer au règlement municipal sans enfreindre les textes fédéraux. Il n'y a donc pas en l'espèce conflit d'application au sens strict. Il reste à déterminer s'il y a conflit d'objectifs.

[170] Comme je l'explique plus tôt, dans l'affaire *Mangat*, l'objectif poursuivi par la législation fédérale — qui s'exprimait par un droit (*right*) positif — entrant en conflit avec la législation provinciale. Dans *Spraytech*, l'interdiction provinciale et l'interdiction fédérale — par dérogation de laquelle un droit (*right*) positif était conféré — n'étaient pas de même nature. Dans cette dernière affaire, la disposition municipale pouvait opérer, c'est-à-dire produire ses effets, sans entrer en conflit avec l'objectif poursuivi par la norme fédérale. En l'espèce, nous verrons, comme je l'ai indiqué précédemment, que la législation fédérale ne confère aucun droit positif avec l'exercice duquel la réglementation municipale en cause serait incompatible.

[171] Section 4.9(e) of the *Aeronautics Act* provides that “[t]he Governor in Council may make regulations respecting aeronautics and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations respecting . . . activities at aerodromes and the location, inspection, certification, registration, licensing and operation of aerodromes”. At the relevant time, the regulations contained only one provision concerning the location of aerodromes pursuant to which a positive right to operate an aerodrome at a specific place could be granted. This was s. 302.01(1)(a) of the *Canadian Aviation Regulations*, the effect of which is that the requirements for obtaining an airport certificate issued by the Minister apply to an “aerodrome that is located within the built-up area of a city or town”. That provision is not applicable here. The same requirements apply, with some exceptions, to “a land aerodrome that is used by an air operator for the purpose of a scheduled service for the transport of passengers” (s. 302.01(1)(b)). Subject to the same exceptions, they can also be extended to any other aerodrome “in respect of which the Minister is of the opinion that meeting the requirements necessary for the issuance of an airport certificate would be in the public interest and would further the safe operation of the aerodrome” (s. 302.01(1)(c)). These requirements relate generally to safety and the public interest, not specifically to land use planning. In any event, the effect of such a certificate in relation to a valid and applicable municipal zoning by-law does not have to be determined in the case at bar, since no party has argued that one was required to operate the Gobeil Lake aerodrome and since none was produced.

[172] As for the ministerial registration procedure provided for in s. 301.03, it does not constitute an “authorization” in the administrative law sense. Registration under that provision is optional, and it authorizes no act or activity that would otherwise be prohibited. It only confers a right to have certain information about the aerodrome in question published. Moreover, registration does not depend on approval of the choice of location for the aerodrome. Rather, the Minister is required to register any aerodrome for which the operator provides the necessary information (s. 301.03(1)), except that

[171] L’alinéa 4.9e) de la *Loi sur l’aéronautique* prévoit que « [l]e gouverneur en conseil peut prendre des règlements sur l’aéronautique et notamment en ce qui concerne [. . .] les activités exercées aux aérodromes ainsi que l’emplacement, l’inspection, l’enregistrement, l’agrément et l’exploitation des aérodromes ». Or, du moins au moment des faits pertinents, une seule disposition réglementaire prise relativement à l’emplacement des aérodromes permettait de conférer un droit positif d’exploiter un aérodrome à un endroit déterminé. Il s’agit de l’al. 302.01(1)a) du *Règlement canadien de l’aviation*, qui rend applicable aux « aérodromes situés dans la zone bâtie d’une ville ou d’un village » les exigences relatives à l’obtention d’un certificat d’aéroport délivré par le ministre. Cette disposition n’a aucune application en l’espèce. Ces exigences s’appliquent aussi, sauf exceptions, « aux aérodromes terrestres utilisés par un exploitant aérien afin de fournir un service aérien régulier de transport de passagers » (al. 302.01(1)b)). Elles peuvent aussi, sauf pour les mêmes exceptions, être étendues à tout autre aérodrome « pour lequel le ministre est d’avis que le respect des exigences nécessaires à la délivrance d’un certificat d’aéroport serait dans l’intérêt public et augmenterait la sécurité quant à l’utilisation de l’aérodrome » (al. 302.01(1)c)). Or celles-ci concernent la sécurité et l’intérêt public en général, et non l’aménagement du territoire en particulier. En tout état de cause, l’effet d’un tel certificat à l’égard d’un règlement municipal de zonage valide et applicable n’a pas à être déterminé en l’espèce, puisqu’aucune partie n’a invoqué qu’un tel document était requis pour l’exploitation de l’aérodrome du lac Gobeil et qu’aucun n’a été produit.

[172] Quant à la procédure d’enregistrement par le ministre qui est prévue à l’art. 301.03, elle ne constitue en rien une autorisation au sens du droit administratif. Un tel enregistrement est facultatif. Il n’autorise aucun acte ou aucune activité qui serait autrement interdit. Il donne uniquement droit à la publication de certains renseignements relatifs à l’aérodrome en question. Au demeurant, l’enregistrement n’est aucunement accordé moyennant l’approbation de l’emplacement de l’aérodrome. En effet, le ministre est plutôt tenu d’enregistrer tout aérodrome pour lequel les renseignements exigés

the Minister “may refuse to register an aerodrome where the operator of the aerodrome does not meet the requirements of sections 301.05 to 301.09 [concerning safety] or where using the aerodrome is [otherwise] likely to be hazardous to aviation safety” (s. 301.03(2)). The location of an aerodrome has no impact on registration except as a piece of information the operator must keep up to date if it does not want to lose the benefit of publication (s. 301.03(3)). Therefore, the application of zoning by-law No. 210 does not interfere with the exercise of a positive right granted by Parliament or the federal government. An air operator certificate was also issued, and I must assess the consequences of that administrative act.

[173] The *Canadian Aviation Regulations* provide that “[n]o person shall operate an air transport service unless the person holds and complies with the provisions of an air operator certificate that authorizes the person to operate that service” (s. 700.02(1)). They also provide that a person may not, in principle, operate an airplane or helicopter to conduct certain types of aerial work “unless the person holds and complies with the provisions of an air operator certificate that authorizes the person to do so” (s. 700.02(2)).

[174] The air operator certificate held by 3845443 indicates that it was issued under subpart 2, entitled “Aerial Work”, of Part VII, which is itself entitled “Commercial Air Services”. The specific section concerned is s. 702. Section 702.08(f)(iv) provides that “[a]n air operator certificate shall contain, *inter alia*, specific conditions with respect to . . . the main base and, if applicable, sub-bases”. “Main base” is defined in s. 700.01 of the regulations as “a location at which an air operator has personnel, aircraft and facilities for the conducting of aerial work or the operation of an air transport service and that is established as the principal place of business of the air operator”. “Sub-base” is defined in that same section as “a location at which an air operator positions aircraft and personnel and from which operational control is exercised in accordance with the air operator’s operational control system”. One

ont été fournis par l’exploitant (par. 301.03(1)), à cette exception près qu’il « peut refuser d’enregistrer un aérodrome si l’exploitant ne respecte pas les exigences des articles 301.05 à 301.09 [relatifs à la sécurité] ou lorsque l’utilisation de l’aérodrome est [autrement] susceptible de constituer un danger pour la sécurité aéronautique » (par. 301.03(2)). L’emplacement de l’aérodrome n’a d’incidence sur l’enregistrement qu’à titre de renseignement que l’exploitant se doit de tenir à jour s’il ne veut pas perdre l’avantage de la publication (par. 301.03(3)). L’application du règlement de zonage n° 210 ne gêne donc l’exercice d’aucun droit conféré par le législateur ou l’administration fédérale de manière positive. Un certificat d’exploitation a aussi été délivré et il convient d’évaluer les conséquences de cet acte administratif.

[173] Le *Règlement canadien de l’aviation* prévoit qu’il « est interdit d’exploiter un service de transport aérien à moins d’être titulaire d’un certificat d’exploitation aérienne qui autorise l’exploitation d’un tel service et de se conformer à ses dispositions » (par. 700.02(1)). Il précise également que, « à moins d’être titulaire d’un certificat d’exploitation aérienne qui l’y autorise et de se conformer à ses dispositions », il est en principe interdit d’utiliser un avion ou un hélicoptère pour effectuer certains types de travail aérien (par. 700.02(2)).

[174] Comme l’indique le certificat d’exploitation aérienne dont est titulaire 3845443, ce document a été délivré en vertu de la sous-partie 2, intitulée « Opérations de travail aérien », sous-partie qui relève de la partie VII, elle-même intitulée « Services aériens commerciaux ». Il s’agit donc précisément de l’art. 702. L’article 702.08(f)(iv) prévoit que, « [l]e certificat d’exploitation aérienne contient, . . . entre autres, les conditions particulières en ce qui concerne [ . . . ] la base principale et, selon le cas, les bases secondaires ». L’article 700.01 du règlement définit ainsi le terme « base principale » : « Lieu où l’exploitant aérien a du personnel, des aéronefs et des installations pour l’exécution d’un travail aérien ou l’exploitation d’un service de transport aérien et où se trouve son principal établissement ». Quant au terme « base secondaire », il est défini à ce même article comme étant un « [e]ndroit où se

of the conditions for the issuance of an air operator certificate is that the applicant demonstrate the ability to maintain a control system that meets the *Commercial Air Service Standards* (ss. 702.07(1)(b) and (2)(e); 702.12, 703.07(1)(b) and (2)(e), 703.16, 704.07(1)(b) and (2)(f), 704.15, 705.07(1)(b) and (2)(g); 705.20). Part III of the respondents' air operator certificate indicates that Sept-Îles Lake is the main base and Gobeil Lake and Lac-à-la-Tortue are sub-bases, all these "bases" being specific conditions of operation. It might be thought that Part III of the certificate, which indicates the main base and the sub-bases, gives the respondents a positive right in the territory to which each base corresponds, but this is not the case.

[175] It is true that the air operator certificate is an authorization — that is, a public law juridical act — that is discretionary, unilateral and individual in nature and that confers on its holder a right to disregard a general prohibition. Professors Issalys and Lemieux define an authorization as a [TRANSLATION] "permission, often subject to conditions, granted by the government to a natural or legal person, to perform an act or engage in an activity that would otherwise be unlawful" (P. Issalys and D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (3rd ed. 2009), at p. 916 (emphasis omitted)). However, not everything stated in a document evidencing an authorization necessarily indicates that there is a corresponding right.

[176] An authorization includes the conditions for performing the act or engaging in the activities it authorizes. Those conditions do not in themselves constitute positive rights, and their fulfilment may depend on legal rules other than the one pursuant to which the authorization is granted. Moreover, many authorizations are subject to an obligation to provide information and keep it up to date, but the fact that the information is set out in the document evidencing the authorization should not be taken to

trouvent des aéronefs et du personnel d'un exploitant aérien et à partir duquel le contrôle d'exploitation est effectué conformément au système de contrôle d'exploitation de l'exploitant aérien ». La démonstration par le demandeur de certificat d'exploitation de sa capacité à maintenir un système de contrôle qui soit conforme aux *Normes de service aérien commercial* est une des conditions de délivrance d'un certificat d'exploitation aérienne (art. 702.07(1)(b) et (2)(e); 702.12, 703.07(1)(b) et (2)(e), 703.16, 704.07(1)(b) et (2)(f), 704.15, 705.07(1)(b) et (2)(g); 705.20). La partie III du certificat d'exploitation des intimés indique le lac Sept-Îles comme base principale ainsi que le lac Gobeil et le Lac-à-la-Tortue comme bases secondaires, toutes ces « bases » constituant autant de conditions particulières d'exploitation. On pourrait croire que la partie III du certificat, qui indique les bases principales et secondaires, confère aux intimés un droit positif sur le territoire auquel chacune de ces bases correspond. Or il n'en est rien.

[175] Le certificat d'exploitation aérienne est certes une autorisation, à savoir un acte juridique de droit public, qui possède un caractère discrétionnaire, unilatéral et individuel et confère à son titulaire le droit de déroger à une interdiction générale. Les professeurs Issalys et Lemieux définissent l'autorisation comme une « permission, souvent assortie de conditions, donnée par l'administration à une personne physique ou morale, d'accomplir un acte ou d'exercer une activité qui serait sans cela illécite » (P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (3<sup>e</sup> éd. 2009), p. 916 (caractères gras omis)). Cependant, tout ce qui est énoncé dans le document constatant une autorisation n'atteste pas pour autant en soi l'existence d'un droit correspondant.

[176] L'autorisation comprend les conditions d'exercice de l'acte ou des activités qu'elle a pour but de permettre. Ces conditions ne constituent pas en elles-mêmes des droits positifs et leur réalisation peut dépendre de normes juridiques autres que celle en vertu de laquelle l'autorisation est accordée. Qui plus est, de nombreuses autorisations sont assorties de l'obligation de fournir et de tenir à jour certains renseignements dont la mention sur le document constatant l'autorisation ne doit pas

attest to the existence of a right. A driver's licence, for example, normally includes a physical description of its holder, states the holder's address and specifies whether the holder has to wear corrective lenses while driving, but this does not mean it confers an individualized right to have a certain physical appearance, live at a certain address or wear glasses or contact lenses. In other words, the fact that a driver's licence states that the holder has blue eyes does not mean it authorizes the holder to have blue eyes.

[177] Parts I and II of the certificate issued in the instant case authorize the respondents to operate certain types of aircraft in order to provide commercial aviation services — inspection and surveillance, photography and sightseeing — subject to certain conditions, one of which is that the flights must be domestic, that is, “between points in Canada”. This is the purpose of the authorization.

[178] As for Part III, which concerns the bases, it expressly states that it “does not authorize aircraft operations”. The only purpose of this part is to state that the holder of the certificate must operate its business, have its principal place of business and control its own operations at the places it has itself indicated. Moreover, s. 702.09(i)(i), which applies to the respondents' certificate, provides that one of the general conditions that must be set out in the certificate is that the air operator must notify the Minister within 10 working days after “changing its legal name, its trade name, its main base, a sub-base or its managerial personnel”. In accordance with this provision, 3845443's certificate includes such an obligation among the general conditions it imposes, as condition (i) (A.R., vol. III, at p. 137).

[179] It is therefore clear from the regulations that the sole purpose of the requirements that the bases of operations be indicated and that this information be kept up to date is to keep the records up to date

être considérée comme l'attestation d'un droit. Un permis de conduire, par exemple, contient normalement une description physique de son titulaire, indique l'adresse de ce dernier et précise s'il doit porter des lentilles correctrices lorsqu'il conduit, mais ne confère pas pour autant quelque droit individualisé d'avoir une certaine apparence physique, d'habiter à une adresse donnée ou de porter des lunettes ou des lentilles cornéennes. En d'autres mots, ce n'est pas parce qu'un permis de conduire indique que le titulaire a les yeux bleus qu'il s'agit d'une autorisation d'avoir les yeux bleus.

[177] Les parties I et II du certificat délivré en l'espèce autorisent l'exploitation de certains types d'aéronefs afin d'offrir des services aériens commerciaux — inspection et surveillance, photographie et excursion —, et ce, à certaines conditions, dont celle de s'en tenir à des vols intérieurs, « entre points au Canada ». C'est là le but de l'autorisation.

[178] Quant à la partie III, qui concerne les « bases », il y est mentionné expressément qu'elle « n'autorise pas les opérations d'aéronefs ». Cette partie a plutôt uniquement pour but de prévoir que le titulaire du certificat devra exploiter son entreprise, avoir son établissement principal et effectuer l'autocontrôle de son exploitation aux lieux qu'il a lui-même indiqués. Du reste, l'art. 702.09i(i), qui s'applique au certificat des intimés, dispose que ce dernier certificat doit préciser, entre autres conditions générales, l'obligation qu'a l'exploitant aérien d'informer le ministre, dans les 10 jours ouvrables, après « avoir apporté tout changement à sa dénomination sociale, à son nom commercial, à sa base principale, à ses bases secondaires ou à son personnel de gestion ». Conformément à cette disposition, le certificat de 3845443 comporte une telle obligation parmi les conditions générales qu'il impose, en l'occurrence la condition générale (i) (d.a., vol. III, p. 137).

[179] Il ressort donc clairement de la lecture du règlement que l'indication obligatoire des bases d'activités et celle de tenir à jour ces informations ne vise qu'à tenir à jour les registres et à permettre

and enable inspectors to do their work, that is, to go to the right places to carry out safety inspections. This has nothing to do with reviewing the appropriateness of the choice of location. Rather than the exercise of a regulatory power over land use planning, it merely represents an obligation to provide information ancillary to the exercise of a power to monitor safety. The certificate's holder may, subject to the provisions relating to safety, change its bases as it wishes, and such a change is not subject to review; all the holder must do is inform the Minister of it.

[180] It is therefore clear that Part III of the respondents' air operator certificate grants no positive right to operate aircraft or an aerial work undertaking in a given territory. The choice of bases is not reviewed and approved by the Minister. Unlike with the certification requirement under s. 302.01(1)(a) for aerodromes located in built-up areas, the authorization system of Part VII of the *Canadian Aviation Regulations* is designed not as a [TRANSLATION] "space management technique", but rather as a "public protection technique", to borrow concepts developed by Professors Issalys and Lemieux (pp. 923-26 and 928-30).

[181] In short, on the issue of the operability of zoning by-law No. 210, it is my opinion that compliance with that by-law cannot frustrate a purpose being pursued by Parliament through the *Aeronautics Act* or the *Canadian Aviation Regulations* any more than it can result in non-compliance with either of them. The by-law's application does not interfere with the exercise of any positive right granted by the Act or the Regulations to 3845443, which, under federal law, has only the freedom to operate an aerodrome, unless a prohibition applies. Since there is no conflict in the case at bar between the *Aeronautics Act*, the *Canadian Aviation Regulations* and 3845443's air operator certificate, on the one hand, and the *Act respecting land use planning and development* and zoning by-law No. 210, as amended by by-law No. 260, on the other, the paramountcy of the Act, the Regulations and the air operator certificate cannot be relied on.

aux inspecteurs de faire leur travail, c'est-à-dire se rendre au bon endroit pour y faire les inspections de sécurité. Il n'y a ici aucune espèce de contrôle de l'opportunité du choix d'emplacement. Il ne s'agit aucunement de l'exercice d'un pouvoir réglementaire d'aménagement du territoire, mais plutôt simplement d'une obligation d'information accessoire à l'exercice d'un pouvoir de contrôle de sécurité. Le titulaire du certificat peut, sous réserve des dispositions concernant la sécurité, changer ses bases à son gré, sans être assujéti au contrôle de ce changement; il doit seulement en informer le ministre.

[180] Il est donc clair que la partie III du certificat d'exploitation aérienne des intimés ne confère aucun droit positif d'exploiter des aéronefs ou une entreprise de travail aérien sur un territoire donné. Le choix des bases n'est pas soumis à l'examen et à l'approbation du ministre. À la différence de l'exigence de certification prévue à l'art. 302.01(1)(a) pour les aérodromes situés dans une zone bâtie, la partie VII du *Règlement canadien de l'aviation* ne constitue pas un régime d'autorisation comme « technique d'aménagement de l'espace », mais bien comme « technique de protection du public », pour emprunter certaines notions exprimées par les professeurs Issalys et Lemieux (p. 923-926 et 928-930).

[181] En somme, relativement à la question de l'opérabilité du règlement de zonage n° 210, j'estime que le fait de se conformer à celui-ci n'a pas davantage pour effet d'entraver la réalisation d'un objectif poursuivi par le Parlement au moyen de la *Loi sur l'aéronautique* ou du *Règlement canadien de l'aviation* que d'entraîner l'inobservation de l'un ou l'autre de ces textes. L'application du premier ne gêne l'exercice d'aucun droit que les seconds attribueraient de façon positive à 3845443, laquelle ne dispose en vertu du droit fédéral, à défaut d'interdiction, que de la liberté d'exploiter un aérodrome. Comme il n'existe en l'espèce aucun conflit entre, d'une part, la *Loi sur l'aéronautique*, le *Règlement canadien de l'aviation* et le certificat d'exploitation aérienne dont est titulaire 3845443 et, d'autre part, la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* et le règlement de zonage n° 210 tel que modifié par le règlement n° 260, la prépondérance des premiers ne saurait en conséquence être invoquée.

## V. Conclusion

[182] My conclusion is therefore diametrically opposed to that of the Chief Justice. There are two main reasons for our difference of opinion.

[183] The first flows from my reading of the municipal by-law. My understanding of it is that aviation activities are validly authorized in certain zones and that the adoption of by-law No. 260 did not change the rules applicable outside the new zone it created. The fact that aviation activities may have been engaged in on Gobeil Lake prior to 1995 confers no right on the respondents. Indeed, those activities are what triggered the process that led to the adoption of by-law No. 260 to ensure, *inter alia*, that the interests of vacationers on Gobeil Lake could be protected. The 1995 amendment also provided special accommodation for aviation activities on Long Lake, which I consider to constitute a minor functional overflow of jurisdiction, and therefore to be valid. Since I found the by-law in issue to be valid, I then had to determine whether it was applicable, and since I found that it was also applicable, I then had, finally, to determine whether it was operative. I identified no problem whatsoever in this last enquiry, either.

[184] The second reason for our difference of opinion is more fundamental and is not strictly limited to the facts of this case. I see in the Chief Justice's reasons both in this case and in *COPA* a modification of the doctrine of interjurisdictional immunity, a questioning of the double aspect and ancillary powers doctrines and an invitation to apply the doctrine of paramountcy in cases that do not involve conflict, despite the fact that all these doctrines were reviewed only a few years ago. This has an impact on legal certainty. All these changes point in the same direction, that of a more dualistic or even a more centralized form of federalism. This approach opens the door to predation upon provincial jurisdiction. It disproves Professor Hogg's assertion that the main lines of the Privy Council's constitutional interpretations are probably irreversible (Hogg, at pp. 5-18 and 5-19). It also undermines

## V. Conclusion

[182] J'arrive donc à une conclusion diamétralement opposée à celle de la Juge en chef. Notre divergence d'opinions a deux grands fondements.

[183] Le premier réside dans mon interprétation du règlement municipal. J'y lis que les activités aériennes sont validement autorisées dans certaines zones et que l'adoption du règlement n° 260 n'a rien changé aux normes qui s'appliquaient hors de la nouvelle zone qu'il créait. Le fait que des activités aériennes aient pu être exercées au lac Gobeil avant 1995 n'est pas source de droit en faveur des intimés. Ces activités ont d'ailleurs déclenché le processus d'adoption du règlement n° 260 afin, notamment, que les intérêts des villégiateurs du lac Gobeil puissent être protégés. L'autre dimension de la modification de 1995 consistait à accommoder spécialement les activités aériennes sur le lac Long, ce que j'estime avoir représenté un débordement constitutionnel mineur et fonctionnel, donc valide. Ma lecture de la réglementation en cause allant dans le sens de sa validité, j'ai donc pour ma part été appelée à en contrôler l'applicabilité, puis, répondant de manière positive à cette question également, j'ai dû enfin effectuer un contrôle d'opérabilité qui n'a pas davantage permis de déceler quelque problème que ce soit.

[184] Le second fondement de notre divergence d'opinions se situe à un niveau plus fondamental, dont la portée dépasse le strict cadre des faits de la présente affaire. Je vois dans les motifs de la Juge en chef dans le présent dossier et dans l'affaire *COPA* une modification de la doctrine de la protection des compétences exclusives, une remise en question des doctrines du double aspect et de la compétence accessoire ainsi qu'une invitation à l'application de la doctrine de la prépondérance en l'absence de tout conflit, alors même que toutes ces doctrines ont été revues il y a quelques années seulement. La sécurité du droit s'en trouve affectée. De plus, tout ceci pointe dans une seule direction, un fédéralisme davantage dualiste, voire plus centralisé. Cette démarche ouvre la porte à la prédation des compétences provinciales. Elle dément l'affirmation du professeur Hogg qui soutient que

Dickson C.J.'s constitutional legacy of co-operative federalism. In my opinion, such a change is in no way necessary, and is even less desirable.

[185] There is something fundamentally incoherent in the interpretation of the rules of our federalist system if a municipality is unable to establish reasonable limits to ensure that uses of its territory are compatible with one another where no activities falling under the core of a protected federal power are actually impaired and there is no inconsistency with federal legislation. Whether in the case of a pilot training school that is authorized to operate in an urban environment (more than 500 aircraft movements a day) or in one involving low-level float plane takeoffs over a public beach, the governments that are closest to citizens and have jurisdiction over land use planning should have reasonable latitude to act where the central government fails to do so or proves to be indifferent. They have such latitude as a result, *inter alia*, of the narrower test for protection, that of impairment. In my view, not to consider the practical effect of the legislation in determining whether the activities have been impaired for the purposes of the doctrine of inter-jurisdictional immunity will have long-term negative consequences.

[186] In the case at bar, it seems to me that to ensure the safety of vacationers on one lake while at the same time giving float planes access to another lake is a perfectly reasonable solution that is consistent with our law. This compromise is but one example, at the local level, of the results of a conception of Canadian federalism in which the stress is on co-operation rather than confrontation.

[187] For these reasons, I would allow the appeal and restore the Superior Court's judgment.

les grandes orientations constitutionnelles données par le Conseil privé sont probablement irréversibles (Hogg, p. 5-18 et 5-19). Elle mine aussi l'héritage constitutionnel du juge en chef Dickson, lequel est fondé sur le fédéralisme coopératif. À mon avis, une telle évolution n'est aucunement requise et encore moins souhaitable.

[185] En effet, il y a quelque chose de fondamentalement incohérent dans l'interprétation des règles de notre fédéralisme si, en l'absence de toute entrave véritable à des activités relevant au cœur d'une compétence fédérale protégée ou en l'absence de mesure législative fédérale incompatible, une municipalité ne peut prescrire des limites raisonnables pour faire en sorte que les usagers du territoire s'adonnent à des usages compatibles les uns avec les autres. Qu'il s'agisse de cas où des écoles de pilotage sont autorisées à exploiter leur entreprise en milieu urbain (plus de 500 mouvements d'aéronefs par jour) ou du décollage d'hydravions en rase-mottes au-dessus d'une plage publique, les gouvernements qui sont le plus près des citoyens et qui sont compétents en matière d'aménagement du territoire doivent disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour intervenir en cas d'inaction ou d'indifférence du gouvernement central. Cette marge de manœuvre leur est fournie, entre autres, par le critère de protection atténué qu'est l'entrave. Éliminer la considération de l'effet pratique de la mesure législative concernée pour déterminer s'il y a entrave aux activités au sens de la doctrine de la protection des compétences a, à mon avis, des conséquences néfastes à long terme.

[186] En l'espèce, que des villégiateurs puissent en toute sécurité profiter d'un lac alors que les hydravions se voient autoriser l'accès à un autre lac me paraît une solution tout à fait logique et conforme à notre droit. Un tel compromis ne constitue qu'un exemple, au niveau local, des résultats auxquels mène une conception du fédéralisme canadien qui met l'accent sur la coopération plutôt que sur la confrontation.

[187] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure.

*Appeal dismissed with costs, DESCHAMPS J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondents Anabelle Lacombe, Jacques Picard and 3845443 Canada Inc.: Lavery, de Billy, Montréal.*

*Solicitors for the respondent the Canadian Owners and Pilots Association: Pateras & Iezzoni, Montréal.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Greater Toronto Airports Authority: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge DESCHAMPS est dissidente.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Procureurs des intimés Anabelle Lacombe, Jacques Picard et 3845443 Canada Inc. : Lavery, de Billy, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée Canadian Owners and Pilots Association : Pateras & Iezzoni, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante l'Autorité aéroportuaire du Grand Toronto : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

**Attorney General of Quebec** *Appellant*

v.

**Canadian Owners and Pilots Association** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Pierre Lortie, judge of the Court of Québec, Commission de protection du territoire agricole du Québec, Administrative Tribunal of Québec (Territory and Environment Division), City of Shawinigan, William Barber, Louise Barber, Rusty Barber, Louise Sokolik, Michel Sokolik, Berthe Ducasse, Jocelyne Galardo, Chantale Trépanier, Bruce Shoor and Greater Toronto Airports Authority** *Interveners*

**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADIAN OWNERS AND PILOTS ASSOCIATION**

**2010 SCC 39**

File No.: 32604.

2009: October 14; 2010: October 15.

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

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

*Constitutional law — Division of powers — Interjurisdictional immunity — Federal power over aeronautics — Provincial legislation prohibiting land use in designated agricultural region for any purpose other than agriculture without prior authorization — Aerodrome built on agricultural land without authorization — Whether legislation intra vires province — If so, whether legislation constitutionally inapplicable to the extent it prohibits aerodromes in agricultural zones — An Act respecting*

**Procureur général du Québec** *Appelant*

c.

**Canadian Owners and Pilots Association** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, Pierre Lortie, juge de la Cour du Québec, Commission de protection du territoire agricole du Québec, Tribunal administratif du Québec (Section du territoire et de l'environnement), Ville de Shawinigan, William Barber, Louise Barber, Rusty Barber, Louise Sokolik, Michel Sokolik, Berthe Ducasse, Jocelyne Galardo, Chantale Trépanier, Bruce Shoor et Autorité aéroportuaire du Grand Toronto** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADIAN OWNERS AND PILOTS ASSOCIATION**

**2010 CSC 39**

N° du greffe : 32604.

2009 : 14 octobre; 2010 : 15 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Exclusivité des compétences — Compétence fédérale en matière d'aéronautique — Loi provinciale interdisant l'utilisation non autorisée, dans une région agricole désignée, d'un lot à une fin autre que l'agriculture — Aérodrome construit sur une terre agricole sans autorisation préalable — La loi provinciale est-elle valide? — Si oui, est-elle constitutionnellement inapplicable dans la mesure où elle interdit les aérodromes dans les régions*

*the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1, s. 26 — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(13), (16), 95.*

*Constitutional law — Division of powers — Federal paramountcy — Federal power over aeronautics — Provincial legislation prohibiting land use in designated agricultural region for any purpose other than agriculture without prior authorization — Aerodrome built on agricultural land without authorization — Whether doctrine of federal paramountcy can be invoked — An Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1, s. 26 — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(13), (16), 95.*

L and G built an aerodrome, which is registered under the federal *Aeronautics Act*, on their land zoned as agricultural in the province of Quebec. Section 26 of the Quebec *Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities* (“ARPALAA”) prohibits the use of lots in a designated agricultural region for any purpose other than agriculture, subject to prior authorization by the Commission de protection du territoire agricole du Québec. Since L and G did not obtain the Commission’s permission prior to constructing the aerodrome, the Commission ordered them to return their land to its original state pursuant to s. 14 ARPALAA. L and G challenged the Commission’s decision on the ground that aeronautics is within federal jurisdiction. The Administrative Tribunal of Québec, the Court of Québec and the Superior Court all upheld the decision, but the Court of Appeal found that inter-jurisdictional immunity precluded the Commission from ordering the dismantling of the aerodrome.

*Held* (LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Section 26 ARPALAA is valid provincial legislation. When both its purpose and effect are considered, s. 26 is, in pith and substance, legislation about land use planning and agriculture. This matter falls within provincial jurisdiction under s. 92(13) (property and civil rights), s. 92(16) (matters of a merely local or private nature), or s. 95 (agriculture) of the *Constitution Act, 1867*.

By virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity, s. 26 ARPALAA, while valid, is inapplicable to the extent that it impacts the federal power over aeronautics, which is supported by the federal general power to make laws for the peace, order, and good government of Canada in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The

*agricoles? — Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., ch. P-41.1, art. 26 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(13), (16), 95.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Prépondérance fédérale — Compétence fédérale en matière d’aéronautique — Loi provinciale interdisant l’utilisation non autorisée, dans une région agricole désignée, d’un lot à une fin autre que l’agriculture — Aérodrome construit sur une terre agricole sans autorisation préalable — La doctrine de la prépondérance fédérale peut-elle être invoquée? — Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., ch. P-41.1, art. 26 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(13), (16), 95.*

L et G ont construit, sur une terre désignée zone agricole dans la province de Québec, un aérodrome enregistré en vertu de la *Loi sur l’aéronautique* fédérale. L’article 26 de la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles* (« LPTAA ») du Québec interdit l’utilisation, dans une région agricole désignée, d’un lot à une fin autre que l’agriculture sans l’autorisation préalable de la Commission de protection du territoire agricole du Québec. L et G n’ayant pas obtenu son autorisation avant de construire l’aérodrome, la Commission leur a ordonné, aux termes de l’art. 14 de la LPTAA, de remettre leur lot dans son état antérieur. L et G ont contesté la décision de la Commission au motif que l’aéronautique est de compétence fédérale. Le Tribunal administratif du Québec, la Cour du Québec et la Cour supérieure ont confirmé la décision, mais la Cour d’appel du Québec a statué que l’exclusivité des compétences empêchait la Commission d’ordonner le démantèlement de l’aérodrome.

*Arrêt* (les juges LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : L’article 26 de la LPTAA est une disposition provinciale valide. Compte tenu de son objectif et de son effet, l’art. 26 est, de par son caractère véritable, une mesure législative relative à l’aménagement du territoire et à l’agriculture. Cette matière relève de la compétence provinciale prévue au par. 92(13) (propriété et droits civils), au par. 92(16) (matières de nature purement locale ou privée), ou à l’art. 95 (agriculture) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La doctrine de l’exclusivité des compétences fait en sorte que l’art. 26 de la LPTAA, bien que valide, est inapplicable dans la mesure où il a une incidence sur la compétence en matière d’aéronautique reconnue au gouvernement fédéral en vertu de son pouvoir général de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement

federal aeronautics jurisdiction encompasses not only the regulation of the operation of aircraft and airports, but also the power to determine the location of airports and aerodromes. This power is an essential and indivisible part of aeronautics and, as such, lies within the protected core of the federal aeronautics power. Since s. 26 purports to limit where aerodromes can be located, it follows that it trenches on the core of the federal aeronautics power. However, in an era of cooperative, flexible federalism, the application of the doctrine of interjurisdictional immunity requires a significant or serious intrusion on the exercise of the federal power. The test is whether the provincial law impairs the federal exercise of the core competence. Here, in prohibiting the building of aerodromes on designated agricultural land unless prior authorization has been obtained from the Commission, s. 26 may prevent the establishment of new aerodromes or require the demolition of existing ones. The *ARPALAA* effectively removes the total area of the designated agricultural regions from the territory that Parliament may designate for aeronautical uses. This is not an insignificant amount of land, and much of it is strategically located. Although s. 26 does not sterilize Parliament's power to legislate on aeronautics — the doctrine of paramountcy would permit Parliament to legislatively override provincial zoning legislation for the purpose of establishing aerodromes —, it nevertheless seriously affects the manner in which the power can be exercised. If s. 26 applied, it would force the federal Parliament to choose between accepting that the province can forbid the placement of aerodromes on the one hand, or specifically legislating to override the provincial law on the other hand. This would seriously impair the federal power over aviation, effectively forcing the federal Parliament to adopt a different and more burdensome scheme for establishing aerodromes than it has in fact chosen to do.

The doctrine of federal paramountcy would not apply in this case. Paramountcy may flow either from the impossibility of complying with both federal and provincial laws or from the frustration of a federal purpose. Here, there is no operational conflict, since the federal legislation did not require the construction of an aerodrome and it is possible to comply with both the provincial and federal legislation by demolishing the aerodrome. There is also no evidence establishing that a federal purpose regarding the location of aerodromes is frustrated by the provincial legislation. The federal regulations provide that the Minister responsible may

du Canada prévu à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence fédérale en matière d'aéronautique comprend non seulement la réglementation de l'exploitation des aéronefs et des aéroports, mais également le pouvoir de déterminer l'emplacement des aéroports et des aérodromes. Ce pouvoir constitue un élément essentiel et indivisible de l'aéronautique et permet ainsi l'exercice d'une activité protégée relevant du cœur de la compétence fédérale en matière d'aéronautique. Comme l'article 26 vise à limiter les endroits où des aérodromes peuvent être construits, il empiète sur le cœur de la compétence fédérale en matière d'aéronautique. Toutefois, dans cette époque de fédéralisme coopératif souple, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences exige un empiètement important ou grave sur l'exercice de la compétence fédérale. Le critère consiste à savoir si la loi provinciale entrave l'exercice, par le fédéral, d'une activité relevant du cœur de sa compétence. En l'espèce, en interdisant la construction d'aérodromes dans des régions agricoles désignées sans l'autorisation préalable de la Commission, l'art. 26 peut empêcher la construction d'un nouvel aérodrome ou exiger la démolition d'un aérodrome déjà construit. La *LPTAA* soustrait effectivement du territoire que le Parlement peut désigner pour les besoins de l'aéronautique la superficie totale des régions agricoles désignées. Il ne s'agit pas là d'une superficie de terrain insignifiante et la majeure partie de ce terrain est stratégiquement située. Même si l'art. 26 ne stérilise pas le pouvoir du Parlement de légiférer en matière d'aéronautique, — la doctrine de la prépondérance permettrait au Parlement d'écarter par voie législative la législation provinciale sur le zonage dans le but de construire des aérodromes — il a tout de même des conséquences graves sur la façon dont la compétence peut être exercée. S'il était applicable, l'art. 26 obligerait le Parlement à choisir entre accepter que la province puisse interdire l'aménagement d'aérodromes, ou légiférer expressément de manière à écarter la loi provinciale. Cela entraverait sérieusement l'exercice de la compétence fédérale en matière d'aviation et forcerait effectivement le Parlement à adopter, pour la construction des aérodromes, un cadre différent et plus contraignant que celui qu'il a choisi d'adopter.

La doctrine de la prépondérance fédérale ne s'appliquerait pas en l'espèce. La prépondérance peut s'appliquer s'il est impossible pour une personne de se conformer à la fois à la loi fédérale et à la loi provinciale, ou si la réalisation de l'objet d'une loi fédérale est entravée. Il n'est pas question en l'espèce d'un conflit d'application puisque la loi fédérale n'a pas exigé la construction d'un aérodrome et qu'il est possible de se conformer tant à la loi provinciale qu'à la loi fédérale en démolissant l'aérodrome. Également, la preuve n'établit pas que la loi provinciale entrave un objectif fédéral relatif à l'emplacement des aérodromes. Le règlement fédéral permet au

determine that the location of each registered aerodrome is in the public interest, but they do not disclose any federal purpose with respect to the location of aerodromes.

*Per LeBel J. (dissenting):* The power to determine the locations of airports and aerodromes is not engaged here in a way that would be inconsistent with the doctrine of interjurisdictional immunity. The building of a landing strip at a location of a company's choosing and the administrative registration of an aerodrome cannot be considered acts or rights that fall within the core of the federal aeronautics power.

*Per Deschamps J. (dissenting):* Section 26 of the *ARPALAA* is constitutionally applicable to aerodromes. The evidence as a whole does not show that the application of the provincial agricultural zoning rules would have the effect of impairing activities that fall within the core of the exclusive federal aeronautics power. The area of the space on which the construction of an aerodrome is or may be authorized is sufficient in relation to the entire territory of Quebec and, what is more, there are major small-scale aviation centres outside the protected agricultural zones. Furthermore, the record contains no evidence that the Commission's practices have the effect of prohibiting the establishment of aerodromes on all agricultural land in Quebec or of impairing the operation of such facilities. Finally, there is no actual conflict with a federal rule that would render s. 26 *ARPALAA* inoperative, as the registration of the aerodrome creates no positive right with which the provincial legislation would be incompatible.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; **distinguished:** *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; **considered:** *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; **referred to:**

ministre responsable de décider que l'emplacement de chaque aérodrome enregistré est dans l'intérêt public, mais il n'y est question d'aucun objectif fédéral en ce qui concerne l'emplacement des aérodromes.

*Le juge LeBel (dissent) :* Le pouvoir de déterminer l'endroit où seront établis les aéroports et les aérodromes n'est pas ici mis en cause d'une façon qui violerait la doctrine de la protection des compétences. L'implantation par une entreprise d'une piste d'atterrissage à un endroit choisi à son gré, ainsi que l'inscription d'un aérodrome dans un registre administratif, ne peuvent être considérés comme des actes ou des droits situés au cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique.

*La juge Deschamps (dissidente) :* L'article 26 de la *LPTAA* est constitutionnellement applicable aux aérodromes. L'ensemble du dossier ne démontre pas que l'application des normes provinciales de zonage agricole aurait pour effet d'entraver les activités qui se situent au cœur de la compétence fédérale exclusive sur l'aéronautique. La surface sur laquelle l'aménagement d'un aérodrome est ou peut être autorisé par rapport à l'ensemble du territoire du Québec est suffisante, et il existe d'ailleurs d'importants centres de petite aviation en dehors des zones agricoles protégées. Le dossier ne contient par ailleurs aucun élément de preuve démontrant que les pratiques de la Commission ont pour effet d'interdire l'établissement d'aérodromes sur l'ensemble du territoire agricole du Québec ou d'entraver les activités de telles installations. Enfin, il y a absence de tout conflit réel avec une norme fédérale qui rendrait l'art. 26 *LPTAA* inopérant, car l'enregistrement de l'aérodrome ne confère aucun droit positif avec l'exercice duquel la législation provinciale serait incompatible.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués :** *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; **distinction d'avec les arrêts :** *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; **arrêt examiné :** *Colombie-Britannique (Procureur*

*Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *St-Louis v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1990] R.J.Q. 322; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 33; *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*, [1930] S.C.R. 531; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, leave to appeal refused, [2001] 1 S.C.R. ix; *Comox Strathcona (Regional District) v. Hansen*, 2005 BCSC 220, [2005] 7 W.W.R. 249; *Venchiarutti v. Longhurst* (1989), 69 O.R. (2d) 19, aff'd (1992), 8 O.R. (3d) 422; *Re The Queen in Right of British Columbia and Van Gool* (1987), 36 D.L.R. (4th) 481; *Lacombe v. Sacré-Cœur (Municipalité de)*, 2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121.

By Deschamps J. (dissenting)

*Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1, ss. 1.1, 3, 14, 22, 26, 80, 90, Schedule A.

*Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, s. 4.9(e).

*Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433, ss. 301.03(1), 301.05 to 301.09, 302.01(1).

*Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19.

*général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; **arrêts mentionnés** : *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *St-Louis c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1990] R.J.Q. 322; *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 33; *Consolidated Distilleries Ltd. c. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*, [1930] R.C.S. 531; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba c. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641, autorisation d'appel refusée, [2001] 1 R.C.S. ix; *Comox Strathcona (Regional District) c. Hansen*, 2005 BCSC 220, [2005] 7 W.W.R. 249; *Venchiarutti c. Longhurst* (1989), 69 O.R. (2d) 19, conf. par (1992), 8 O.R. (3d) 422; *Re The Queen in Right of British Columbia and Van Gool* (1987), 36 D.L.R. (4th) 481; *Lacombe c. Sacré-Cœur (Municipalité de)*, 2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Commission du Salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

*Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453.

#### Lois et règlements cités

*Code municipal du Québec*, L.R.Q., ch. C-27.1.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92, 95.

*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2, art. 4.9e).

*Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., ch. P-41.1, art. 1.1, 3, 14, 22, 26, 80, 90, annexe A.

*Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19.

*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92, 95.  
*Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1.

#### Authors Cited

Abel, Albert S. “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.  
Mundell, D. W. “Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin” (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Brossard, Thibault and Vézina JJ.A.), 2008 QCCA 427, 48 M.P.L.R. (4th) 26, [2008] Q.J. No. 1597 (QL), 2008 CarswellQue 14277, reversing a decision of the Superior Court, 2006 QCCS 3377, [2006] J.Q. n° 5998 (QL), 2006 CarswellQue 5622, upholding a decision of the Court of Québec, 2002 CanLII 41590, [2002] J.Q. n° 4771 (QL). Appeal dismissed, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

*Alain Gingras and Sébastien Rochette*, for the appellant.

*Pierre J. Beauchamp, Dan Cornell and Emma Beauchamp*, for the respondent.

*Ginette Gobeil*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Hart M. Schwartz and Josh Hunter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*R. Richard M. Butler and Jean M. Walters*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Louise Mousseau and Lisette Joly*, for the intervener Commission de protection du territoire agricole du Québec.

*Annie Pagé*, for the intervener the City of Shawinigan.

*Pierre Bordeleau*, for the interveners William Barber, Louise Barber, Rusty Barber, Louise Sokolik, Michel Sokolik, Berthe Ducasse, Jocelyne Galardo, Chantale Trépanier and Bruce Shoor.

*Règlement de l'aviation canadien*, DORS/96-433, art. 301.03(1), 301.05 à 301.09, 302.01(1).

#### Doctrine citée

Abel, Albert S. « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.  
Mundell, D. W. « Tests for Validity of Legislation under the British North America Act : A Reply to Professor Laskin » (1955), 33 *R. du B. can.* 915.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Thibault et Vézina), 2008 QCCA 427, 48 M.P.L.R. (4th) 26, [2008] J.Q. n° 1597 (QL), 2008 CarswellQue 1383, qui a infirmé une décision de la Cour supérieure, 2006 QCCS 3377, [2006] J.Q. n° 5998 (QL), 2006 CarswellQue 5622, qui a confirmé une décision de la Cour du Québec, 2002 CanLII 41590, [2002] J.Q. n° 4771 (QL). Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

*Alain Gingras et Sébastien Rochette*, pour l'appelant.

*Pierre J. Beauchamp, Dan Cornell et Emma Beauchamp*, pour l'intimée.

*Ginette Gobeil*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Hart M. Schwartz et Josh Hunter*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*R. Richard M. Butler et Jean M. Walters*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Louise Mousseau et Lisette Joly*, pour l'intervenante la Commission de protection du territoire agricole du Québec.

*Annie Pagé*, pour l'intervenante la Ville de Shawinigan.

*Pierre Bordeleau*, pour les intervenants William Barber, Louise Barber, Rusty Barber, Louise Sokolik, Michel Sokolik, Berthe Ducasse, Jocelyne Galardo, Chantale Trépanier et Bruce Shoor.

*Mahmud Jamal*, for the intervener the Greater Toronto Airports Authority.

No one appeared for the interveners Pierre Lortie, judge of the Court of Québec, and the Administrative Tribunal of Québec (Territory and Environment Division).

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### I. Introduction

[1] Air transportation is an indispensable part of modern life. Yet as our dependence on aircraft has grown, the demands of aviation have increasingly collided with other interests. Aircraft must take off and land. For this they need soil or water. The soil or water they use is not available for other purposes. The question posed in this and the companion appeal, *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, is which level of government has the final say on where airfields and aerodromes may be located.

[2] The federal government has jurisdiction over matters relating to air travel under its general power “to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada”: s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, also known as the “POGG” power. In these appeals, the province of Quebec argues that notwithstanding this settled proposition, provincial legislation governing the placement of airfields and aerodromes should prevail. In essence, this dispute pits the local interest in land use planning against the national interest in a unified system of aeronautical navigation.

[3] The case concerns an aerodrome that was built by two private citizens on land zoned as agricultural and was registered under the federal

*Mahmud Jamal*, pour l’intervenante l’Autorité aéroportuaire du Grand Toronto.

Personne n’a comparu pour les intervenants Pierre Lortie, juge de la Cour du Québec, et le Tribunal administratif du Québec (Section du territoire et de l’environnement).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF —

### I. Introduction

[1] Le transport aérien est un élément indispensable de la vie moderne. Alors même que notre dépendance à l’égard de l’avion s’est accrue, les demandes émanant du domaine de l’aviation entrent pourtant de plus en plus en conflit avec d’autres intérêts. Les avions doivent décoller et atterrir. Ils ont donc besoin de terres ou d’eau. Tout terrain ou plan d’eau utilisé pour l’aviation ne peut être utilisé à d’autres fins. La question en l’espèce et dans le pourvoi connexe, *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, est de savoir quel ordre de gouvernement a le dernier mot sur l’emplacement des terrains d’aviation et des aérodromes.

[2] Le gouvernement fédéral a compétence sur les questions de transport aérien en vertu de sa compétence générale de « faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada » : art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans les présents pourvois, la province de Québec soutient que, malgré ce principe reconnu, la législation provinciale devrait l’emporter en ce qui concerne les décisions relatives à l’emplacement des terrains d’aviation et des aérodromes. Essentiellement, le litige en l’instance oppose des intérêts locaux liés à l’aménagement des terres et l’intérêt national visant le maintien d’un système unifié de navigation aéronautique.

[3] Le pourvoi concerne un aérodrome construit par deux citoyens sur une terre désignée zone agricole et enregistré en vertu de la *Loi sur*

*Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2. The Province says this violates its law and the aerodrome must be removed. The Canadian Owners and Pilots Association (“COPA”) and the Attorney General of Canada argue that the Province should not be able to shut down the aerodrome, for a variety of reasons. First, they say that the provincial legislation, insofar as it affects the location of aerodromes, is *ultra vires*, and hence invalid. Second, they say that the location of aeronautical facilities lies at the protected core of the federal aeronautics power, which the doctrine of interjurisdictional immunity protects from any adverse provincial effect. Third, they say that, in any event, if the provincial legislation were valid and applicable, it would be inoperative under the doctrine of federal paramountcy.

[4] Like the Quebec Court of Appeal, I conclude that the provincial legislation limiting non-agricultural land uses in designated agricultural regions is valid. However, I find that the provincial law impairs the protected core of the federal jurisdiction over aeronautics, and is inapplicable to the extent that it prohibits aerodromes in agricultural zones. My conclusion renders it unnecessary to consider federal paramountcy, but in any event, I find that this doctrine has no application on the facts of this case. Consequently, I would dismiss the appeal on the basis of interjurisdictional immunity.

## II. Background

[5] Bernard Laferrière and Sylvie Gervais owned a wooded lot near the city of Shawinigan. In 1998, they cleared part of their lot and built a grass airstrip. They also constructed a hangar adjacent to the airstrip for the storage, assembly and maintenance of aircraft. However, Laferrière and Gervais’s new aerodrome was situated in a designated agricultural region. On July 13, 1999, the Commission de protection du territoire agricole du Québec (“Commission”) ordered them to return their land to its original state. In response, Laferrière and

*l’aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2. Selon la province, cela viole sa législation et l’aérodrome doit être démoli. La Canadian Owners and Pilots Association (« COPA ») et le procureur général du Canada soutiennent que la province ne devrait pas pouvoir fermer l’aérodrome, et ce, pour diverses raisons. Premièrement, ils disent que la loi provinciale, dans la mesure où elle touche l’emplacement des aérodromes, est *ultra vires* et, par conséquent, invalide. Deuxièmement, selon eux, le choix de l’emplacement des installations aéronautiques touche au cœur de la compétence fédérale en matière d’aéronautique, ce que la doctrine de l’exclusivité des compétences protège de tout effet provincial préjudiciable. Troisièmement, ils ajoutent que, de toute façon, si la loi provinciale était valide et applicable, elle serait inopérante suivant la doctrine de la prépondérance fédérale.

[4] Comme la Cour d’appel du Québec, je conclus que la loi provinciale restreignant l’utilisation des lots à des fins autres que l’agriculture dans des régions agricoles désignées est valide. Toutefois, j’estime que la loi provinciale entrave l’exercice d’une activité protégée relevant du cœur de la compétence fédérale en matière d’aéronautique et qu’elle est inapplicable dans la mesure où elle interdit les aérodromes dans les zones agricoles. Il est donc inutile de tenir compte de la doctrine de la prépondérance fédérale, mais de toute façon, je suis d’avis que cette doctrine ne s’applique pas aux faits de l’espèce. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi sur le fondement de la doctrine de l’exclusivité des compétences.

## II. Contexte

[5] Bernard Laferrière et Sylvie Gervais étaient propriétaires d’un lot boisé situé à proximité de la ville de Shawinigan. En 1998, ils ont défriché une partie de leur lot et aménagé une piste d’atterrissage gazonnée. Ils ont également construit un hangar adjacent à la piste d’atterrissage pour y effectuer le remisage, l’assemblage et l’entretien d’avions. Toutefois, le nouvel aérodrome de M. Laferrière et de M<sup>me</sup> Gervais était situé dans une région agricole désignée. Le 13 juillet 1999, la Commission de protection du territoire agricole du Québec

Gervais challenged the Commission's jurisdiction to prevent them from operating an aerodrome.

[6] The Administrative Tribunal of Québec upheld the ruling of the Commission. In reaching this decision, the Tribunal applied *St-Louis v. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1990] R.J.Q. 322 (C.A.), holding that there was no actionable conflict between the Commission's enabling statute and any federal aviation legislation. The Court of Québec and the Quebec Superior Court both also upheld the decision of the Commission on similar grounds: 2002 CanLII 41590 (C.Q.) and 2006 QCCS 3377 (CanLII). Additionally, the Superior Court found that Laferrière and Gervais were estopped from challenging the decision of the Commission because they knew in advance that they were purchasing land in a designated agricultural region. The Quebec Court of Appeal allowed the appeal, overturned *St-Louis*, and found that inter-jurisdictional immunity precluded the Commission from ordering Laferrière and Gervais to dismantle their aerodrome: 2008 QCCA 427, 48 M.P.L.R. (4th) 26.

[7] Tragically, Laferrière was killed on April 27, 2009, when a small airplane of his own design crashed in Madison County, New York. Following Laferrière's untimely death, COPA replaced Laferrière and Gervais as the respondent in this appeal. COPA is a national organization dedicated to the protection and promotion of personal aviation.

### III. The Legislative Backdrop

#### A. *The Provincial Scheme*

[8] The provincial statute at issue in this appeal is *An Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1 ("ARPALAA" or "Act"). Pursuant to s. 22 of the ARPALAA, the provincial government is responsible for designating certain areas as agricultural

(« Commission ») leur a ordonné de remettre leur terrain dans son état initial. Monsieur Laferrière et M<sup>me</sup> Gervais ont réagi en contestant le pouvoir de la Commission de les empêcher d'exploiter un aérodrome.

[6] Le Tribunal administratif du Québec a confirmé la décision de la Commission. Il a appliqué l'arrêt *St-Louis c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, [1990] R.J.Q. 322 (C.A.), concluant que la loi habilitante de la Commission n'était pas en conflit direct avec quelque loi fédérale que ce soit en matière d'aviation. Se fondant sur des motifs semblables, la Cour du Québec et la Cour supérieure du Québec ont elles aussi confirmé la décision de la Commission : 2002 CanLII 41590 (C.Q.) et 2006 QCCS 3377 (CanLII). De plus, la Cour supérieure a conclu que M. Laferrière et M<sup>me</sup> Gervais étaient préclus de contester la décision de la Commission car ils savaient déjà qu'ils achetaient un terrain situé dans une région agricole désignée. La Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel, infirmé l'arrêt *St-Louis* et conclu que la doctrine de l'exclusivité des compétences empêchait la Commission d'ordonner à M. Laferrière et M<sup>me</sup> Gervais de démanteler leur aérodrome : 2008 QCCA 427, 48 M.P.L.R. (4th) 26.

[7] Monsieur Laferrière a perdu la vie de façon tragique le 27 avril 2009 dans le comté de Madison, dans l'État de New York, lors de l'écrasement d'un petit avion qu'il avait lui-même conçu. À la suite du décès prématuré de M. Laferrière, la COPA a remplacé M. Laferrière et M<sup>me</sup> Gervais en tant qu'intimée dans le présent pourvoi. La COPA est une organisation nationale vouée à la promotion et à la sécurité de l'aviation privée.

### III. Le contexte législatif

#### A. *Le régime provincial*

[8] La loi en cause dans le présent pourvoi est la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., ch. P-41.1 (« LPTAA » ou « Loi »). Aux termes de l'art. 22 de la LPTAA, le gouvernement provincial a la charge de désigner certaines régions comme des régions agricoles. (Soixante-

regions. (Sixty-three thousand square kilometres, or four percent of the province of Quebec, has been assigned to 17 protected agricultural zones. Schedule A of the *ARPALAA* designates the lot owned by Gervais as land that falls within a designated agricultural region.) Section 3 of the *ARPALAA* establishes the Commission to “secure the preservation of the agricultural land of Québec”. The Commission administers the use of lots within these designated agricultural regions.

[9] Section 26 of the *ARPALAA* prohibits the use of lots in a designated agricultural region for any purpose other than agriculture, subject to prior Commission authorization to the contrary. In case of contravention, s. 14 empowers the Commission to order that the lots be restored to their former condition. The penal provision in s. 90 authorizes significant fines for violations of s. 26.

[10] Laferrière and Gervais did not obtain the permission of the Commission prior to constructing an aerodrome on their land, and hence failed to comply with the requirements of the Act.

#### B. *The Federal Scheme*

[11] Parliament exercises its power over aeronautics in the following way. The *Aeronautics Act*, through various provisions, seeks to regulate aeronautics throughout Canada. High levels of regulation are maintained with respect to airports and commercial aviation.

[12] For private aviation, which is the focus of this appeal, Parliament has adopted a different approach. Except in the built-up areas of cities and towns, people are permitted to construct private aerodromes without applying for permission. Owners and operators have the option of registering their aerodromes with the Minister of Transport. Though privately operated, these registered aerodromes must maintain federal standards and are available to anyone who needs to land. As such, they function as part of a nationwide aviation system.

trois mille kilomètres carrés, ou quatre pour cent de la province de Québec, ont ainsi été divisés en 17 zones agricoles protégées. L'annexe A de la *LPTAA* décrit le lot appartenant à M<sup>me</sup> Gervais comme un terrain situé dans une région agricole désignée.) La Commission est constituée aux termes de l'art. 3 de la *LPTAA* et a pour fonction d'« assurer la protection du territoire agricole » du Québec. La Commission gère l'utilisation des lots dans ces régions agricoles désignées.

[9] Selon l'article 26 de la *LPTAA*, il est interdit d'utiliser, dans une région agricole désignée, un lot à une fin autre que l'agriculture sans l'autorisation préalable de la Commission. En cas de contravention, l'art. 14 confère à la Commission le pouvoir d'ordonner la remise du lot visé dans son état antérieur. La disposition pénale énoncée à l'art. 90 autorise l'imposition d'amendes sévères à toute personne qui contrevient à l'art. 26.

[10] Monsieur Laferrière et M<sup>me</sup> Gervais n'ont pas obtenu l'autorisation de la Commission avant de construire un aérodrome sur leur terrain et, par conséquent, n'ont pas respecté les exigences de cette loi.

#### B. *Le régime fédéral*

[11] Le Parlement exerce de la façon suivante son pouvoir en matière d'aéronautique. Les diverses dispositions de la *Loi sur l'aéronautique* visent à réglementer l'aéronautique partout au Canada. Les aéroports et l'aviation commerciale sont fortement réglementés.

[12] En ce qui concerne l'aviation privée, qui est au cœur du présent pourvoi, le Parlement a adopté une approche différente. Sauf dans les zones bâties des villes ou des villages, les gens peuvent construire des aérodromes privés sans demander la permission. Les propriétaires et les exploitants peuvent choisir d'enregistrer leurs aérodromes auprès du ministre des Transports. Bien qu'ils soient privés, ces aérodromes enregistrés doivent respecter les normes fédérales et être accessibles à toute personne qui doit atterrir. Ils font donc partie d'un système national de l'aviation.

[13] Laferrière and Gervais had registered their aerodrome under the federal *Aeronautics Act*.

#### IV. Issues

[14] The issues are:

1. The validity of the provincial legislation;
2. The applicability of the provincial legislation under the doctrine of interjurisdictional immunity;
3. The operability of the legislation under the doctrine of federal paramountcy.

#### V. Analysis

##### A. *Validity of the Provincial Legislation*

[15] The Attorney General of Canada and COPA argue that the provincial law is invalid because it affects where aerodromes can be constructed. Such effects, they say, lie outside provincial powers, making the law *ultra vires*. The zoning law is not challenged in its entirety; only the application of s. 26 to prohibit aerodromes is impugned. Where only one part of a law is challenged, the focus is on the subject of the impugned provisions themselves: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 56. The issue is therefore whether s. 26 of the Act is valid.

[16] The first step in determining if the law is *ultra vires* is to determine its “matter”. The matter of a law is in essence “an abstract of the statute’s content”: A. S. Abel, “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 490. Having determined the matter of a statute, the next step is to determine whether the matter comes within the powers of the body that enacted the impugned legislation: *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 450; *Kitkatla*, at para. 52. If the law is found to be invalid, it may be saved under the ancillary powers doctrine (also known as the ancillary doctrine: see *Global Securities Corp. v.*

[13] Monsieur Laferrière et M<sup>me</sup> Gervais avaient enregistré leur aéroport en vertu de la *Loi sur l’aéronautique*.

#### IV. Questions en litige

[14] Les questions suivantes sont en litige :

1. la validité de la loi provinciale;
2. l’applicabilité de la loi provinciale suivant la doctrine de l’exclusivité des compétences;
3. le caractère opérant de la loi suivant la doctrine de la prépondérance fédérale.

#### V. Analyse

##### A. *Validité de la loi provinciale*

[15] Le procureur général du Canada et la COPA soutiennent que la loi provinciale est invalide parce qu’elle touche la détermination des endroits où des aéroports peuvent être construits. Selon eux, de tels effets ne cadrent pas avec la compétence provinciale, rendant la loi *ultra vires*. La loi de zonage n’est pas contestée dans son ensemble; seule l’application de l’art. 26 visant l’interdiction des aéroports l’est. Lorsqu’une seule partie d’une loi est contestée, l’analyse porte sur l’objet des dispositions contestées elles-mêmes : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 56. La question est donc de savoir si l’art. 26 de la Loi est valide.

[16] Pour déterminer si la loi est *ultra vires*, il faut d’abord déterminer sa « matière ». La matière d’une loi est essentiellement [TRADUCTION] « un résumé du contenu de la loi » : A. S. Abel, « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, p. 490. Une fois cernée la matière d’une loi, il faut déterminer si cette matière est du ressort de l’organisme qui a adopté la loi contestée : *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 450; *Kitkatla*, par. 52. Si la loi est jugée invalide, elle peut être sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoires (appelée aussi le principe de la compétence accessoire : voir *Global Securities Corp. c.*

*British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 45), if it is sufficiently integrated within an otherwise valid legislative scheme: see *Lacombe*.

(1) Identifying the Matter of the Impugned Legislation

[17] The matter of a law is identified by determining its dominant characteristic: *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 998. This is commonly known as a pith and substance analysis, in reference to the judgment of Lord Watson in *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (P.C.), at p. 587. In essence, this analysis requires the court to ask “[w]hat in fact does the law do and why?”: D. W. Mundell, “Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin” (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915, at p. 928.

[18] As LeBel J. explained in *Kitkatla*, at para. 53, there are two aspects to the characterization of a law: “A pith and substance analysis looks at both (1) the purpose of the legislation as well as (2) its effect.” The purpose of a law may be determined by examining intrinsic evidence, like purposive clauses and the general structure of the Act, as well as extrinsic evidence, such as Hansard or other accounts of the legislative process: *Kitkatla*, at para. 53. The effect of a law is found in both the legal effect of the text and the practical effects that flow from the application of the statute: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83. Merely incidental effects will not generally affect the pith and substance analysis: *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 33 (P.C.), at p. 44; *Global Securities*, at para. 23.

[19] The *purpose* of the ARPALAA is to “secure a lasting territorial basis for the practice of agriculture . . . in the agricultural zones established by the regime” (s. 1.1). Section 26 supports this purpose by prohibiting non-agricultural uses of lots in these zones, whether or not the lots are actually used for

*Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 45) si elle est suffisamment intégrée dans un régime législatif par ailleurs valide : voir *Lacombe*.

(1) Détermination de la matière de la loi contestée

[17] C’est l’identification de la caractéristique dominante d’une loi qui permet d’en cerner la matière : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 998. Cette étape est communément appelée l’analyse du caractère véritable, suivant le jugement de lord Watson dans *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.), p. 587. Dans le cadre de cette analyse, la cour doit essentiellement se demander [TRADUCTION] « [c]e que la loi accomplit en réalité, et pourquoi » : D. W. Mundell, « Tests for Validity of Legislation under the British North America Act : A Reply to Professor Laskin » (1955), 33 *R. du B. can.* 915, p. 928.

[18] Comme le juge LeBel l’a expliqué dans *Kitkatla*, au par. 53, la caractérisation d’une loi comporte deux aspects : « L’analyse du caractère véritable porte à la fois (1) sur l’objet de la législation et (2) sur ses effets. » La détermination de l’objet de la législation peut être réalisée par l’examen tant de la preuve intrinsèque, telles les dispositions énonçant les objectifs généraux et la structure générale de la loi, que de la preuve extrinsèque, tels le Hansard ou d’autres comptes rendus du processus législatif : *Kitkatla*, par. 53. L’effet d’une loi se retrouve tant dans les répercussions juridiques de son texte que dans les effets pratiques découlant de son application : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483. De simples effets accessoires n’auront généralement pas d’incidence sur l’analyse du caractère véritable : *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Quebec*, [1947] A.C. 33 (C.P.), p. 44; *Global Securities*, par. 23.

[19] La LPTAA a pour *objectif* d’« assurer la pérennité d’une base territoriale pour la pratique de l’agriculture [. . .] dans les zones agricoles dont il [le régime] prévoit l’établissement » (art. 1.1). L’article 26 appuie cet objectif en interdisant les utilisations autres que l’agriculture dans ces zones, peu importe

agriculture, unless exceptional uses receive prior approval from the Commission.

[20] The *effect* of s. 26 mirrors this purpose: it is to prohibit non-agricultural uses of lots in designated agricultural regions, absent prior approval by the Commission. Section 26 may incidentally affect aeronautics. However, its main impact is to preserve agricultural lots and regulate land use within agricultural regions, through the Commission.

[21] Considering both purpose and effect, s. 26 is, in pith and substance, legislation about land use planning and agriculture. That is its matter.

(2) Assigning the Matter to a Head of Legislative Power

[22] Having characterized the pith and substance of s. 26 of the *ARPALAA*, the next step is to ask whether the impugned provision, thus characterized, relates to a provincial head of power. Land use planning and agriculture may fall within provincial jurisdiction under s. 92(13) (property and civil rights), s. 92(16) (matters of a merely local or private nature), or s. 95 (agriculture) of the *Constitution Act, 1867*. It follows that s. 26 is valid provincial law.

[23] This is so even though s. 26 has an incidental effect on agriculture, notwithstanding concurrent federal jurisdiction over agriculture under s. 95 of the *Constitution Act, 1867*: see *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*, [1930] S.C.R. 531, *per* Anglin C.J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, *per* Pigeon J. For the purpose of the *vires* analysis, it matters only that s. 26 of the *ARPALAA*, in pith and substance, comes within the powers of the province.

[24] I conclude that s. 26 of the Act is valid provincial legislation.

que l'agriculture y soit pratiquée ou non, à moins que la Commission n'approuve préalablement des utilisations dérogatoires.

[20] L'*effet* de l'art. 26 reflète cet objectif : interdire que les lots des régions agricoles désignées soient utilisés à une fin autre que l'agriculture, sans l'autorisation préalable de la Commission. L'article 26 peut accessoirement toucher l'aéronautique. Toutefois, il a pour incidence principale de préserver les lots agricoles et de réglementer, par l'entremise de la Commission, l'utilisation du territoire dans les régions agricoles.

[21] Compte tenu de son objectif et de son effet, l'art. 26 est, de par son caractère véritable, une mesure législative relative à l'aménagement du territoire et à l'agriculture. Voilà sa matière.

(2) Rattachement de la matière à un chef de compétence législative

[22] Une fois établi le caractère véritable de l'art. 26 de la *LPTAA*, l'étape suivante consiste à se demander si la disposition contestée, suivant sa qualification, se rattache à un chef de compétence législative provinciale. L'aménagement du territoire et l'agriculture peuvent relever de la compétence provinciale prévue au par. 92(13) (propriété et droits civils), au par. 92(16) (matières de nature purement locale ou privée), ou à l'art. 95 (agriculture) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'ensuit que l'art. 26 est une disposition provinciale valide.

[23] Il en est ainsi quoique l'art. 26 ait un effet accessoire sur l'agriculture, et malgré une compétence fédérale concurrente sur l'agriculture en vertu de l'art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir *Consolidated Distilleries Ltd. c. Consolidated Exporters Corp. Ltd.*, [1930] R.C.S. 531, le juge en chef Anglin; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, le juge Pigeon. Pour les besoins de l'analyse de la légalité, il importe seulement que l'art. 26 de la *LPTAA*, de par son caractère véritable, relève de la compétence de la province.

[24] Je conclus que l'art. 26 de la Loi est une disposition provinciale valide.

## B. *Interjurisdictional Immunity*

[25] The next question is whether s. 26 of the Act, having been found valid, *applies* in a situation where it impacts on the federal power over aeronautics. The Attorney General of Canada and COPA argue that it does not. They rely on the doctrine of interjurisdictional immunity, which they submit protects core federal competences from impairment by provincial legislation.

[26] Interjurisdictional immunity was initially developed in the context of federal undertakings (*Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (P.C.)) and federally incorporated companies (see *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.); *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (P.C.); *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260 (P.C.)). However, the doctrine was then applied more widely, and was understood to protect a certain minimum content of every federal head of power: *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 839; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18, *per* Dickson C.J.; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437. Following *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, the prevailing view is that the application of interjurisdictional immunity is generally limited to the cores of every legislative head of power already identified in the jurisprudence (paras. 43 and 77).

[27] The first step is to determine whether the provincial law — s. 26 of the Act — *trenches on the protected “core” of a federal competence*. If it does, the second step is to determine whether the provincial law’s effect on the exercise of the protected federal power is *sufficiently serious* to invoke the doctrine of interjurisdictional immunity.

## B. *L’exclusivité des compétences*

[25] La question suivante est de savoir si l’art. 26 de la Loi, jugé valide, *s’applique* dans une situation où il a une incidence sur la compétence fédérale en matière d’aéronautique. Le procureur général du Canada et la COPA affirment qu’il ne s’applique pas. Ils se fondent sur la doctrine de l’exclusivité des compétences, affirmant qu’elle protège, contre l’empiétement des lois provinciales, l’exercice d’activités relevant du cœur d’une compétence fédérale.

[26] La doctrine de l’exclusivité des compétences a initialement été élaborée dans le contexte des entreprises fédérales (*Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367 (C.P.)) et des sociétés à charte fédérale (voir *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.); *Great West Saddlery Co. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (C.P.); *Attorney-General for Manitoba c. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260 (C.P.)). Toutefois, cette doctrine était alors appliquée de façon plus générale et elle était censée assurer la protection d’un certain contenu minimum de chacun des chefs de compétence fédérale : *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 839; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 18, le juge en chef Dickson; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437. Selon l’opinion qui prévaut depuis l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, l’application de l’exclusivité des compétences est généralement restreinte au contenu essentiel, ou au cœur, de chaque chef de compétence législative que reconnaît déjà la jurisprudence (par. 43 et 77).

[27] La première étape consiste à déterminer si la loi provinciale — l’art. 26 de la Loi — *empiète sur le « cœur » d’une compétence fédérale*. Si c’est le cas, la deuxième étape consiste à déterminer si cette loi provinciale a, sur l’exercice de la compétence fédérale protégée, un effet *suffisamment grave* pour entraîner l’application de la doctrine de la compétence exclusive.

(1) Does Section 26 of the Provincial Act Trench on the Protected Core of a Federal Competence?

[28] The jurisprudence establishes that Parliament has power over aeronautics. Because commercial aviation was not foreseen in 1867, aviation is not articulated as a head of power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. However, it has been held to be a matter of national importance and hence supported under the federal POGG power.

[29] The matter was settled in 1951 in *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292. In five separate opinions, the Supreme Court of Canada unanimously held that Parliament has exclusive jurisdiction to regulate the field of aviation, confirming earlier dicta that aerial navigation is a matter of national interest and importance: *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54 (P.C.).

[30] *Johannesson* established that Parliament not only has power over aeronautics, but has *exclusive* jurisdiction to determine *the location of aerodromes*. As Estey J. explained, “the aerodrome, as the place of taking off and landing, [is] an essential part of aeronautics and aerial navigation” (p. 319).

[31] This proposition was most recently affirmed in *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, at para. 72, per Iacobucci J.: the federal aeronautics jurisdiction “encompasses not only the regulation of the operation of aircraft, but also the regulation of the operation of airports”. Elaborating, Iacobucci J. held that this aspect of federal jurisdiction extends to the location and design of airports. See also *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, at pp. 770-71.

(1) L'article 26 de la loi provinciale empiète-t-il sur l'exercice d'une activité protégée relevant du cœur d'une compétence fédérale?

[28] Selon la jurisprudence, le Parlement a compétence en matière d'aéronautique. Comme l'aviation commerciale n'avait pas été prévue en 1867, l'aviation n'est pas énoncée comme un chef de compétence prévu à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, elle a été reconnue comme une question d'importance nationale et, par conséquent, elle relève du pouvoir fédéral de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada.

[29] La question a été réglée en 1951 dans l'arrêt *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292. Dans cinq opinions distinctes, la Cour suprême du Canada a conclu à l'unanimité que le Parlement avait la compétence exclusive de réglementer le domaine de l'aviation, confirmant l'opinion incidente formulée antérieurement selon laquelle la navigation aérienne était une question d'importance et d'intérêt national : *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54 (C.P.).

[30] L'arrêt *Johannesson* a établi que le Parlement n'a pas seulement compétence en matière d'aéronautique, mais qu'il a la compétence *exclusive* pour déterminer *l'emplacement des aérodromes*. Comme l'a expliqué le juge Estey, [TRADUCTION] « l'aérodrome, lieu de décollage et d'atterrissage, [est] un maillon essentiel de l'aéronautique et de la navigation aérienne » (p. 319).

[31] Cet énoncé a tout récemment été confirmé dans *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, par. 72, le juge Iacobucci : la compétence fédérale en matière d'aéronautique « comprend non seulement la réglementation de l'exploitation d'un aéronef, mais également la réglementation de l'exploitation des aéroports ». Élaborant davantage, le juge Iacobucci a statué que cet aspect de la compétence fédérale s'étend à l'emplacement et à la conception des aéroports. Voir également *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, p. 770-771.

[32] The Attorney General of British Columbia, intervener, conceded that airports come under the POGG power because of their national dimension, but argued that local aerodromes are excluded from POGG because they are not themselves matters of national importance. In support, he noted that the *Aeronautics Act* distinguishes between aerodromes and airports, and argued that most interprovincial and international flights pass through airports, rather than aerodromes.

[33] This argument cannot prevail. As Kellock J. noted in *Johannesson*, the local aspects of aviation come under federal jurisdiction because the subject matter of aerial navigation is “non-severable”. Using the term “airport” interchangeably with “aerodrome”, he held that “just as it is impossible to separate intra-provincial flying from inter-provincial flying, the location and regulation of airports cannot be identified with either or separated from aerial navigation as a whole” (p. 314). This view reflects the reality that Canada’s airports and aerodromes constitute a network of landing places that together facilitate air transportation and ensure safety.

[34] It is thus clear that the federal jurisdiction over aeronautics encompasses the power to determine the location of aerodromes. The next question is whether this power lies at the protected core of the federal power.

[35] The test is whether the subject comes within the essential jurisdiction — the “basic, minimum and unassailable content” — of the legislative power in question: *Bell Canada*, at p. 839; *Canadian Western Bank*, at para. 50. The core of a federal power is the authority that is absolutely necessary to enable Parliament “to achieve the purpose for which exclusive legislative jurisdiction was conferred”: *Canadian Western Bank*, at para. 77.

[32] Le procureur général de la Colombie-Britannique, en tant qu’intervenant, a reconnu que les aéroports sont assujettis au pouvoir de faire des lois concernant la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada en raison de leur dimension nationale, mais il a plaidé que ce n’est pas le cas des aéroports locaux puisqu’ils ne sont pas eux-mêmes d’importance nationale. À l’appui, il a souligné que la *Loi sur l’aéronautique* établit une distinction entre les aéroports et les aéroports, et il a fait valoir que la plupart des vols interprovinciaux et internationaux transitent par des aéroports plutôt que par des aéroports.

[33] Cet argument ne saurait être retenu. Comme le juge Kellock l’a signalé dans *Johannesson*, les aspects locaux de l’aviation relèvent de la compétence fédérale parce que la matière visée par la navigation aérienne est « indivisible ». Utilisant de façon interchangeable les mots « aéroport » et « aéroport », il a conclu que [TRADUCTION] « tout comme il est impossible d’établir une distinction entre les vols intraprovinciaux et interprovinciaux, l’emplacement et la réglementation des aéroports ne peuvent être associés ni à l’un ni à l’autre, ou dissociés de la navigation aérienne prise comme un tout » (p. 314). Ce point de vue reflète le fait que les aéroports et les aéroports canadiens forment un réseau de lieux d’atterrissage qui, ensemble, facilitent le transport aérien et assurent la sécurité.

[34] Il est donc clair que la compétence fédérale en matière d’aéronautique englobe le pouvoir de déterminer l’emplacement des aéroports. La question suivante est de savoir si ce pouvoir se trouve protégé au cœur d’un pouvoir fédéral.

[35] Le critère consiste à savoir si l’objet de la disposition relève de la compétence essentielle — le « contenu minimum élémentaire et irréductible » — du pouvoir législatif en cause : *Bell Canada*, p. 839; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 50. Le cœur d’un pouvoir fédéral réside dans l’autorité qui est absolument nécessaire pour permettre au Parlement « de réaliser l’objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 77.

[36] In *Canadian Western Bank*, Binnie and LeBel JJ. explained that the jurisprudence will frequently serve as a useful guide to identify the core of a federal head of power, and they concluded that interjurisdictional immunity should “in general be reserved for situations already covered by precedent” (para. 77).

[37] Here precedent is available and resolves the issue. This Court has repeatedly and consistently held that the location of aerodromes lies within the core of the federal aeronautics power. In *Johannesson*, which concerned a municipal by-law that prevented the plaintiff from constructing an aerodrome on the outskirts of Winnipeg, the Court held that the location of aerodromes is an essential and indivisible part of aeronautics. As noted above, Estey J. held that aerodromes are “an essential part of aeronautics and aerial navigation” (p. 319). The location of aerodromes attracts the doctrine of interjurisdictional immunity because it is essential to the federal power, and hence falls within its core: see *Canadian Western Bank*, at para. 54; *Construction Montcalm*, at pp. 770-71; *Air Canada*, at para. 72; *Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (Ont. C.A.); *Comox Strathcona (Regional District) v. Hansen*, 2005 BCSC 220, [2005] 7 W.W.R. 249; *Venchiarutti v. Longhurst* (1989), 69 O.R. (2d) 19 (H.C.J.), *aff’d* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.).

[38] Again in *Construction Montcalm* this Court held that while some provincial laws will be applicable to airports because they do not impair an essential part of a federal competence, the *location* of an airport comes within Parliament’s core of exclusive federal jurisdiction: “To decide whether to build an airport and where to build it involves aspects of airport construction which undoubtedly constitute matters of exclusive federal concern” (p. 770 (emphasis added)).

[36] Dans *Banque canadienne de l’Ouest*, les juges Binnie et LeBel ont expliqué que la jurisprudence servira souvent de guide utile pour cerner le cœur d’un chef de compétence fédérale, et ils ont conclu que la doctrine de l’exclusivité des compétences devrait « en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence » (par. 77).

[37] En l’espèce, il existe des précédents qui règlent la question. Notre Cour a constamment répété que la détermination de l’emplacement des aérodromes faisait partie du cœur de la compétence fédérale en matière d’aéronautique. Dans *Johannesson*, qui traitait d’un règlement municipal empêchant le demandeur de construire un aérodrome en banlieue de Winnipeg, la Cour a jugé que la détermination de l’emplacement des aérodromes constituait un élément essentiel et indivisible de l’aéronautique. Comme nous l’avons vu, le juge Estey a affirmé que les aérodromes constituent [TRADUCTION] « un maillon essentiel de l’aéronautique et de la navigation aérienne » (p. 319). La détermination de l’emplacement des aérodromes donne lieu à l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences parce qu’elle constitue un élément essentiel de la compétence fédérale et que, par conséquent, elle se trouve au cœur de cette compétence : voir *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 54; *Construction Montcalm*, p. 770-771; *Air Canada*, par. 72; *Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City)* (2000), 50 O.R. (3d) 641 (C.A. Ont.); *Comox Strathcona (Regional District) c. Hansen*, 2005 BCSC 220, [2005] 7 W.W.R. 249; *Venchiarutti c. Longhurst* (1989), 69 O.R. (2d) 19 (H.C.J.), *conf. par* (1992), 8 O.R. (3d) 422 (C.A.).

[38] Dans *Construction Montcalm*, notre Cour a de nouveau jugé que, bien que certaines lois provinciales s’appliqueront à des aéroports car elles n’ont pas d’effet préjudiciable sur un élément essentiel d’une compétence fédérale, la détermination de l’*emplacement* d’un aéroport se trouve au cœur d’une compétence fédérale exclusive : « La décision de construire un aéroport ou de fixer son emplacement sont indiscutablement des aspects de la construction d’un aéroport qui concernent exclusivement le fédéral » (p. 770 (je souligne)).

[39] The Province sought to undermine the strength of these precedents on the basis that lower courts have declined to follow *Johannesson* on two occasions: *Re The Queen in Right of British Columbia and Van Gool* (1987), 36 D.L.R. (4th) 481 (B.C.C.A.); *St-Louis*. This Court's decision in *OPSEU* constructively overruled *Van Gool*: see *Hansen*, at paras. 21-23. As for *St-Louis*, I agree with the Quebec Court of Appeal in the companion case of *Lacombe v. Sacré-Cœur (Municipalité de)*, 2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598, that it must be rejected because it wrongly held that incidental effects cannot trigger the doctrine of interjurisdictional immunity: see *Bell Canada*, at p. 842, *per* Beetz J.

[40] I conclude that the location of aerodromes lies at the core of the federal aeronautics power. Long-standing precedent establishes that where aircraft may take off and land is a matter protected by the doctrine of interjurisdictional immunity. Since s. 26 of the *ARPALAA* purports to limit where aerodromes can be located, it follows that it trenches on the core of the federal aeronautics power.

[41] The remaining question is whether the impact of s. 26 on the federal power is sufficiently serious to attract the doctrine of interjurisdictional immunity.

(2) Does Section 26 of the Act Unacceptably Interfere With a Federal Competency?

[42] It is not enough that s. 26 of the *ARPALAA* strike at the heart of a federal competency; it must be shown that this interference is constitutionally unacceptable. This raises the issue of how serious an interference must be to render a provincial law inapplicable.

[43] After a period of inconsistency, it is now settled that the test is whether the provincial law *impairs* the federal exercise of the core competence: *Canadian Western Bank*, *per* Binnie and LeBel JJ. This decision resolved a debate about whether the

[39] La province a cherché à ébranler la solidité de ces précédents en faisant valoir qu'à deux reprises, des cours de juridiction inférieure avaient refusé de suivre l'arrêt *Johannesson* : *Re The Queen in Right of British Columbia and Van Gool* (1987), 36 D.L.R. (4th) 481 (C.A.C.-B.); *St-Louis*. Dans l'arrêt *SEFPO*, notre Cour a infirmé par interprétation l'arrêt *Van Gool* : voir *Hansen*, par. 21-23. Par ailleurs, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire connexe *Lacombe c. Sacré-Cœur (Municipalité de)*, 2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598, selon laquelle la thèse de l'arrêt *St-Louis* doit être rejetée parce qu'elle établissait à tort que des effets accessoires ne peuvent déclencher l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences : voir *Bell Canada*, p. 842, le juge Beetz.

[40] J'arrive à la conclusion que la détermination de l'emplacement des aéroports se trouve au cœur de la compétence fédérale en matière d'aéronautique. La jurisprudence a établi depuis longtemps que l'endroit où un avion peut décoller et se poser est une matière que protège la doctrine de l'exclusivité des compétences. Comme l'article 26 de la *LPTAA* a pour effet de limiter les endroits où des aéroports peuvent être construits, il empiète sur le cœur de la compétence fédérale en matière d'aéronautique.

[41] Il reste à savoir si l'incidence de l'art. 26 sur la compétence fédérale est suffisamment grave pour entraîner l'application de la doctrine de la compétence exclusive.

(2) L'article 26 entrave-t-il de façon inacceptable l'exercice d'une compétence fédérale?

[42] Il ne suffit pas que l'art. 26 de la *LPTAA* touche au cœur même d'une compétence fédérale; il faut démontrer que cette atteinte est constitutionnellement inacceptable. Ainsi se pose la question de savoir à quel point une atteinte doit être grave pour qu'une loi provinciale soit inapplicable.

[43] Après une période d'incohérence, il est maintenant établi que le critère consiste à savoir si la loi provinciale *entrave* l'exercice, par le fédéral, d'une activité relevant du cœur de sa compétence : *Banque canadienne de l'Ouest*, les juges Binnie et

provincial law must “sterilize” the essential content of a federal power (the language used in *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, at pp. 323-24), or whether it is sufficient that the provincial law “affect” a vital part of the management and operation of the undertaking (*Commission du Salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767, at p. 774; *Bell Canada*, at pp. 859-60). See also *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 955, *per* Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) and Wilson J.

[44] The impairment test established in *Canadian Western Bank* marks a midpoint between sterilization and mere effects. The move away from the “affects” test of *Bell Canada* reflects growing resistance to the broad application of interjurisdictional immunity based on modern conceptions of cooperative federalism and a perceived need to promote efficacy over formalism. As Binnie and LeBel JJ. put it in *Canadian Western Bank*, “[t]he Constitution, though a legal document, serves as a framework for life and for political action within a federal state, in which the courts have rightly observed the importance of co-operation among government actors to ensure that federalism operates flexibly” (para. 42). (See also Dickson C.J. in *OPSEU*, at p. 18.) To quote Binnie and LeBel JJ. in *Canadian Western Bank*:

A broad application [of interjurisdictional immunity] . . . appears inconsistent, as stated, with the flexible federalism that the constitutional doctrines of pith and substance, double aspect and federal paramountcy are designed to promote. . . . It is these doctrines that have proved to be most consistent with contemporary views of Canadian federalism, which recognize that overlapping powers are unavoidable. [para. 42]

[45] “Impairment” is a higher standard than “affects”. It suggests an impact that not only affects the core federal power, but does so in a way that seriously or significantly trammels the federal power. In an era of cooperative, flexible federalism, application of the doctrine of interjurisdictional

LeBel. Cet arrêt a tranché la question de savoir si la loi provinciale doit « paralyser » le cœur d’une compétence fédérale (le terme employé dans *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 323-324), ou s’il suffit qu’elle « touche » un élément vital de la gestion et de l’exploitation de l’entreprise (*Commission du Salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767, p. 774; *Bell Canada*, p. 859-860). Voir aussi *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 955, le juge en chef Dickson, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) et le juge Wilson.

[44] Le critère de l’entrave établi dans *Banque canadienne de l’Ouest* représente un moyen terme entre la stérilisation et de simples effets. Le fait de ne pas reprendre le critère de « toucher » utilisé dans *Bell Canada* reflète une résistance grandissante à l’application générale de l’exclusivité des compétences compte tenu des notions contemporaines de fédéralisme coopératif et du besoin ressenti de favoriser l’efficacité plutôt que le formalisme. Comme les juges Binnie et LeBel l’ont expliqué dans *Banque canadienne de l’Ouest*, « [s]i elle reste un document juridique, la Constitution fournit un cadre de vie et d’action politique à l’intérieur d’un État fédéral, dans lequel les tribunaux ont légitimement observé l’importance que présente la coopération des acteurs gouvernementaux pour la souplesse du fonctionnement du fédéralisme » (par. 42). (Voir aussi l’explication du juge en chef Dickson dans *SEFPO*, p. 18.) Pour reprendre les propos des juges Binnie et LeBel dans *Banque canadienne de l’Ouest* :

Rappelons qu’une application large [de l’exclusivité des compétences] paraît également contraire au fédéralisme souple que visent à promouvoir les doctrines constitutionnelles du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale. [ . . . ] Or, ces doctrines se sont révélées les plus conformes aux conceptions modernes du fédéralisme canadien qui reconnaissent les inévitables chevauchements de compétences. [par. 42]

[45] Le terme « entrave » est plus fort que « toucher ». Il suppose une incidence qui non seulement touche le cœur de la compétence fédérale, mais le touche d’une façon qui porte à la compétence fédérale une atteinte grave ou importante. Dans cette époque de fédéralisme coopératif souple,

immunity requires a significant or serious intrusion on the exercise of the federal power. It need not paralyze it, but it must be serious.

[46] The question is whether applying s. 26 of the *ARPALAA* to prohibit aerodromes would impair the exercise of the core of a federal power, in this case Parliament's ability to decide when and where aerodromes should be built.

[47] I conclude that the s. 26 prohibition does impair the federal power to decide when and where aerodromes should be built. It prohibits the building of aerodromes in designated agricultural regions unless prior authorization has been obtained from the Commission. As the facts of this case illustrate, the effect may be to prevent the establishment of a new aerodrome or require the demolition of an existing one. This is not a minor effect on the federal power to determine where aerodromes are built.

[48] Section 26 of the *ARPALAA* significantly restricts, or impairs, Parliament's power to determine where aerodromes may be constructed. Section 26 of the *ARPALAA* does not *sterilize* Parliament's power to legislate on aeronautics; the doctrine of paramountcy would permit Parliament to legislatively override provincial zoning legislation for the purpose of establishing aerodromes. But the *ARPALAA* would nevertheless seriously affect the manner in which the power can be exercised. Instead of the current permissive regime, Parliament would be obliged to legislate for the specific location of particular aerodromes. Such a substantial restriction of Parliament's legislative freedom constitutes an impairment of the federal power. Though the focus of the inquiry must be on the power itself, it is worth noting that the practical effect of the *ARPALAA* is hardly trivial. It effectively removes 63,000 km<sup>2</sup>, the total area of the designated agricultural regions, from the territory that Parliament has designated for aeronautical

l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences exige un empiètement important ou grave sur l'exercice de la compétence fédérale. Il n'est pas nécessaire que l'empiètement paralyse la compétence, mais il doit être grave.

[46] Il s'agit de savoir si le fait d'appliquer l'art. 26 de la *LPTAA* dans le but d'interdire les aérodromes aurait pour effet d'entraver l'exercice d'une activité relevant du cœur d'une compétence fédérale, soit, en l'espèce, la possibilité pour le Parlement de décider quand et où construire les aérodromes.

[47] Je conclus que l'interdiction prévue à l'art. 26 entrave effectivement l'exercice du pouvoir fédéral de décider où et quand construire les aérodromes. Cet article interdit la construction d'aérodromes dans des régions agricoles désignées sans l'autorisation préalable de la Commission. Comme le montrent les circonstances de l'espèce, cela peut avoir pour effet d'empêcher la construction d'un nouvel aérodrome ou d'exiger la démolition d'un aérodrome déjà construit. Il ne s'agit pas là d'un effet mineur sur le pouvoir du gouvernement fédéral de décider où les aérodromes sont construits.

[48] L'article 26 de la *LPTAA* limite, ou entrave, considérablement le pouvoir du Parlement de déterminer où des aérodromes peuvent être construits. Cet article de la *LPTAA* ne *stérilise* pas le pouvoir du Parlement de légiférer en matière d'aéronautique; la doctrine de la prépondérance permettrait au Parlement d'écarter par voie législative la législation provinciale sur le zonage dans le but de construire des aérodromes. Mais la *LPTAA* aurait tout de même des conséquences graves sur la façon dont la compétence peut être exercée. Au lieu du régime permissif actuel, le Parlement serait obligé de légiférer relativement à l'emplacement précis de chaque aérodrome. Une restriction de cette importance de la liberté de faire des lois constitue une entrave à l'exercice de la compétence du Parlement. Même si l'analyse doit porter sur la compétence elle-même, il convient de signaler que l'effet pratique de la *LPTAA* n'a rien de négligeable. Elle soustrait effectivement 63 000 km<sup>2</sup>, la superficie totale des régions agricoles désignées, du territoire que le

uses. This is not an insignificant amount of land, and much of it is strategically located.

[49] The Province advances two arguments in support of its contention that the doctrine of inter-jurisdictional immunity does not render s. 26 of the *ARPALAA* inapplicable to aerodromes.

[50] First, the Province argues that s. 26 of the *ARPALAA* does not impair the federal power because Parliament remains free to designate particular locations where airfields should be constructed, overriding the provincial law by the doctrine of federal paramountcy. In essence, this argument asserts that the doctrine of paramountcy suffices to render the intrusion on the core federal power insignificant. With respect, I do not agree.

[51] First, the argument effectively applies a sterilization test to interjurisdictional immunity. It asserts that the doctrine does not apply because the federal power will not be sterilized, given the doctrine of paramountcy. This test is contrary to *Canadian Western Bank*.

[52] Second, it impermissibly mingles the distinct doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy, in a way that distorts the former. In those circumstances where interjurisdictional immunity applies, the doctrine asks whether the core of the legislative power has been impaired, not whether or how Parliament has, in fact, chosen to exercise that power.

[53] Third, this argument does not answer the fact that the impact of s. 26 is to impair the federal aeronautics power to designate land for the construction of airfields. If Parliament wished to override s. 26 of the *ARPALAA* by way of federal paramountcy, it would be forced to establish a

Parlement a désigné pour les besoins de l'aéronautique. Il ne s'agit pas là d'une superficie de terrain insignifiante et la majeure partie de ce terrain est stratégiquement située.

[49] La province invoque deux arguments à l'appui de sa prétention selon laquelle la doctrine de l'exclusivité des compétences ne rend pas l'art. 26 de la *LPTAA* inapplicable à l'égard des aérodromes.

[50] Comme premier argument, la province soutient que l'art. 26 de la *LPTAA* n'entrave pas l'exercice de la compétence fédérale parce que le Parlement demeure libre de désigner des endroits précis où aménager des terrains d'aviation, écartant ainsi la loi provinciale selon la doctrine de la prépondérance fédérale. Essentiellement, selon cet argument, la doctrine de la prépondérance suffit pour anéantir l'effet de l'empiètement sur le cœur de la compétence fédérale. Avec égards, je ne suis pas d'accord.

[51] Premièrement, selon l'argument, un critère fondé sur la stérilisation s'applique effectivement à l'exclusivité des compétences. La province affirme ainsi que la doctrine ne s'applique pas parce que la compétence fédérale ne sera pas stérilisée, en raison de la doctrine de la prépondérance. Ce critère est contraire à celui établi dans *Banque canadienne de l'Ouest*.

[52] Deuxièmement, cet argument confond indûment les doctrines distinctes de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance, et ce, d'une manière qui dénature la première. Dans les situations où la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique, cette doctrine permet de déterminer si l'exercice d'une activité relevant du cœur de la compétence a été entravé, et non pas si, ou comment, le Parlement a effectivement choisi d'exercer cette compétence.

[53] Troisièmement, cet argument ne réfute pas le fait que l'art. 26 a pour incidence d'entraver l'exercice de la compétence en matière d'aéronautique qui permet au fédéral de désigner des terrains destinés à devenir des terrains d'aviation. Si le Parlement voulait déroger à l'art. 26 de la *LPTAA*

legislative conflict with each of the Commission's decisions regarding aerodromes, since the doctrine of paramountcy deals with conflict in the exercise of power in the situation where there is overlapping federal and provincial legislation: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188, at para. 11. Parliament would not be free to introduce broad, permissive legislation, should it so choose (and as it has chosen to do). Acceptance of this argument would narrow Parliament's legislative options and impede the exercise of its core jurisdiction. See *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546 (C.A.), at p. 550, *per* MacKinnon J.A. (as he then was). It might also result in rival systems of regulation, which would be a "source of uncertainty and endless disputes" (*Bell Canada*, at p. 843, *per* Beetz J.) and a "jurisdictional nightmare" (*British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, at para. 140, *per* Bastarache J.).

[54] The Province's second argument is that interjurisdictional immunity does not apply to the case at bar because s. 26 of the *ARPALAA* raises a double aspect. The Province relies on the statement in *Lafarge Canada*, at para. 4, that interjurisdictional immunity "should not be used where, as here, the legislative subject matter (waterfront development) presents a double aspect" — one provincial, one federal.

[55] This comment should be read in the context of the reasons as a whole. Binnie and LeBel JJ. went on to consider the application of interjurisdictional immunity, despite having identified a clear double aspect (para. 43). Indeed, at para. 42 of *Lafarge Canada*, they cited with approval *Bell Canada*, at pp. 839 and 859-60, in which it was found that interjurisdictional immunity actually rendered the impugned legislation inapplicable, even though the law in question raised a double aspect.

en invoquant la prépondérance fédérale, il lui faudrait établir l'existence d'un conflit de lois avec chacune des décisions de la Commission relatives aux aéroports puisque la doctrine de la prépondérance traite des conflits dans l'exercice du pouvoir lorsque les lois fédérales et provinciales se chevauchent : *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 11. Le Parlement ne serait pas libre d'adopter des mesures législatives générales et habilitantes, s'il choisissait de le faire (et c'est ce qu'il a fait). Accepter cet argument restreindrait les choix législatifs du Parlement et entraverait l'exercice de sa compétence fondamentale. Voir *Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon* (1976), 11 O.R. (2d) 546 (C.A.), p. 550, le juge MacKinnon (plus tard Juge en chef adjoint de l'Ontario). Cela pourrait également donner lieu à des systèmes de réglementation contradictoires, ce qui serait une « source d'incertitudes et de litiges innombrables » (*Bell Canada*, p. 843, le juge Beetz) et un « cauchemar » (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 140, le juge Bastarache).

[54] Selon le deuxième argument de la province, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas en l'espèce parce que l'art. 26 de la *LPTAA* présente un double aspect. La province fonde son argument sur l'affirmation, dans *Lafarge Canada*, au par. 4, selon laquelle « il n'y a pas lieu d'utiliser cette doctrine [de l'exclusivité des compétences] lorsque, comme en l'espèce, la matière législative (l'aménagement du front de mer) présente un double aspect » — l'un provincial et l'autre fédéral.

[55] Ce commentaire devrait être interprété dans le contexte de l'ensemble des motifs. Les juges Binnie et LeBel ont ensuite examiné l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences, même s'ils avaient clairement relevé un double aspect (par. 43). Certes, au par. 42 de *Lafarge Canada*, ils ont cité et approuvé l'arrêt *Bell Canada* aux p. 839 et 859-860, dans lequel notre Cour a conclu que l'exclusivité des compétences rendait la loi contestée inapplicable, même si la loi en question présentait un double aspect.

[56] The Province's real objection appears to be that a law which presents a double aspect, and which is valid in its provincial aspect, should not have its application cut down merely because it impairs the core of a federal competence. Why, the Province asks, should a valid provincial law not apply, simply because Parliament has duplicative authority under the *Constitution Act, 1867*? If Parliament wants to prevent the impact, let it enact positive legislation creating an operative conflict and rely on the doctrine of federal paramountcy.

[57] This objection misapprehends the doctrine of interjurisdictional immunity. The interjurisdictional immunity analysis presumes the validity of a law and focuses exclusively on the law's effects on the core of a federal power: *Canadian Western Bank*, at para. 48. What matters, from the perspective of interjurisdictional immunity, is that the law has the effect of impairing the core of a federal competency. In those cases where the doctrine applies, it serves to protect the immunized core of federal power from any provincial impairment.

[58] The Province's argument that interjurisdictional immunity cannot apply to laws possessing a double aspect is, at bottom, a challenge to the very existence of the doctrine of interjurisdictional immunity. Among the reasons for rejecting a challenge to the existence of the doctrine is that the text of the *Constitution Act, 1867*, itself refers to exclusivity: *Canadian Western Bank*, at para. 34. The doctrine of interjurisdictional immunity has been criticized, but has not been removed from the federalism analysis. The more appropriate response is the one articulated in *Canadian Western Bank* and *Lafarge Canada*: the doctrine remains part of Canadian law but in a form constrained by principle and precedent. In this way, it balances the need for intergovernmental flexibility with the need for predictable results in areas of core federal authority.

[56] La véritable objection de la province semble être qu'il ne faudrait pas restreindre l'application d'une loi présentant un double aspect et qui est valide sous son aspect provincial simplement parce qu'elle a une incidence sur le cœur d'une compétence fédérale. Pourquoi, demande la province, une loi provinciale valide devrait-elle être inapplicable, simplement parce que le Parlement a une compétence qui fait double emploi en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Si le Parlement veut prévenir cette incidence, qu'il adopte une loi explicite créant un conflit d'application et qu'il invoque la doctrine de la prépondérance.

[57] Par cette objection, la province se méprend sur la doctrine de l'exclusivité des compétences. L'analyse de cette doctrine présuppose la validité d'une loi et porte exclusivement sur les effets de la loi sur le cœur d'une compétence fédérale : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 48. Ce qui importe, du point de vue de l'exclusivité des compétences, c'est que la loi a pour effet d'entraver l'exercice d'une activité relevant du cœur d'une compétence fédérale. Dans les cas où elle s'applique, la doctrine assure la protection, contre toute entrave provinciale, du cœur de la compétence fédérale qui bénéficie de l'exclusivité.

[58] L'argument de la province selon lequel la doctrine de l'exclusivité des compétences ne peut s'appliquer aux lois qui comportent un double aspect sert, au fond, à contester l'existence même de la doctrine. Or, la mention de la notion d'exclusivité dans le texte même de la *Loi constitutionnelle de 1867* se veut l'une des raisons pour rejeter une contestation de l'existence de cette doctrine : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 34. La doctrine de l'exclusivité des compétences a été critiquée, mais elle n'a pas été écartée de l'analyse du fédéralisme canadien. La réponse la plus appropriée est celle formulée dans *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge Canada* : la doctrine fait encore partie du droit canadien, mais elle est encadrée par des considérations de principe et des précédents. De cette façon, elle établit un équilibre entre la nécessité d'une certaine souplesse intergouvernementale et le besoin de solutions prévisibles dans les domaines relevant du cœur de la compétence fédérale.

[59] For these reasons, even if s. 26 of the *ARPALAA* raises a double aspect (a matter which I need not decide), I conclude that the Province's position must be rejected.

[60] To sum up, the doctrine of interjurisdictional immunity is applicable in this case. The location of aerodromes lies at the core of the federal competence over aeronautics. Section 26 of the Act impinges on this core in a way that impairs this federal power. If s. 26 applied, it would force the federal Parliament to choose between accepting that the province can forbid the placement of aerodromes on the one hand, or specifically legislating to override the provincial law on the other hand. This would seriously impair the federal power over aviation, effectively forcing the federal Parliament to adopt a different and more burdensome scheme for establishing aerodromes than it has in fact chosen to do.

[61] To be sure, this result limits the ability of provincial and municipal authorities to unilaterally address the challenges that aviation poses to agricultural land use regulation. However, as Binnie and LeBel JJ. noted in *Canadian Western Bank*, at para. 54, Parliament's exclusive power to decide the location of aircraft landing facilities is vital to the viability of aviation in Canada. As stated in *Lafarge Canada*: "The transportation needs of the country cannot be allowed to be hobbled by local interests. Nothing would be more futile than a ship denied the space to land or collect its cargo and condemned like the *Flying Dutchman* to forever travel the seas" (para. 64).

### C. Federal Paramountcy

[62] Unlike interjurisdictional immunity, which is concerned with the *scope* of the federal power, paramountcy deals with the way in which that power is *exercised*. Paramountcy is relevant where there is conflicting federal and provincial legislation. As Major J. explained in *Rothmans*, at para. 11, "[t]he

[59] Pour ces motifs, même si l'art. 26 de la *LPTAA* présente un double aspect (un point sur lequel je n'ai pas à me prononcer), je conclus que la position de la province doit être rejetée.

[60] En résumé, la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique en l'espèce. La détermination de l'emplacement des aérodromes se trouve au cœur de la compétence fédérale en matière d'aéronautique. L'article 26 de la *LPTAA* empiète sur ce cœur d'une façon qui entrave l'exercice de cette compétence fédérale. S'il était applicable, cet article obligerait le Parlement à choisir entre accepter que la province puisse interdire l'aménagement d'aérodromes, ou légiférer expressément de manière à écarter la loi provinciale. Cela entraverait sérieusement l'exercice de la compétence fédérale en matière d'aviation et forcerait effectivement le Parlement à adopter, pour la construction des aérodromes, un cadre différent et plus contraignant que celui qu'il a choisi d'adopter.

[61] Certes, cette solution restreint la possibilité, pour les autorités provinciales et municipales, de relever unilatéralement les défis que pose l'aviation pour la réglementation relative à l'utilisation des terres agricoles. Toutefois, comme les juges Binnie et LeBel l'ont signalé dans *Banque canadienne de l'Ouest*, au par. 54, la compétence exclusive que possède le Parlement pour déterminer l'emplacement des pistes d'atterrissage est essentielle à la viabilité de l'aviation au Canada. Ainsi qu'ils l'ont affirmé dans *Lafarge Canada* : « Les intérêts locaux ne sauraient entraver les besoins du pays en matière de transport. Rien ne serait plus inutile qu'un navire auquel on refuserait l'espace nécessaire pour accoster ou prendre possession de son fret et qui serait ainsi condamné, comme le *Flying Dutchman*, à naviguer éternellement » (par. 64).

### C. La prépondérance fédérale

[62] Contrairement à la doctrine de l'exclusivité des compétences, laquelle se rapporte à la *portée* de la compétence fédérale, celle de la prépondérance fédérale se rapporte à la façon dont la compétence est *exercée*. La doctrine de la prépondérance est pertinente lorsqu'un conflit oppose une loi

doctrine of federal legislative paramountcy dictates that where there is an inconsistency between validly enacted but overlapping provincial and federal legislation, the provincial legislation is inoperative to the extent of the inconsistency.”

[63] The effect of the doctrine of interjurisdictional immunity is to negate the potential inconsistency between federal and provincial legislation by rendering the provincial legislation inapplicable to the extent it impairs the core of a federal power. Because I have concluded that interjurisdictional immunity resolves the dispute in this case, it is unnecessary to consider federal paramountcy. However, in light of the submissions of the parties, it may be useful to explore the applicability of this doctrine.

[64] Claims in paramountcy may arise from two different forms of conflict. The first is operational conflict between federal and provincial laws, where one enactment says “yes” and the other says “no”, such that “compliance with one is defiance of the other”: *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191, per Dickson J. In *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at p. 155, La Forest J. identified a second branch of paramountcy, in which dual compliance is possible, but the provincial law is incompatible with the purpose of federal legislation: see also *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 72; *Lafarge Canada*, at para. 84. Federal paramountcy may thus arise from either the impossibility of dual compliance or the frustration of a federal purpose: *Rothmans*, at para. 14.

[65] We are not here concerned with an operational conflict. Federal legislation says “yes, you can build an aerodrome” while provincial legislation says “no, you cannot”. However, the federal legislation does not require the construction of an aerodrome. Thus, in Dickson J.’s formulation in *McCutcheon*, compliance with one is not defiance

fédérale à une loi provinciale. Comme le juge Major l’a expliqué dans *Rothmans*, au par. 11, « [s]elon la doctrine de la prépondérance des lois fédérales, en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale qui sont validement adoptées, mais qui se chevauchent, la loi provinciale devient inopérante dans la mesure de l’incompatibilité. »

[63] La doctrine de l’exclusivité des compétences a pour effet d’annuler l’éventuelle incompatibilité entre une loi fédérale et une loi provinciale en rendant la loi provinciale inapplicable dans la mesure où elle entrave l’exercice d’une activité relevant du cœur d’un pouvoir fédéral. Comme j’ai conclu que la doctrine de l’exclusivité des compétences permet de trancher le présent litige, il n’est pas nécessaire de tenir compte de celle de la prépondérance fédérale. Toutefois, compte tenu des arguments présentés par les parties, il peut être utile d’examiner l’applicabilité de cette doctrine.

[64] Deux formes de conflit différentes permettent d’invoquer la prépondérance. La première est le conflit d’application entre une loi fédérale et une loi provinciale, où une loi dit « oui » et l’autre dit « non », de sorte que « l’observance de l’une entraîne l’inobservance de l’autre » : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191, le juge Dickson. Dans *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 155, le juge La Forest a relevé, pour le critère de la prépondérance, un deuxième volet selon lequel il est possible de se conformer aux deux textes même si la loi provinciale est incompatible avec l’objet de la loi fédérale : voir aussi *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 72; *Lafarge Canada*, par. 84. La règle de la prépondérance fédérale peut donc s’appliquer s’il est impossible de se conformer aux deux textes ou si la réalisation de l’objet d’une loi fédérale est entravée : *Rothmans*, par. 14.

[65] Il n’est pas question en l’espèce d’un conflit d’application; selon la loi fédérale, « oui, vous pouvez construire un aérodrôme » mais selon la loi provinciale, « non, vous ne le pouvez pas ». Toutefois, la loi fédérale n’exige pas la construction d’un aérodrôme. Par conséquent, pour reprendre les termes employés par le juge Dickson dans *McCutcheon*,

of the other. Here, it is possible to comply with both the provincial and federal legislation by demolishing the aerodrome.

[66] The question, therefore, is whether the provincial legislation is incompatible with the *purpose* of the federal legislation. To determine whether the impugned legislation frustrates a federal purpose, it is necessary to consider the regulatory framework that governs the decision to establish an aerodrome. The party seeking to invoke the doctrine of federal paramountcy bears the burden of proof: *Lafarge Canada*, at para. 77. That party must prove that the impugned legislation frustrates the purpose of a federal enactment. To do so, it must first establish the purpose of the relevant federal statute, and then prove that the provincial legislation is incompatible with this purpose. The standard for invalidating provincial legislation on the basis of frustration of federal purpose is high; permissive federal legislation, without more, will not establish that a federal purpose is frustrated when provincial legislation restricts the scope of the federal permission: see *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241.

[67] Parliament has put in place a regulatory framework to govern the location of aerodromes. The cornerstone of this scheme is s. 4.9(e) of the *Aeronautics Act*, which authorizes the Governor in Council to make regulations regarding “activities at aerodromes and the location, inspection, certification, registration, licensing and operation of aerodromes”. Operating under this authority, the Governor in Council has introduced the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433 (“CAR”). These regulations generally permit citizens to construct aerodromes without the prior approval of the Minister. Under s. 302.01(1), an aerodrome may not be established in “the built-up area of a city or town” or for scheduled passenger service, without approval by the Minister. In all other cases, an aerodrome will be registered and appear on flight charts provided that it meets certain safety standards. In the present appeal, Laferrière and Gervais’s aerodrome was registered with the

l’observance de l’une n’entraîne pas l’inobservance de l’autre. En l’espèce, il est possible de se conformer tant à la loi provinciale qu’à la loi fédérale en démolissant l’aéroport.

[66] La question est donc de savoir si la loi provinciale est incompatible avec l’*objet* de la loi fédérale. Pour déterminer si la loi contestée entrave la réalisation d’un objectif fédéral, il faut examiner le cadre réglementaire qui régit la décision de construire un aéroport. Le fardeau de la preuve incombe à la personne qui invoque la doctrine de la prépondérance fédérale : *Lafarge Canada*, par. 77. Cette personne doit prouver que la loi contestée va à l’encontre de l’objet d’une loi fédérale. Pour ce faire, elle doit d’abord établir l’objet de la loi fédérale pertinente et ensuite prouver que la loi provinciale est incompatible avec cet objet. La norme d’invalidation d’une loi provinciale au motif qu’elle entrave la réalisation de l’objet fédéral est élevée; une loi fédérale permissive, sans plus, ne permettra pas d’établir l’entrave de son objet par une loi provinciale qui restreint la portée de la permissivité de la loi fédérale : voir *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241.

[67] Le Parlement a établi un cadre réglementaire permettant de régir l’emplacement des aéroports. La pierre angulaire de ce régime est l’al. 4.9e) de la *Loi sur l’aéronautique*, lequel permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements en ce qui concerne « les activités exercées aux aéroports ainsi que l’emplacement, l’inspection, l’enregistrement, l’agrément et l’exploitation des aéroports ». En application de cette loi, le gouverneur en conseil a pris le *Règlement de l’aviation canadien*, DORS/96-433 (le « RAC »). Ce règlement permet, en règle générale, aux citoyens de construire des aéroports sans l’autorisation préalable du ministre. Aux termes du par. 302.01(1), un aéroport ne peut, sans l’approbation du ministre, être situé dans « la zone bâtie d’une ville ou d’un village » ou être utilisé afin de fournir un service aérien régulier de transport de passagers. Dans tous les autres cas, un aéroport sera enregistré et apparaîtra sur les cartes de vol dans la mesure où il respecte

Minister of Transport. The effect of this scheme is to permit aerodromes to be built without prior federal approval, and then become subject to detailed federal regulations.

[68] One must also reject the argument that Parliament deliberately implemented a permissive regulatory framework for the purpose of encouraging the widespread construction of aviation facilities. The difficulty is that while Parliament has occupied the field, there is no proof that the Governor in Council deliberately adopted minimal requirements for the construction and licensing of aerodromes in order to encourage the spread of aerodromes. As discussed above, invocation of federal paramountcy on the basis of frustration of purpose, as opposed to operational conflict, requires clear proof of purpose; mere permissive federal legislation does not suffice. That proof is lacking here. Accordingly, this branch of the paramountcy argument cannot succeed.

[69] The distinction between a federal purpose sufficient to attract the doctrine of federal paramountcy on the one hand, and absence of specific purpose on the other, is illustrated by a comparison of this Court's decisions in *Spraytech* and *Mangat*. In *Spraytech*, the federal pesticide legislation was permissive, allowing the manufacture and use of the pesticides. In this sense, the federal scheme resembled the *Aeronautics Act*, which permits the construction of aerodromes wherever their construction is not expressly restricted. The impugned municipal by-law prevented the use of pesticides that would have been permitted under the federal scheme. L'Heureux-Dubé J. held that the second branch of the doctrine of federal paramountcy was not engaged:

Analogies to motor vehicles or cigarettes that have been approved federally, but the use of which can nevertheless be restricted municipally, well illustrate this

certaines exigences en matière de sécurité. Dans le présent pourvoi, l'aérodrome de M. Laferrière et de M<sup>me</sup> Gervais était enregistré auprès du ministre des Transports. Ce régime vise à permettre la construction d'aérodromes sans l'approbation préalable des autorités fédérales, et ils deviennent alors assujettis aux règlements fédéraux détaillés.

[68] Il faut également rejeter l'argument selon lequel le Parlement a délibérément élaboré un cadre réglementaire permissif dans le but d'encourager la construction généralisée d'installations aéroportuaires. La difficulté réside dans le fait que, bien que le Parlement ait occupé le champ, il n'existe aucune preuve que le gouverneur en conseil a délibérément adopté des exigences minimales relativement à la construction et à l'agrément des aérodromes afin d'en encourager la dissémination. Comme je l'ai indiqué précédemment, pour invoquer la prépondérance fédérale parce que la réalisation de l'objet est entravée, plutôt qu'en raison d'un conflit d'application, il faut une preuve claire de l'objet; le simple fait qu'une loi fédérale soit permissive ne suffit pas. Cette preuve n'existe pas en l'espèce. Par conséquent, ce volet de l'argument fondé sur la prépondérance ne peut être invoqué.

[69] La distinction entre un objet fédéral suffisant pour déclencher l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale, d'une part, et l'absence d'un objet précis, d'autre part, est illustrée par une comparaison des décisions de notre Cour dans *Spraytech* et *Mangat*. Dans *Spraytech*, la législation fédérale relative aux pesticides était permissive, autorisant de ce fait la fabrication et l'utilisation des pesticides. En ce sens, le régime fédéral ressemblait à la *Loi sur l'aéronautique*, laquelle permet la construction d'aérodromes partout où leur construction n'est pas expressément restreinte. Le règlement municipal contesté interdisait l'utilisation de pesticides qui auraient été autorisés en vertu du régime fédéral. La juge L'Heureux-Dubé a conclu que le deuxième volet de la doctrine de la prépondérance fédérale ne s'appliquait pas :

L'analogie avec les véhicules automobiles et les cigarettes qui ont été approuvés au niveau fédéral mais dont l'usage peut toutefois être restreint au niveau municipal illustre

conclusion. There is, moreover, no concern in this case that application of By-law 270 displaces or frustrates “the legislative purpose of Parliament”. [para. 35]

[70] In *Mangat*, by contrast, federal legislation provided for “other counsel”, who were not members of a provincial bar, to appear before the Immigration and Refugee Board (“IRB”) for a fee. However, the provincial statute required agents appearing before the IRB to be members of a provincial bar association or else refrain from charging a fee. Though it was possible to comply with both the federal and provincial enactments (non-lawyers could appear without charging a fee), Gonthier J. concluded that the provincial law undermined the *purpose* of the federal legislation (para. 72). Parliament had specifically provided that non-lawyers could appear before the IRB. This express purpose prevailed over the Province’s conflicting legislation.

[71] The Attorney General of Canada submits that the provincial legislation frustrates a second, more specific federal purpose. It argues that registration of the aerodrome under the *Aeronautics Act* amounts to ministerial authorization to build an aerodrome in a designated agricultural region. The provincial legislation, it concludes, would interfere with the Minister’s intention that there should be an aerodrome on Laferrière and Gervais’s land.

[72] Section 301.03(1) of the CAR states that the Minister shall register an aerodrome, provided that the required information is filed, and provided that it complies with the safety regulations in ss. 301.05 to 301.09. Because the Minister is obliged to register an aerodrome under these circumstances, registration does not signify a federal intention that an aeronautics facility should be located in a given area.

[73] Admittedly, s. 302.01(1)(c) of the CAR states that the Minister may require that an aerodrome be certified as an airport if “meeting the requirements necessary for the issuance of an airport certificate would be in the public interest and would further the safe operation of the aerodrome”. However,

bien cette conclusion. Il n’y a, en outre, aucune crainte en l’espèce que l’application du règlement 270 écarte ou déjoue « l’intention du Parlement ». [par. 35]

[70] Par contre, dans *Mangat*, la loi fédérale autorisait un « autre conseiller » ou un « autre conseil », non-membre du barreau d’une province, à comparaître devant la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la « CISR ») moyennant rétribution. Toutefois, la loi provinciale exigeait que les agents qui comparaissaient devant la CISR soient membres du barreau d’une province ou s’abstiennent de demander une rétribution. Même s’il était possible de se conformer aux deux textes de loi, fédéral et provincial (les non-avocats pourraient comparaître sans demander une rétribution), le juge Gonthier a conclu que la loi provinciale allait à l’encontre de l’*objet* de la loi fédérale (par. 72). Le Parlement avait expressément prévu que les non-avocats pouvaient comparaître devant la CISR. Cette intention exprime l’emportait sur la loi provinciale incompatible.

[71] Le procureur général du Canada prétend que la loi provinciale entrave la réalisation d’un deuxième objectif fédéral plus précis. Il assimile l’enregistrement de l’aérodrome en vertu de la *Loi sur l’aéronautique* à une autorisation ministérielle de construire un aérodrome dans une région agricole désignée. Selon lui, la loi provinciale empiéterait sur l’intention du ministre qu’il y ait un aérodrome sur le terrain de M. Laferrière et de M<sup>me</sup> Gervais.

[72] Selon le paragraphe 301.03(1) du RAC, le ministre enregistre l’aérodrome pourvu que les renseignements requis soient fournis et que l’aérodrome respecte les exigences des art. 301.05 à 301.09 en matière de sécurité. Comme le ministre est tenu d’enregistrer un aérodrome dans ces circonstances, l’enregistrement ne signifie pas que le législateur fédéral a voulu qu’une installation aéroportuaire se trouve dans un secteur donné.

[73] Certes, aux termes de l’al. 302.01(1)(c) du RAC, le ministre peut exiger qu’un aérodrome soit certifié comme un aéroport si « le respect des exigences nécessaires à la délivrance d’un certificat d’aéroport serait dans l’intérêt public et augmenterait la sécurité quant à l’utilisation de l’aérodrome ».

s. 302.01(1)(c) cannot be read *a contrario* to suggest that the Minister has deemed the location of an aerodrome to be in the public interest simply because he has not required it to be certified as an airport.

[74] In summary, the evidence does not establish a federal purpose regarding the location of aerodromes that is frustrated by the provincial legislation. The Regulations provide that the Minister may determine that the location of each registered aerodrome is in the public interest, should he so choose. But they do not disclose any federal purpose with respect to the location of aerodromes. The frustration of a federal purpose is not established, and the doctrine of federal paramountcy cannot be invoked.

#### VI. Conclusion

[75] In light of the foregoing, I would dismiss the appeal on the ground of interjurisdictional immunity and award costs to the respondent. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the *Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1, constitutionally inapplicable under the doctrine of interjurisdictional immunity to an aerodrome operated by the respondent?

Answer: Yes.

2. Is the *Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1, constitutionally inoperative under the doctrine of federal legislative paramountcy, having regard to the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, and the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433?

Answer: No.

English version of the reasons delivered by

[76] **LEBEL J.** (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and of Deschamps J. With respect for those who hold a different view, I agree with Deschamps J., and in particular with her comments about the application of the doctrine

Toutefois, l'alinéa 302.01(1)c ne peut être interprété *a contrario* de manière à laisser entendre que le ministre a considéré que l'emplacement d'un aérodrome était dans l'intérêt public simplement parce qu'il n'a pas exigé que l'aérodrome soit certifié comme un aéroport.

[74] En résumé, la preuve n'établit pas que la loi provinciale entrave un objectif fédéral relatif à l'emplacement des aérodromes. Selon le Règlement, le ministre peut, s'il le veut, décider que l'emplacement de chaque aérodrome enregistré est dans l'intérêt public. Cependant, il n'y est question d'aucun objectif fédéral en ce qui concerne l'emplacement des aérodromes. L'entrave à la réalisation d'un objectif fédéral n'est pas établie et la doctrine de la prépondérance fédérale ne peut être invoquée.

#### VI. Conclusion

[75] Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de rejeter le pourvoi en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences, et d'accorder les dépens à l'intimée. Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. La *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., ch. P-41.1, est-elle constitutionnellement inapplicable, en vertu du principe de l'exclusivité des compétences, à un aérodrome exploité par l'intimée?

Réponse : Oui.

2. La *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., ch. P-41.1, est-elle constitutionnellement inopérante par l'effet du principe de la prépondérance des lois fédérales, compte tenu de la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2, et du *Règlement de l'aviation canadien*, DORS/96-433?

Réponse : Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

[76] **LE JUGE LEBEL** (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef et de la juge Deschamps. Avec égards pour l'avis contraire, je suis d'accord avec l'opinion de Madame la juge Deschamps, notamment quant à ses observations

of interjurisdictional immunity to the private aerodrome in issue in this appeal.

[77] The building of a landing strip at a location of a company's choosing and the administrative registration of an aerodrome cannot be considered acts or rights that fall within the core of the federal aeronautics power. In Canada's federal system, land use planning is an important provincial power that can be exercised without impairing the core of that federal power. Determining the locations of airports and aerodromes is an essential component of the federal aeronautics power. However, that power is not engaged here in a way that would be inconsistent with the doctrine of interjurisdictional immunity.

[78] I would accordingly allow the appeal as proposed by Deschamps J.

English version of the reasons delivered by

[79] DESCHAMPS J. (dissenting) — This case was heard concurrently with *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453. In both appeals, the issue concerns the constitutionality of provincial zoning rules, having regard to Canada's constitutional division of powers and, more precisely, to the federal aeronautics power.

[80] A first difference between these two cases is that whereas the rules in issue in *Lacombe* related to *municipal* zoning, those in issue in the instant case relate to *agricultural* zoning. A second difference lies in the fact that in the instant case the validity of the relevant provincial provisions is not actually being challenged. All that is in issue in this appeal is whether the provisions are applicable and whether they are operative.

[81] That being said, I should mention that the *Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1

sur l'application de la doctrine de la protection des compétences à l'égard de l'implantation de l'aérodrome privé visé par le présent pourvoi.

[77] L'implantation par une entreprise d'une piste d'atterrissage à un endroit choisi à son gré, ainsi que l'inscription d'un aérodrome dans un registre administratif, ne peuvent être considérés comme des actes ou des droits situés au cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique. Dans l'État fédéral que constitue le Canada, en effet, l'aménagement du territoire représente une compétence provinciale importante qui peut être respectée, sans pour autant entraver le cœur de cette compétence fédérale. Un des éléments essentiels du pouvoir fédéral sur l'aéronautique est la détermination de l'endroit où seront établis les aéroports et les aérodromes. Or, ce pouvoir n'est pas ici mis en cause d'une façon qui violerait la doctrine de la protection des compétences.

[78] En conséquence, j'accueillerais le pourvoi comme le propose la juge Deschamps.

Les motifs suivants ont été rendus par

[79] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — La présente affaire a été entendue en même temps que l'affaire *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453. Les deux pourvois portent sur la constitutionnalité de normes provinciales de zonage, eu égard à la répartition fédérative des compétences législatives au Canada et, plus exactement, au pouvoir du fédéral de légiférer en matière d'aéronautique.

[80] Une première différence entre ces deux dossiers est que, tandis que l'affaire *Lacombe* concerne des normes en matière de zonage *municipal*, la présente affaire porte sur des normes en matière de zonage *agricole*. Une deuxième différence réside dans le fait que, en l'espèce, la validité des dispositions provinciales en cause n'est pas contestée en réalité. Le pourvoi ne porte donc que sur l'applicabilité et l'opérabilité de ces dispositions.

[81] Cela dit, il convient de préciser que la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., ch. P-41.1 (« LPTAA »), découle de l'exercice

(“*ARPALAA*”), is the result of a valid exercise by the Quebec legislature of its *concurrent* power over agriculture (*Constitution Act, 1867*, s. 95). But that power, one that is shared with Parliament, is not the one in respect of which the respondent, the Canadian Owners and Pilots Association (the “Association”), cites the doctrine of inter-jurisdictional immunity; as I explain in *Lacombe*, that doctrine can protect only *exclusive* powers. Rather, the Association relies on interjurisdictional immunity in respect of the exclusive federal aeronautics power. In the same vein, since the respondent Association’s argument is based on the paramountcy of rules — of the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, and the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433 — falling under that same head of power, what it is seeking is in fact a declaration of paramountcy of rules adopted pursuant to an exclusive federal power, not of a federal rule adopted pursuant to the power over agriculture under s. 95 of the *Constitution Act, 1867*. In other words, the fact that the provincial rule in issue here relates to agricultural zoning has no impact on its validity, and the fact that its validity is based on the exercise of a concurrent power gives rise to no legal distinction between the instant case and *Lacombe* for the purpose of determining whether the rule is applicable and whether it is operative.

[82] From the standpoint of federal law, the relevant legislative facts are therefore the same in this case as in *Lacombe*. However, there is no evidence in the record of this case that those on whose behalf the respondent Association is acting held an air operator certificate. Nor is there any evidence that the aerodrome might have been registered aside from a suggestion made at the hearing — which could not be verified — that it was.

[83] From the standpoint of provincial law, the legislative facts differ slightly, since the instant case concerns agricultural zoning legislation rather than a municipal zoning by-law. In Quebec, there is, in addition to the decentralized municipal zoning system, a centralized system of agricultural zoning that takes precedence over the municipal system. One purpose of this centralization is to protect agricultural land from certain policies respecting

valide, par le législateur québécois, de sa compétence *concurrente* sur l’agriculture (*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 95). Toutefois, ce n’est pas à l’égard de cette compétence appartenant également au Parlement fédéral que l’intimée, Canadian Owners and Pilots Association (l’« Association »), a invoqué la doctrine de la protection des compétences qui, comme je l’explique dans l’affaire *Lacombe*, ne saurait protéger que des compétences *exclusives*, mais plutôt à l’égard de la compétence exclusive du fédéral sur l’aéronautique. Dans le même sens, comme l’Association intimée plaide la prépondérance de normes relevant de ce pouvoir — en l’occurrence la *Loi sur l’aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2, et le *Règlement de l’aviation canadien*, DORS/96-433 —, c’est bien la prépondérance des normes adoptées dans l’exercice d’une compétence fédérale exclusive qu’on veut faire confirmer, et non le caractère prépondérant de quelque norme fédérale relative à l’agriculture fondée sur l’art. 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En d’autres termes, le fait que la norme provinciale en cause concerne le zonage agricole n’affecte en rien sa validité, et le fait que cette validité découle de l’exercice d’une compétence concurrente n’entraîne ici, par rapport au dossier *Lacombe*, aucune différence de droit pertinente pour le contrôle de l’applicabilité et de l’opérabilité de cette norme.

[82] Sur le plan du droit fédéral, les faits législatifs et réglementaires pertinents sont donc en l’espèce les mêmes que dans l’affaire *Lacombe*. Cependant, il n’existe dans le présent dossier aucun certificat d’exploitation aérienne dont seraient titulaires ceux pour qui agit l’Association intimée. Il en va de même d’un virtuel enregistrement de l’aérodrome, exception faite de la suggestion qui a été avancée à l’audience à cet égard, mais qui n’a pu être vérifiée.

[83] Sur le plan du droit provincial, les faits législatifs diffèrent légèrement en ce qu’il est ici question de zonage agricole et non de zonage municipal. En effet, en sus du régime de zonage décentralisé que constitue le zonage municipal, il existe au Québec un régime de zonage agricole centralisé qui a prépondérance sur le premier. Celui-ci a notamment pour but de protéger les terres agricoles contre certaines politiques d’urbanisation ou de développement

urbanization or development established by municipalities governed by either the *Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1, or the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19. Section 22 of the *ARPALAA* provides that “[t]he Government may, by decree, identify any part of the territory of Québec as a designated agricultural region.” Section 26 of the *ARPALAA* then provides that, “[e]xcept in the cases and circumstances determined in a regulation under section 80, no person may, in a designated agricultural region, use a lot for any purpose other than agriculture without the authorization of the [Commission de protection du territoire agricole du Québec (“the Commission”)].” Section 3 provides that the Commission is responsible for the administration of the *ARPALAA*, and s. 14(4) gives it the power to order, *inter alia*, that the lot in question be restored to its former condition.

[84] In the case at bar, the respondent Association is representing the owners of lot 51 of range 1 of the cadastre of St-Mathieu parish. In 1998, those owners began clearing trees from a portion of the lot in order to build a landing strip and aircraft hangar on it. The lot was in a designated agricultural region, and the record discloses no regulation made under s. 80 of the *ARPALAA* that permitted the owners to use the lot for a non-agricultural purpose such as this without first applying to the Commission for authorization to do so.

[85] On July 13, 1999, the Commission ordered the owners to cease the non-agricultural use and to restore the lot to its former condition. That decision was confirmed by the Administrative Tribunal of Québec on July 13, 2000. The Court of Québec granted leave to appeal from the Tribunal’s decision on May 31, 2001. On October 22, 2002, the Court of Québec dismissed the appeal from the Tribunal’s decision. On June 21, 2006, the Quebec Superior Court dismissed a motion for judicial review of the Court of Québec’s decision (2006 QCCS 3377 (CanLII)). The Quebec Court of Appeal allowed an appeal from the Superior Court’s decision (2008 QCCA 427, 48 M.P.L.R. (4th) 26).

[86] The first issue is whether the obligation to obtain an authorization to engage in activities other

des municipalités, que celles-ci soient régies par le *Code municipal du Québec*, L.R.Q., ch. C-27.1, ou par la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19. La *LPTAA* prévoit, à son art. 22, que « [l]e gouvernement peut, par décret, identifier comme une région agricole désignée toute partie du territoire du Québec. » L’article 26 de la *LPTAA* précise quant à lui que, « [s]auf dans les cas et conditions déterminés par règlement pris en vertu de l’article 80, dans une région agricole désignée, une personne ne peut, sans l’autorisation de la Commission [de protection du territoire agricole du Québec (« la Commission »)], utiliser un lot à une fin autre que l’agriculture. » L’article 3 charge la Commission de la mise en œuvre de la *LPTAA* et le par. 14(4) l’investit notamment du pouvoir d’ordonner la remise en état du lot concerné.

[84] L’Association intimée représente en l’espèce les propriétaires du lot 51 du rang 1 du cadastre de la paroisse St-Mathieu, lot que ses propriétaires ont entrepris de déboiser partiellement, à partir de 1998, afin d’y aménager une piste d’atterrissage ainsi qu’un hangar d’aéronefs. Ce lot se trouvait en région agricole désignée et le dossier ne révèle aucun règlement pris en vertu de l’art. 80 de la *LPTAA* permettant aux propriétaires d’utiliser les lieux à une telle fin non agricole sans avoir préalablement demandé à la Commission l’autorisation de le faire.

[85] Le 13 juillet 1999, la Commission a ordonné la cessation de l’usage non agricole et la remise en état du lot. Le 13 juillet 2000, cette décision a été confirmée par le Tribunal administratif du Québec. La permission d’appeler de cette décision du Tribunal a été accordée par la Cour du Québec le 31 mai 2001. Le 22 octobre 2002, la Cour du Québec a rejeté l’appel à l’encontre de la décision du Tribunal. Le 21 juin 2006, la Cour supérieure du Québec a rejeté la requête en révision judiciaire de la décision de la Cour du Québec (2006 QCCS 3377 (CanLII)). La Cour d’appel du Québec a accueilli le pourvoi formé contre cette décision (2008 QCCA 427, 48 M.P.L.R. (4th) 26).

[86] La première question consiste à déterminer si l’obligation d’obtenir une autorisation pour se livrer

than agriculture on land whose agricultural purpose is protected by the provincial legislation can have the effect of impairing the activities of undertakings that fall under the exclusive federal aeronautics power.

[87] In *Lacombe* (at paras. 81 *et seq.*), I explain that the issue is, in the final analysis, whether small-scale aviation as a class of activity is being impaired. I state that, for all practical purposes, this issue comes down to whether the area of the space on which the construction of an aerodrome is or may be authorized is sufficient.

[88] When the criterion of the sufficiency of the space that is or may be authorized is applied to the situation of the instant case, the result of the analysis is slightly different from that in *Lacombe*. This is because the relevant provincial legislative facts are different. Agricultural zoning does not take place on the same scale as municipal zoning. Whereas municipal zoning is by nature a matter for decentralized public bodies, agricultural zoning falls within the centralized jurisdiction of the provincial government. Thus, it is the Quebec government that is responsible for designating agricultural land under s. 22 of the *ARPALAA*. This means that, in the instant case, the sufficiency of spaces available for establishing bases must be assessed in relation not to a specific municipal territory, but to the entire territory of Quebec.

[89] The record shows that the designated agricultural land represents only about 63,000 km<sup>2</sup>, or about 4 percent of the province's territory. Located mainly in southern Quebec, which is by far the most heavily populated part of the province, the zones in question are undoubtedly of special interest to the small-scale, indeed also to the large-scale, aviation sector. It is unfortunate that there was little discussion on this point despite its great importance. However, it is apparent from the record in *Lacombe* that there are major small-scale aviation centres in Quebec outside the protected agricultural zones. One example is the Lac-à-la-Tortue airport, which is among the bases of operations indicated in the

à des activités autres que l'agriculture sur certains territoires dont la vocation agricole est protégée par la loi provinciale peut avoir pour effet d'entraver les activités des entreprises qui relèvent de la compétence exclusive du législateur fédéral sur l'aéronautique.

[87] Dans l'affaire *Lacombe* (par. 81 et suiv.), j'explique qu'en dernière analyse la question consiste à juger s'il y a entrave à la petite aviation en tant que catégorie d'activités. Je précise que, à toutes fins utiles, cette question se réduit à déterminer si la surface sur laquelle l'aménagement d'un aérodrome est ou peut être autorisé est suffisante.

[88] L'application du critère de la suffisance des espaces concrètement ou potentiellement autorisés introduit ici une légère variation dans l'analyse par rapport à l'affaire *Lacombe*. Cette variation vient de la différence des faits législatifs provinciaux en cause. En effet, l'échelle de grandeur du zonage agricole n'est pas la même que celle du zonage municipal. Alors que ce dernier relève, de par sa nature, d'autorités publiques décentralisées, le zonage agricole relève quant à lui de l'administration provinciale centrale. Notamment, c'est le gouvernement du Québec qui est chargé de la désignation des territoires agricoles en vertu de l'art. 22 de la *LPTAA*. Cela a pour conséquence que, dans le présent dossier, ce n'est pas par rapport à un territoire municipal donné que le caractère suffisant des espaces pour l'établissement de bases doit être évalué, mais par rapport à l'ensemble du territoire du Québec.

[89] Il appert du dossier que le territoire agricole désigné ne correspond qu'à quelque 63 000 km<sup>2</sup>, soit environ 4 p. 100 du territoire de la province. Situées principalement dans le sud du Québec, c'est-à-dire dans la partie de loin la plus habitée de la province, ces zones présentent sans doute un intérêt particulier pour la petite aviation, voire la grande. Il est regrettable que les débats aient peu porté sur cette question, qui était pourtant fort importante. Il ressort cependant du dossier dans l'affaire *Lacombe* qu'il existe au Québec d'importants centres de petite aviation en dehors des zones agricoles protégées. Je parle ici de l'aéroport de Lac-à-la-Tortue, qui figure parmi les bases d'activités indiquées au certificat

air operator certificate relied on by the respondents in *Lacombe*, and which is in fact located in the Shawinigan area where the land of the owners represented by the Association in the instant case is situated. It can also be seen from the record in *Lacombe* that the float plane company had been operating for three years in full compliance not only with the municipal by-law, but also with the *ARPALAA*, since it had not been operating on designated agricultural land.

[90] The foregoing is sufficient for me to conclude that there is no evidence of an incidental effect that would amount to an impairment of the core of the federal aeronautics power. I would nonetheless add with regard to the possibility of obtaining authorization from the Commission to use a lot for purposes other than agriculture in a designated agricultural region that the record contains no evidence that the Commission's practice has the effect of prohibiting the establishment of aerodromes on all agricultural land in Quebec or of impairing the operation of such facilities.

[91] In any event, the evidence as a whole does not show that the application of the provincial agricultural zoning rules would have the effect of impairing activities that fall within the core of the exclusive federal aeronautics power. I therefore conclude that the provision in issue here is constitutionally applicable to aerodromes.

[92] As for the issue of whether this provision is operative in view of the federal aeronautics legislation, the registration of the aerodrome in question here is all that can be taken into consideration. Since nothing distinguishes the facts of this case — regardless of their legal characterization — from those in *Lacombe* in a way that would require the law to be applied differently on this point than in that case, my conclusion in the case at bar can only be the same: that there is no actual conflict with a federal rule.

[93] For these reasons, I would allow the appeal.

*Appeal dismissed with costs, LEBEL and DESCHAMPS JJ. dissenting.*

d'exploitation aérienne invoqué par les intimés dans l'affaire *Lacombe* et qui est justement situé dans la région de Shawinigan, où se trouve également le terrain des propriétaires représentés par l'Association dans la présente affaire. De plus, le dossier dans l'affaire *Lacombe* montre également que, pendant trois ans, une entreprise hydroaérienne a été exploitée en toute conformité non seulement avec la réglementation municipale, mais aussi avec la *LPTAA* dans la mesure où ces activités se déroulaient en dehors de tout territoire agricole désigné.

[90] Ce qui précède suffit pour conclure que le dossier ne révèle aucun effet incident qui constituerait une entrave au cœur de la compétence fédérale sur l'aéronautique. Je me permets néanmoins d'ajouter que, en ce qui concerne la possibilité d'obtenir de la Commission l'autorisation d'utiliser un lot à des fins autres que l'agriculture en région agricole désignée, le dossier ne contient aucun élément de preuve démontrant que la pratique de la Commission a pour effet d'interdire l'établissement d'aérodromes sur l'ensemble du territoire agricole du Québec ou d'entraver les activités de telles installations.

[91] En tout état de cause, l'ensemble du dossier ne démontre pas que l'application des normes provinciales de zonage agricole aurait pour effet d'entraver les activités qui se situent au cœur de la compétence fédérale exclusive sur l'aéronautique. Je conclus donc que la disposition contestée en l'espèce est constitutionnellement applicable aux aérodromes.

[92] Pour ce qui est du contrôle de l'opérabilité de cette disposition eu égard à la législation fédérale sur l'aéronautique, seul l'enregistrement de l'aérodrome en cause ici peut être pris en considération. Comme aucune différence dans les faits — avant ou après leur qualification par le droit — du présent dossier n'entraîne de variation dans l'application du droit relatif à ce type de contrôle par rapport à l'affaire *Lacombe*, ma conclusion ne peut être que la même en l'espèce, soit l'absence de tout conflit réel avec une norme fédérale.

[93] Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LEBEL et DESCHAMPS sont dissidents.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondent: Pateras & Iezzoni, Montréal.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the intervener Commission de protection du territoire agricole du Québec: Cardinal, Landry, Longueuil.*

*Solicitors for the intervener the City of Shawinigan: Pagé Lussier, Shawinigan.*

*Solicitors for the interveners William Barber, Louise Barber, Rusty Barber, Louise Sokolik, Michel Sokolik, Berthe Ducasse, Jocelyne Galardo, Chantale Trépanier and Bruce Shoor: Lambert Therrien Bordeleau Soucy, Shawinigan.*

*Solicitors for the intervener the Greater Toronto Airports Authority: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intimée : Pateras & Iezzoni, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission de protection du territoire agricole du Québec : Cardinal, Landry, Longueuil.*

*Procureurs de l'intervenante la Ville de Shawinigan : Pagé Lussier, Shawinigan.*

*Procureurs des intervenants William Barber, Louise Barber, Rusty Barber, Louise Sokolik, Michel Sokolik, Berthe Ducasse, Jocelyne Galardo, Chantale Trépanier et Bruce Shoor : Lambert Therrien Bordeleau Soucy, Shawinigan.*

*Procureurs de l'intervenante l'Autorité aéroportuaire du Grand Toronto : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*

Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*

Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2010 Vol. 2**

**and Tables**

**Cited as [2010] 2 S.C.R. { i-xlv  
571-757**

**3<sup>e</sup> cahier, 2010 Vol. 2**

**et Tables**

**Renvoi [2010] 2 R.C.S. { i-xlv  
571-757**

---

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
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 / Arrêtiiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques	IDA SMITH
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	ARCHIBALD MCDONALD	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	JOANNE NORMAN	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	RÉMI SAMSON	
	LOUISE SAVARD	

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

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	ANNE-MARIE NOËL
RITA AYOTTE	NANCY MCCAUGHAN	PETER O'DOHERTY
	PAULINE MCTAVISH	

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

*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.*

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Abbreviations .....	v
Table of Judgments .....	xi
Table of Cases Cited .....	xv
Statutes and Regulations Cited.....	xxxix
Authors Cited.....	xliii
Index .....	747

### **Christensen v. Roman Catholic Archbishop of Québec ..... 694**

Prescription — Extinctive prescription — Action filed 25 years after alleged sexual assault — Whether action prescribed.

### **Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada v. Native Child and Family Services of Toronto ..... 737**

Constitutional law — Division of powers — Labour relations — Aboriginal peoples — Child welfare agency providing services to Aboriginal children and families in Toronto — Union applying to Canada Industrial Relations Board for certification as bargaining agent for child welfare agency's employees — Agency arguing its labour relations within exclusive provincial authority — Whether agency constitutes a federal undertaking based on its nature, operations and habitual activities — Whether Aboriginal aspects of agency's operations and service delivery displace presumption of provincial jurisdiction over labour relations — Constitution Act, 1867, s. 91(24).

### **Globe and Mail v. Canada (Attorney General) ..... 592**

Constitutional law — Canadian Charter — Human rights — Quebec Charter of human rights and freedoms — Evidence — Journalist-source privilege — Freedom of expression — Access to information — Professional secrecy — Newspaper journalist receiving information from confidential unauthorized government source concerning company retained by federal government under Sponsorship Program — Newspaper publishing information alleging misuse and misdirection of public funds — Journalist compelled on cross-examination to answer questions possibly leading to identity of source — Newspaper objecting — Whether relationship protected by class-based journalist-source privilege — Whether basis for privilege constitutional or quasi-constitutional rooted in Canadian Charter and Quebec Charter rights — Whether common law

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xiii
Table de la jurisprudence.....	xxvii
Lois et règlements cités .....	xli
Doctrine citée .....	xliii
Index .....	753

### **Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec ..... 694**

Prescription — Prescription extinctive — Action intentée 25 ans après l'agression sexuelle reprochée — Est-ce que l'action est prescrite?

### **Globe and Mail c. Canada (Procureur général) ..... 592**

Droit constitutionnel — Charte canadienne — Droits de la personne — Charte québécoise des droits et libertés de la personne — Preuve — Privilège du secret des sources des journalistes — Liberté d'expression — Accès à l'information — Secret professionnel — Renseignements obtenus par un journaliste d'un quotidien auprès d'une source gouvernementale confidentielle non autorisée à l'égard d'une entreprise retenue par le gouvernement fédéral dans le cadre du Programme de commandites — Publication par le quotidien d'informations faisant état d'allégations d'usage abusif et de détournement de fonds publics — Journaliste contraint en contre-interrogatoire de répondre à des questions susceptibles de permettre l'identification de la source des informations — Objections formulées par le quotidien — Les rapports entre le journaliste et la source sont-ils protégés par un privilège générique du secret des sources des journalistes? — Le privilège possède-t-il un fondement constitutionnel ou quasi constitutionnel découlant de la Charte canadienne et de la Charte des droits québécoise? — Le cadre d'analyse appliqué en common law pour reconnaître au cas par cas l'existence du privilège est-il pertinent dans une instance civile régie par le droit québécois? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9, 44.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction de publication — Renseignements obtenus par un journaliste d'un quotidien auprès d'une source gouvernementale confidentielle non autorisée à l'égard d'une entreprise retenue par le gouvernement fédéral dans le cadre du Programme de commandites — Publication d'informations donnant notamment des détails

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

framework to recognize case-by-case privilege relevant for civil litigation proceedings under Quebec law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9, 44.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Publication ban — Newspaper journalist receiving information from confidential unauthorized government source concerning company retained by federal government under Sponsorship Program — Information published including details about confidential settlement negotiations between government and company — Court making order prohibiting journalist from reporting and publishing further details concerning settlement negotiations — Whether order having effect of limiting journalist's freedom of expression rights under Canadian Charter — Whether publication ban necessary to prevent serious risk to proper administration of justice — Whether salutary effects of publication ban outweigh deleterious effects — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

### **Kuwait Airways Corp. v. Iraq ..... 571**

Private international law — Foreign judgments — Recognition — Exception to dismiss based on jurisdictional immunity — Application for recognition of English judgment against foreign state — English court having ruled on issue of jurisdictional immunity — Whether Canadian legislation on state immunity applies to application for recognition of English judgment — Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 3076; State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3.

Public international law — Jurisdictional immunity — Commercial activity exception — Application for recognition of English judgment against foreign state — English court holding that foreign state responsible for acts that had misled English courts and resulted in judgment that is subject of application for recognition — Whether foreign state entitled to immunity in Quebec courts — Whether foreign state's acts constituted commercial activities — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, ss. 2 "commercial activity", 3, 5.

Private international law — Foreign judgments — Transitional law — Applicable legal rules — Application for recognition of English judgment rendered after coming into force of Civil Code of Québec — Whether new Code applies to this application — Effect and application of s. 170 of Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sur des négociations confidentielles entre le gouvernement et l'entreprise en vue de la conclusion d'un règlement — Ordonnance du tribunal interdisant au journaliste d'écrire et de publier d'autres articles concernant ces négociations — Cette ordonnance avait-elle pour effet de limiter la liberté d'expression garantie au journaliste par la Charte canadienne? — L'interdiction de publication était-elle nécessaire afin d'écartier un risque sérieux pour la bonne administration de la justice? — Les effets bénéfiques de l'ordonnance de non-publication sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

### **Kuwait Airways Corp. c. Irak ..... 571**

Droit international privé — Jugements étrangers — Reconnaissance — Moyen d'irrecevabilité fondé sur l'immunité de juridiction — Demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement anglais rendu contre un État étranger — Jugement anglais ayant statué sur la question de l'immunité de juridiction — La loi canadienne sur l'immunité des États s'applique-t-elle à la demande de reconnaissance judiciaire du jugement anglais? — Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 3076; Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3.

Droit international public — Immunité de juridiction — Exception de commercialité — Demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement anglais rendu contre un État étranger — Jugement anglais concluant que l'État étranger était l'auteur de manœuvres ayant induit les tribunaux anglais en erreur et donné naissance au jugement dont la reconnaissance est demandée — L'État étranger bénéficie-t-il de l'immunité de juridiction devant les tribunaux québécois? — Les actes accomplis par l'État étranger constituaient-ils des activités commerciales? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 2 « activité commerciale », 3, 5.

Droit international privé — Jugements étrangers — Droit transitoire — Régime juridique applicable — Demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement anglais rendu après l'entrée en vigueur du Code civil du Québec — Les dispositions du nouveau Code régissent-elles cette demande? — Effet et application de l'art. 170 de la Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57.

### **NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union ... 696**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Relations de travail — Autochtones — Agence d'aide à l'enfance offrant des services aux enfants et aux familles autochtones en Colombie-Britannique — Demande du syndicat à la Labour Relations Board de la Colombie-Britannique en vue d'être accrédité à titre d'agent négociateur des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union ... 696**

Constitutional law — Division of powers — Labour relations — Aboriginal peoples — Child welfare agency providing services to Aboriginal children and families in British Columbia — Union applying to B.C. Labour Relations Board for certification as bargaining agent for child welfare agency's employees — Agency arguing its labour relations within exclusive federal authority over Indians — Whether agency constitutes a federal undertaking based on its nature, operations and habitual activities — Whether Aboriginal aspects of agency's operations and service delivery displace presumption of provincial jurisdiction over labour relations — Constitution Act, 1867, s. 91(24).

### **R. v. Allen ..... 648**

Criminal law — Trial — Charge to jury — Adequacy of trial judge's instructions — Charge adequate — Jury instruction fair, balanced and accurate on matters of post-offence conduct.

### **Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council ..... 650**

Constitutional law — Honour of the Crown — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Right to consultation — British Columbia authorized project altering timing and flow of water in area claimed by First Nations without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Duty to consult arises when Crown knows of potential Aboriginal claim or right and contemplates conduct that may adversely affect it — Whether Commission reasonably declined to consider adequacy of consultation in context of assessing whether agreement is in public interest — Whether duty to consult arose — What constitutes "adverse effect" — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — British Columbia authorized project altering timing and flow of water in area claimed by First Nations without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Commission empowered to decide questions of law and to determine whether agreement is in public interest — Whether Commission had jurisdiction to discharge Crown's constitutional obligation to consult — Whether Commission had jurisdiction to consider adequacy of consultation — If so, whether it was required to consider

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

employés de l'agence — Agence alléguant que ses relations de travail relèvent de la compétence fédérale exclusive sur les Indiens — Compte tenu de sa nature, de son fonctionnement et de ses activités habituelles, l'agence est-elle une entreprise fédérale? — Les aspects autochtones des activités de l'agence et de la prestation de ses services écartent-ils la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

### **R. c. Allen ..... 648**

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Caractère adéquat des directives du juge du procès — Directives adéquates — Exposé au jury équitable, mesuré et exact à l'égard des points relatifs au comportement postérieur à l'infraction.

### **Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani ..... 650**

Droit constitutionnel — Honneur de la Couronne — Peuples autochtones — Droits ancestraux — Droit à la consultation — La Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un ouvrage modifiant le débit d'un cours d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydroélectricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — L'obligation de consulter naît lorsque la Couronne a connaissance de l'existence éventuelle d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet défavorable sur cette revendication ou ce droit — La Commission a-t-elle agi raisonnablement en refusant de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation alors qu'elle était appelée à déterminer si le contrat servait l'intérêt public? — L'obligation de consulter a-t-elle pris naissance? — Que faut-il entendre par « effet défavorable »? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — La Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un ouvrage modifiant le débit d'un cours d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydroélectricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — La Commission avait le pouvoir de trancher des questions de droit et de décider si un contrat était dans l'intérêt public — Avait-elle compétence pour s'acquitter de l'obligation de la Couronne de consulter? — Avait-elle le pouvoir de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation? — Dans l'affirmative,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

adequacy of consultation in determining whether agreement is in public interest — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.

## SOMMAIRE (Fin)

lui incombait-il de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation pour décider si le contrat servait l'intérêt public? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.

### **Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Native Child and Family Services of Toronto ..... 737**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Relations de travail — Autochtones — Agence d'aide à l'enfance offrant des services aux enfants et aux familles autochtones à Toronto — Demande du syndicat au Conseil canadien des relations industrielles en vue d'être accrédité à titre d'agent négociateur des employés de l'agence — Agence soutenant que ses relations de travail relèvent de la compétence exclusive de la province — Compte tenu de sa nature, de son fonctionnement et de ses activités habituelles, l'agence est-elle une entreprise fédérale? — Les aspects autochtones des activités de l'agence et de la prestation de ses services écartent-ils la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).



**2010 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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

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 / Arrêviste en chef

J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL  
JANICE CHENEY  
HARLEY D'AOÛT  
CHANTAL DEMERS  
VALERIE DESJARLAIS  
LEE ANN GORMAN

KAREN LEVASSEUR  
ARCHIBALD MCDONALD  
JOANNE NORMAN  
LORRAINE PILETTE  
RÉMI SAMSON  
LOUISE SAVARD

IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
RENEE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique

CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes

MARIE RODRIGUE  
MARIE-LUC SIMONEAU

ROSALIE TO-THANH-HIEN  
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET  
RITA AYOTTE

Technical Revisors / Réviseurs techniques

NANCY MCCAUGHAN  
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL  
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ

MANON PLOUFFE

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

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

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

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

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

## ERRATA

- [1990] 1 S.C.R., p. 134, line *a*-3 of the French version. Read “consentie” instead of “réalisée”.
- [1995] 1 S.C.R., p. 698, para. 21, line 12 of the English version. Read “*Victoria (City) v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384” instead of “*Victory (City) v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] A.C. 384”.
- [1995] 1 S.C.R., p. 698, para. 21, line 12 of the French version. Read “*Victoria (City) c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384” instead of “*Victoria (City) c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] A.C. 384”.
- [2003] 1 S.C.R., p. vii, line 1. Read “*Ontario*” instead of “*Nova Scotia*”.
- [2010] 1 S.C.R., p. 619, para. 114, line 15 of the English version. Read “case at bar” instead of “case bar”.
- [1990] 1 R.C.S., p. 134, ligne *a*-3 de la version française. Lire « consentie » au lieu de « réalisée ».
- [1995] 1 R.C.S., p. 698, par. 21, ligne 12 de la version anglaise. Lire « *Victoria (City) v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384 » au lieu de « *Victory (City) v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] A.C. 384 ».
- [1995] 1 R.C.S., p. 698, par. 21, ligne 12 de la version française. Lire « *Victoria (City) c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384 » au lieu de « *Victoria (City) c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] A.C. 384 ».
- [2003] 1 R.C.S., p. vii, 1<sup>re</sup> ligne. Lire « *Ontario* » au lieu de « *Nova Scotia* ».
- [2010] 1 R.C.S., p. 619, par. 114, ligne 15 de la version anglaise. Lire « case at bar » au lieu de « case bar ».

## MOTIONS — REQUÊTES

(July 1 to November 5, 2010 – 1<sup>er</sup> juillet au 5 novembre 2010)

- 1356472 Alberta Ltd. v. 1198952 Alberta Ltd.*, (Alta.), 33713, leave to appeal refused with costs, 23.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9072-0855 Québec inc. c. Caisse Desjardins du Nord de Sherbrooke*, (Qc), 33664, leave to appeal refused with costs, 15.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9110-8084 Québec inc. c. Demers*, (Qc), 33722, leave to appeal refused, 30.9.10, autorisation d'appel refusée.
- Abbey v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33656, leave to appeal refused, 8.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Alicandro v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33343, leave to appeal refused, 22.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Alix c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33802, leave to appeal refused, 4.11.10, autorisation d'appel refusée.
- Armstrong v. The Queen*, (B.C.), 33643, leave to appeal refused, 15.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Arnold v. Empire Life Insurance Co.*, (Ont.), 33627, leave to appeal refused with costs, 12.8.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Athersych v. Beattie*, (Ont.), 33700, leave to appeal refused with costs, 19.8.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- B.M. c. A.D.*, (Qc), 33712, leave to appeal refused, 15.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Bédard c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33716, leave to appeal refused, 14.10.10, autorisation d'appel refusée.
- BGI Atlantic Inc. v. Matchim*, (N.L.), 33660, leave to appeal refused with costs, 22.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Borden v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 33681, leave to appeal refused with costs, 16.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bouchard-Lebrun c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33687, leave to appeal granted, 21.10.10, autorisation d'appel accordée.
- Bröeker v. Bennett Jones Law Firm*, (Alta.), 33663, leave to appeal refused with costs, 30.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Burry v. Eastern Regional Integrated Health Authority*, (N.L.), 33706, leave to appeal refused with costs, 23.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Carpenter v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33609, leave to appeal refused, 8.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Carr v. Parlee*, (Ont.), 33766, leave to appeal refused with costs, 28.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Catalyst Paper Corp. v. Corporation of the District of North Cowichan*, (B.C.), 33744, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.10.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Chilton v. The Queen*, (F.C.), 33705, leave to appeal refused, 16.9.10, autorisation d'appel refusée.
- Chippewas of Mnjikaning First Nation v. The Queen*, (Ont.), 33613, leave to appeal refused with costs, 8.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Chouik c. Bilodeau*, (Qc), 33774, leave to appeal refused with costs, 14.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clearwater Seafoods Limited Partnership v. Butcher*, (N.S.), 33674, leave to appeal refused with costs, 12.8.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Club Resorts Ltd. v. Charron*, (Ont.), 33606, leave to appeal granted, 8.7.10, autorisation d'appel accordée.
- Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, (Ont.), 33692, leave to appeal granted, 8.7.10, autorisation d'appel accordée.
- Collins v. The Queen*, (F.C.), 33767, leave to appeal refused with costs, 4.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis*, (Qc), 33631, leave to appeal refused with costs, 8.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Côté c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33645, leave to appeal granted, 8.7.10, autorisation d'appel accordée.
- D.E. c. Gendarmerie royale du Canada*, (Qc) (Crim.), 33696, leave to appeal refused, 14.10.10, autorisation d'appel refusée.
- Darwish v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33654, leave to appeal refused, 21.10.10, autorisation d'appel refusée.
- Deshaies c. Sous-ministre du Revenu*, (Qc), 33758, leave to appeal refused with costs, 30.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dineley v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33640, leave to appeal granted, 28.10.10, autorisation d'appel accordée.
- Dooley v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33600, leave to appeal refused, 30.9.10, autorisation d'appel refusée.
- Dooley v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33701, leave to appeal refused, 30.9.10, autorisation d'appel refusée.
- Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.*, (Alta.), 33748, leave to appeal refused with costs, 28.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Engel v. Le Groupe Boudreau Richard inc.*, (Que.), 33732, leave to appeal refused with costs, 14.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ezer v. Danzig*, (Ont.), 33639, leave to appeal refused with costs, 8.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- F.H. c. A.-C.L.*, (Qc), 33715, leave to appeal refused, 16.9.10, autorisation d'appel refusée.
- Fabrikant v. Swamy*, (Que.), 33675, leave to appeal refused with costs, 8.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gichuru v. Workers' Compensation Appeal Tribunal*, (B.C.), 33741, leave to appeal refused with costs, 16.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grant v. British Columbia Labour Relations Board*, (B.C.), 33773, leave to appeal refused with costs, 4.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Halifax Regional Municipality v. Nova Scotia Human Rights Commission*, (N.S.), 33651, leave to appeal granted, 28.10.10, autorisation d'appel accordée.
- Heidt v. TCR Holding Corp.*, (Ont.), 33719, leave to appeal refused with costs, 12.8.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Holland v. Marshall*, (B.C.), 33738, leave to appeal refused with costs, 30.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Imperial Tobacco Canada Ltd. v. The Queen*, (N.B.), 33763, leave to appeal refused with costs, 21.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ipeelee v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33650, leave to appeal granted, 28.10.10, autorisation d'appel accordée.

- J.J. c. Gendarmerie royale du Canada*, (Qc) (Crim.), 33697, leave to appeal refused, 14.10.10, autorisation d'appel refusée.
- J.M.H. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33667, leave to appeal granted, 1.11.10, autorisation d'appel accordée.
- J.W.R. v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 32355, leave to appeal refused, 12.8.10, autorisation d'appel refusée.
- Jenkins v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33733, leave to appeal refused, 30.9.10, autorisation d'appel refusée.
- Kelly v. Prince Edward Island Human Rights Commission*, (P.E.I.), 33720, leave to appeal refused, 12.8.10, autorisation d'appel refusée.
- Kelly v. Prince Edward Island Human Rights Commission*, (P.E.I.), 33728, leave to appeal refused, 12.8.10, autorisation d'appel refusée.
- Kematch v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 33704, notice of discontinuance filed, 7.9.10, avis de désistement produit.
- Kurdina v. Dief*, (Ont.), 33731, leave to appeal refused with costs, 16.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L.M.P. v. L.S.*, (Que.), 33749, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.10.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Lacasse c. Leblanc*, (Qc), 33730, leave to appeal refused with costs, 30.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laiki Bank (Hellas) S.A. v. Pavlatos*, (Que.), 33726, leave to appeal refused with costs, 30.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Larocque v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33708, leave to appeal refused, 21.10.10, autorisation d'appel refusée.
- Lavallee v. Alberta Securities Commission*, (Alta.), 33638, leave to appeal refused with costs, 15.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lessard c. Lesage*, (Qc), 33743, leave to appeal refused with costs, 21.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Léveillé c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33747, leave to appeal refused, 4.11.10, autorisation d'appel refusée.
- Li v. 9134-4895 Quebec inc.*, (Que.), 33702, leave to appeal refused, 22.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Li v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 33707, leave to appeal refused with costs, 12.8.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lim v. Montreal General Hospital*, (F.C.), 33784, leave to appeal refused with costs, 14.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Linn v. Kovach*, (Ont.), 33655, leave to appeal refused with costs, 8.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lisio c. Bellemare*, (Qc), 33779, leave to appeal refused with costs, 14.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lukkarinen v. Corporation of the County of Prince Edward*, (Ont.), 33688, leave to appeal refused, 15.7.10, autorisation d'appel refusée.
- M.S.P. c. A.H.*, (Qc), 33622, leave to appeal refused, 8.7.10, autorisation d'appel refusée.
- M.T. v. R.C.*, (Que.), 33709, leave to appeal refused with costs, 12.8.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacNeil v. MacNeil-Myers*, (N.S.), 33695, leave to appeal refused, 19.8.10, autorisation d'appel refusée.
- Maqsood v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33746, leave to appeal refused with costs, 21.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McLeod v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 33680, leave to appeal refused, 22.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Michalakopoulos v. Lawyers Title Insurance Corp.*, (Que.), 33662, leave to appeal refused, 19.8.10, autorisation d'appel refusée.
- Montague v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33623, leave to appeal refused, 16.9.10, autorisation d'appel refusée.

- Moo v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33661, leave to appeal refused, 15.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Moss v. Keith G. Collins Ltd.*, (Man.), 33760, leave to appeal refused with costs, 28.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nadeau c. Nadeau*, (Qc), 33679, leave to appeal refused with costs, 15.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nattrass v. Weber*, (Alta.), 33683, leave to appeal refused with costs, 16.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Newcastle Recycling Ltd. v. Municipality of Clarington*, (Ont.), 33772, leave to appeal refused with costs, 28.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. The Queen in Right of Newfoundland and Labrador*, (N.L.), 33659, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.10.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Oddleifson v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 33756, leave to appeal refused, 28.10.10, autorisation d'appel refusée.
- Pearlman v. Lubin*, (B.C.), 33672, leave to appeal refused with costs, 16.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pogan c. Benaroché*, (Qc), 33753, leave to appeal refused, 21.10.10, autorisation d'appel refusée.
- Pogan c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33755, leave to appeal refused, 21.10.10, autorisation d'appel refusée.
- Pokonzie v. Public Guardian and Trustee*, (Ont.), 33717, leave to appeal refused with costs, 16.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procter & Gamble Inc. v. Minister of Finance*, (Ont.), 33686, leave to appeal refused with costs, 12.8.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. D.A.I.*, (Ont.) (Crim.), 33657, leave to appeal granted, 28.10.10, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Lehigh Cement Ltd.*, (F.C.), 33794, leave to appeal refused with costs, 4.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Shea*, (Ont.) (Crim.), 33466, leave to appeal refused, see 2010 SCC 26, [2010] 2 S.C.R. 17, 15.7.10, autorisation d'appel refusée, voir 2010 CSC 26, [2010] 2 R.C.S. 17.
- R.P. c. R.C.*, (Qc), 33698, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.10.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Rathgeber v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 33750, leave to appeal refused, 16.9.10, autorisation d'appel refusée.
- Ring, Sr. v. Attorney General of Canada*, (N.L.), 33711, leave to appeal refused with costs, 21.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rothmans, Inc. v. The Queen*, (N.B.), 33764, leave to appeal refused with costs, 21.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, (Qc), 33678, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.10.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Salway v. Association of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, (B.C.), 33646, leave to appeal refused with costs, 15.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sansalone v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33736, leave to appeal refused, 9.9.10, autorisation d'appel refusée.
- Saskatchewan Human Rights Commission v. Whatcott*, (Sask.), 33676, leave to appeal granted with costs in the cause, 28.10.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Savaria c. La Reine*, (C.F.) (Crim.), 33611, leave to appeal refused, 19.8.10, autorisation d'appel refusée.
- Shallow c. Simard*, (Qc), 33798, leave to appeal refused with costs, 4.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Shortridge-Tsuchiya v. Tsuchiya*, (B.C.), 33632, leave to appeal refused with costs, 8.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 33682, leave to appeal refused with costs, 16.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Société canadienne des postes c. Morissette*, (Qc), 33652, leave to appeal refused with costs, 8.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Société d'habitation du Québec c. Gauthier*, (Qc), 33647, leave to appeal refused with costs, 22.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Torrance v. Government of Alberta*, (Alta.), 33677, leave to appeal refused with costs, 8.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tosti c. Entreprises Réal Caron Ltée*, (Qc), 33653, leave to appeal refused, 23.9.10, autorisation d'appel refusée.
- TransPacific Petroleum Corp. v. Dover Investments Ltd.*, (B.C.), 33685, leave to appeal refused with costs, 16.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tremblay c. Collège des médecins du Québec*, (Qc), 33633, leave to appeal refused, 22.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Troncoso c. Goulet*, (Qc), 33625, leave to appeal refused with costs, 8.7.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Waugh v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33637, leave to appeal refused, 15.7.10, autorisation d'appel refusée.
- Wilson v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33635, leave to appeal refused, 16.9.10, autorisation d'appel refusée.
- Windsor Regional Hospital v. Rosenhek*, (Ont.), 33608, leave to appeal refused with costs, 21.10.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Workers' Compensation Board of British Columbia v. Figliola*, (B.C.), 33648, leave to appeal granted, 8.7.10, autorisation d'appel accordée.
- WWK Sportsdome Inc. v. D.G. Sports Inc.*, (Ont.), 33721, leave to appeal refused with costs, 30.9.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Z.D. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, (Que.), 33710, leave to appeal refused with costs, 12.8.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.



## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause  
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>K</b>	
Allen, R. v. ....	648	Kuwait Airways Corp. v. Iraq .....	571
<b>B</b>		<b>L</b>	
B.C. Government and Service Employees’ Union, NIL/TU,O Child and Family Services Society v. ....	696	Lacombe, Quebec (Attorney General) v. ....	453
Burke v. Hudson’s Bay Co. ....	273	Levigne, R. v. ....	3
		Lombard General Insurance Co. of Canada, Progressive Homes Ltd. v. ....	245
<b>C</b>		<b>M</b>	
Canada (Attorney General), Globe and Mail v. ....	592	McCrimmon, R. v. ....	402
Canadian Owners and Pilots Association, Quebec (Attorney General) v. ....	536		
Carrier Sekani Tribal Council, Rio Tinto Alcan Inc. v. ....	650	<b>N</b>	
Christensen v. Roman Catholic Archbishop of Québec .....	694	Native Child and Family Services of Toronto, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada v. ....	737
Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada v. Native Child and Family Services of Toronto .....	737	NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union .....	696
Cornell, R. v. ....	142		
<b>G</b>		<b>P</b>	
Globe and Mail v. Canada (Attorney General) ....	592	Pickton, R. v. ....	198
<b>H</b>		Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada .....	245
Hudson’s Bay Co., Burke v. ....	273	<b>Q</b>	
<b>I</b>		Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association .....	536
Iraq, Kuwait Airways Corp. v. ....	571	Quebec (Attorney General) v. Lacombe .....	453



## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>K</b>	
Allen, R. c. ....	648	Kuwait Airways Corp. c. Iraq .....	571
Archevêque catholique romain de Québec, Christensen c. ....	694	<b>L</b>	
<b>B</b>		Lacombe, Québec (Procureur général) c. ....	453
B.C. Government and Service Employees' Union, NIL/TU,O Child and Family Services Society c. ....	696	Levigne, R. c. ....	3
Burke c. Cie de la Baie d'Hudson .....	273	<b>M</b>	
<b>C</b>		McCrimmon, R. c. ....	402
Canada (Procureur général), Globe and Mail c. ...	592	<b>N</b>	
Canadian Owners and Pilots Association, Québec (Procureur général) c. ....	536	Native Child and Family Services of Toronto, Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. ....	737
Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec .....	694	NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union .....	696
Cie canadienne d'assurances générales Lombard, Progressive Homes Ltd. c. ....	245	<b>P</b>	
Cie de la Baie d'Hudson, Burke c. ....	273	Pickton, R. c. ....	198
Conseil tribal Carrier Sekani, Rio Tinto Alcan Inc. c. ....	650	Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assu- rances générales Lombard .....	245
Cornell, R. c. ....	142	<b>Q</b>	
<b>G</b>		Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association .....	536
Globe and Mail c. Canada (Procureur général) ....	592	Québec (Procureur général) c. Lacombe .....	453
<b>I</b>		Québec (Procureur général), Syndicat de la fonc- tion publique du Québec c. ....	61
Iraq, Kuwait Airways Corp. c. ....	571		



## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town) .....	2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241 .....	509, 561

### A

Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières .....	[1969] S.C.R. 851 .....	706
Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board) .....	[1997] 2 S.C.R. 581 .....	472, 520, 550
Alie v. Bertrand & Frère Construction Co. ....	(2002), 222 D.L.R. (4th) 687 .....	261
American Family Mutual Insurance Co. v. American Girl, Inc. ....	673 N.W.2d 65 (2004) .....	269
Amherst (Town) v. Canadian Broadcasting Corp. ....	(1994), 133 N.S.R. (2d) 277 .....	641
An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re .....	2009 CarswellBC 3637.....	673
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd. ....	[1978] 2 S.C.R. 229 .....	41
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143 .....	380
Anufrijeva v. Southwark London Borough Council .....	[2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124 ..	42
Ateliers Roland Gingras inc. v. Martin .....	[1988] R.J.Q. 523 .....	96
Attorney-General v. Mulholland .....	[1963] 2 Q.B. 477 .....	627
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia .....	[1930] A.C. 111 .....	474
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec .....	[1947] A.C. 33 .....	547
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for the Province of Quebec .....	[1947] A.C. 33 .....	474
Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada .....	[1929] A.C. 260 .....	524, 549
Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation .....	[1946] A.C. 193 .....	471
Attorney General of Canada v. C.P.R. ....	[1958] S.C.R. 285 .....	476
Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada .....	[1951] S.C.R. 31 .....	473
Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada .....	[1894] A.C. 189 .....	473
Attorney General of Trinidad and Tobago v. Ramanoop .....	[2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328 .....	43

### B

Balthazard-Généreux v. Collège Montmorency.....	[1997] T.T. 118 .....	104
Bank of Montreal v. Hall .....	[1990] 1 S.C.R. 121 .....	560
Bartnicki v. Vopper .....	532 U.S. 514 (2001) .....	640
Beals v. Saldanha.....	2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416 .....	584
Beauséjour v. Lefebvre .....	[1988] R.J.Q. 639 .....	97
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc. ....	[1996] 2 S.C.R. 345 .....	49
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) .....	[1988] 1 S.C.R. 749 .....	524, 549, 706
Bird Construction Co. v. Allstate Insurance Co. of Canada .....	[1996] 7 W.W.R. 609 .....	260

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Bisaillon v. Keable .....	[1983] 2 S.C.R. 60 .....	618
Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics .....	403 U.S. 388 (1971) .....	42
Boiler Inspection and Insurance Company of Canada v. Corporation municipale de la paroisse de St-Louis de France .....	[1994] R.D.J. 95 .....	619
Bridgwood Building Corp. (Riverfield) v. Lombard General Insurance Co. of Canada .....	(2006), 266 D.L.R. (4th) 182 .....	261
Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co. ....	[1992] 3 S.C.R. 87 .....	256
British Columbia (Attorney General) v. Christie .....	2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873 .....	380
British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc. ....	2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86 .....	485, 494, 557
Buono v. Université du Québec à Montréal .....	2008 QCCRT 348 (CanLII) .....	140
Burke v. Hudson's Bay Co. ....	2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245 .....	309
Buschau v. Rogers Communications Inc. ....	2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973 .....	291
<b>C</b>		
C.U.P.E. v. Native Child and Family Services of Toronto .....	[1995] O.L.R.D. No. 4298 (QL) .....	741
Calcuttawala v. Conseil du Québec — Unite Here .....	[2006] R.J.D.T. 1472 .....	105
Calgary Regional Health Authority v. United Western Communications Ltd. ....	1999 ABQB 516, 75 Alta. L.R. (3d) 326 ....	641
California v. Beheler .....	463 U.S. 1121 (1983) .....	333
Canada (Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board) v. Canadian Press .....	[2000] N.S.J. No. 139 (QL) .....	641
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa .....	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 .....	681
Canada Labour Relations Board v. City of Yellowknife .....	[1977] 2 S.C.R. 729 .....	706
Canada Post Corp. v. Lépine .....	2009 SCC 16, [2009] 1 S.C.R. 549 .....	585
Canadian Broadcasting Corp. v. Paul .....	2001 FCA 93, 198 D.L.R. (4th) 633 .....	638
Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd. ...	[1976] 1 S.C.R. 309 .....	264
Canadian Pacific Railway Co. v. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours .....	[1899] A.C. 367 .....	524, 549
Canadian Western Bank v. Alberta .....	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 .....	494, 472, 549, 711, 726
Celestica Inc. v. ACE INA Insurance .....	(2003), 229 D.L.R. (4th) 392 .....	263
Centre de réadaptation en déficience intellectuelle de Québec v. Groupe TVA inc. ....	[2005] R.J.Q. 2327 .....	619
Charkaoui (Re) .....	2008 FC 61, [2009] 1 F.C.R. 507 .....	626
Chow Bew v. The Queen .....	[1956] S.C.R. 124 .....	226
Clarkson v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 383 .....	348
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission) .....	[1990] 2 S.C.R. 838 .....	730
Commission des normes du travail v. Campeau Corp. ....	[1989] R.J.Q. 2108 .....	102
Commission des normes du travail v. Chantiers Davie Ltée .....	[1987] R.J.Q. 1949 .....	82, 102
Commission des normes du travail v. Cie de papier de St-Raymond Itée .....	[1997] R.J.Q. 366 .....	102
Commission des normes du travail v. Domtar Inc. ....	[1989] R.J.Q. 2130 .....	102
Commission des normes du travail v. Hawker Siddeley Canada inc. ...	[1989] R.J.Q. 2123 .....	102
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada ...	[1966] S.C.R. 767 .....	504, 554, 706
Commission scolaire Chomedey de Laval v. Dubé .....	[1997] R.J.Q. 1203 .....	97
Comox Strathcona (Regional District) v. Hansen .....	2005 BCSC 220, [2005] 7 W.W.R. 249 .....	552

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corp. Ltd. ...	[1930] S.C.R. 531 .....	548
Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters .....	2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407 ....	703, 725
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co. ....	[1980] 1 S.C.R. 888 .....	256
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission .....	[1979] 1 S.C.R. 754 .....	472, 495, 550, 706, 722
Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens .....	2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605 .....	256
Crampton v. Walton.....	2005 ABCA 81, 40 Alta. L.R. (4th) 28 .....	159

## D

D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children .....	[1978] A.C. 171 .....	623
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. ....	[1994] 3 S.C.R. 835 .....	640
Dedman v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 2 .....	349, 390
Delgamuukw v. British Columbia .....	[1997] 3 S.C.R. 1010 .....	723
Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment) .....	2006 FC 1354, [2007] 1 C.N.L.R. 1, aff'd 2008 FCA 20, 35 C.E.L.R. (3d) 1 .....	673
Denis v. Lévesque Automobile Itée .....	D.T.E. 2000T-58 .....	140
Derrickson v. Derrickson .....	[1986] 1 S.C.R. 285 .....	731
Dick v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 309 .....	554, 723
Doré v. Verdun (City) .....	[1997] 2 S.C.R. 862 .....	613
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) .....	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3 .....	39
Drouin v. La Presse Itée .....	[1999] R.J.Q. 3023 .....	619
Dubé v. Secrétariat de l'Action Catholique de Joliette.....	2001 CanLII 12979.....	97
Dunlea v. Attorney-General .....	[2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136 ....	40
Dunsmuir v. New Brunswick .....	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.....	685

## E

Eccles v. Bourque .....	[1975] 2 S.C.R. 739 .....	157, 182
Erie Concrete Products Ltd. v. Canadian General Insurance Co. ....	[1969] 2 O.R. 372 .....	263
Ernewein v. Minister of Employment and Immigration .....	[1980] 1 S.C.R. 639 .....	23
Escobedo v. Illinois .....	378 U.S. 478 (1964) .....	333

## F

Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland .....	2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292 .....	719
Fenton v. J. Thorley & Co., Ltd. ....	[1903] A.C. 443 .....	264
Fortin v. Chrétien.....	2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500 .....	380
Fose v. Minister of Safety and Security .....	1997 (3) SA 786 .....	42
Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc. ....	2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456 .....	618
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America ...	[1980] 1 S.C.R. 1031 .....	703, 722
Fowler v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 213 .....	474
Frame v. Smith .....	[1987] 2 S.C.R. 99 .....	289
Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co. ....	[1992] 1 S.C.R. 647 .....	626
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport) .....	[1992] 1 S.C.R. 3 .....	484

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>G</b>		
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing .....	[1989] 1 S.C.R. 641 .....	473, 499
Gesca ltée v. Groupe Polygone Éditeurs inc. (Malcom Média inc.) ....	2009 QCCA 1534, [2009] R.J.Q. 1951, rev'g 2009 QCCS 1624 (CanLII) .....	606
Giguère v. Cie Kenworth du Canada, Division de Paccar du Canada Ltée.....	[1990] R.J.Q. 2485 .....	97
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commis- sion) .....	2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494 .....	469, 546
Globe and Mail v. Canada (Procureur général) .....	2008 QCCA 2516 (CanLII) .....	632
Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for the Province of Alberta .....	(1921), 62 S.C.R. 424 .....	474
Goldhar v. The Queen .....	[1960] S.C.R. 60 .....	20
Gosselin v. Quebec (Attorney General) .....	2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429 .....	615
Grand Trunk Railway Company of Canada v. Attorney-General of Canada .....	[1907] A.C. 65 .....	474
Great West Saddlery Co. v. The King .....	[1921] 2 A.C. 91 .....	524, 549
Greater Toronto Airports Authority v. Mississauga (City) .....	(2000), 50 O.R. (3d) 641 .....	520, 552
Grenier v. Arthur .....	[2001] R.J.Q. 674 .....	619
<b>H</b>		
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests) .....	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 .....	658
Harbour Machine Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada .....	(1985), 60 B.C.L.R. 360 .....	263
Harris v. New York .....	401 U.S. 222 (1971) .....	334
Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board .....	2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. ....	129
Hill v. The Queen .....	[1977] 1 S.C.R. 827 .....	20
Hind v. The Queen .....	[1968] S.C.R. 234 .....	20
Histed v. Law Society of Manitoba .....	2005 MBCA 106, 195 Man. R. (2d) 224 ...	638
Hodgkinson v. Simms .....	[1994] 3 S.C.R. 377 .....	289
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue .....	[1995] 3 S.C.R. 453 .....	719
Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests) ...	2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74 .....	673
<b>I</b>		
I Congreso del Partido .....	[1983] A.C. 244 .....	588
In re An Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985 .....	[1988] 1 A.C. 660 .....	629
In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada .....	[1932] A.C. 54 .....	550
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 927 .....	524, 554
Isidore Garon ltée v. Tremblay .....	2006 SCC 2, [2006] 1 S.C.R. 27 .....	73, 110
<b>J</b>		
Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada .....	2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744 .....	255
Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul .....	[1952] 1 S.C.R. 292 .....	465, 494, 550
John Deere Plow Co. v. Wharton .....	[1915] A.C. 330 .....	524, 549
Joyal v. Hôpital du Christ-Roi .....	[1997] R.J.Q. 38 .....	97

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>K</b>		
K. v. K. (E.) .....	2004 ABQB 847, 37 Alta. L.R. (4th) 118 ...	641
Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc. ....	2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302 .....	477, 499
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture) .....	2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146 .....	469, 499, 546, 719, 731
Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager) .....	2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110 ...	673
Kosko v. Bijimine .....	2006 QCCA 671 (CanLII) .....	637
Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. ....	[1995] 3 All E.R. 694 .....	588
Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. ....	[2003] EWHC 31, [2003] 1 Lloyd's L.R. 448 .....	579
Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. ....	[2005] EWHC 2524 (BAILII) .....	579
Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. ....	[2008] EWHC 2039 (BAILII) .....	576
<b>L</b>		
Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc. ....	2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743 .....	614
Lacombe v. Sacré-Cœur (Municipalité de) .....	2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598 .....	553
Landry v. Southam Inc. ....	2002 CanLII 20587 .....	619
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General).....	2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 .....	380
Law Society of British Columbia v. Mangat .....	2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113 .....	507, 560
Lecavalier v. Montréal (Ville).....	[1997] D.T.T.Q. n° 14 .....	104
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers .....	[1975] 1 S.C.R. 178 .....	706
<b>M</b>		
M. v. H. ....	[1999] 2 S.C.R. 3 .....	493
MacDonald v. City of Montreal .....	[1986] 1 S.C.R. 460 .....	23
Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance) .....	2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405 .....	46
Malo v. Côté-Desbiolles .....	[1995] R.J.Q. 1686 .....	97
Marks v. Beyfus .....	(1890), 25 Q.B.D. 494 .....	622
Martin v. American International Assurance Life Co. ....	2003 SCC 16, [2003] 1 S.C.R. 158 .....	264
McLeod v. Egan.....	[1975] 1 S.C.R. 517 .....	110
Miazga v. Kvello Estate .....	2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339 .....	48
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Herit- age).....	2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388 .....	672
Miller v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 680 .....	237
Mills v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 863 .....	38, 48
Miranda v. Arizona.....	384 U.S. 436 (1966) .....	333, 357, 392
Monenco Ltd. v. Commonwealth Insurance Co. ....	2001 SCC 49, [2001] 2 S.C.R. 699 .....	255
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services) .....	2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152 .....	286
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon .....	[1982] 2 S.C.R. 161 .....	474, 499, 560, 719
<b>N</b>		
Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare .....	[1976] 2 S.C.R. 751 .....	731
Nichols v. American Home Assurance Co. ....	[1990] 1 S.C.R. 801 .....	255

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union .....	2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696 .....	738
Nolan v. Kerry (Canada) Inc. ....	2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678 .....	286
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera .....	2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551 .....	256
North West Co. v. Hudson's Bay Co. ....	[1991] O.J. No. 2449 (QL) .....	283
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada .....	[1980] 1 S.C.R. 115 .....	703, 723
Nykorak v. Attorney General of Canada .....	[1962] S.C.R. 331 .....	474
<b>O</b>		
Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) .....	2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781 .....	493
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education .....	[1996] 2 S.C.R. 929 .....	479
Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board) .....	[1993] 3 S.C.R. 327 .....	706
OPSEU v. Ontario (Attorney General) .....	[1987] 2 S.C.R. 2 .....	549
Ordon Estate v. Grail .....	[1998] 3 S.C.R. 437 .....	549
Oregon v. Hass .....	420 U.S. 714 (1975) .....	334
<b>P</b>		
Papp v. Papp .....	[1970] 1 O.R. 331 .....	473
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324.....	2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157.....	77, 109
Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission) .....	2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585 .....	682, 723
Paul v. Paul .....	[1986] 1 S.C.R. 306 .....	731
Paul v. The Queen .....	[1960] S.C.R. 452 .....	20
Peat Marwick Thorne v. Canadian Broadcasting Corp. ....	(1991), 5 O.R. (3d) 747 .....	641
Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc. ....	2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612 .....	584
Produits Pétro-Canada Inc. v. Moalli.....	[1987] R.J.Q. 261 .....	72, 96
Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice) .....	2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286 .....	484
<b>Q</b>		
Qu'Appelle Indian Residential School Council v. Canada (Canadian Human Rights Tribunal) .....	[1988] 2 F.C. 226 .....	709, 729
Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association .....	2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 .....	463, 486
Quebec (Attorney General) v. Lacombe .....	2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453 .....	542, 565
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City) .....	2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665 .....	613
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General).....	2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185 .....	92
Québec (Commission des normes du travail) v. Cie minière I.O.C. inc. ....	1995 CanLII 5324.....	102
Québec (Procureur général) v. Syndicat de la fonction publique du Québec .....	2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005.....	127, 138

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>R</b>		
R. v. Anderson .....	2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134 .....	336
R. v. Asante-Mensah .....	2003 SCC 38, [2003] 2 S.C.R. 3 .....	160
R. v. B.W.P. ....	2006 SCC 27, [2006] 1 S.C.R. 941 .....	43
R. v. Badgerow .....	2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107 .....	336
R. v. Baidwan .....	2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL), aff'd 2003 BCCA 351 (CanLII) .....	336
R. v. Barnier .....	[1980] 1 S.C.R. 1124 .....	82
R. v. Bartle .....	[1994] 3 S.C.R. 173 .....	348, 380, 442
R. v. Bernardo .....	(1997), 121 C.C.C. (3d) 123 .....	221
R. v. Black .....	[1989] 2 S.C.R. 138 .....	330, 357, 413, 445
R. v. Bohnet .....	2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131 .....	336
R. v. Briscoe .....	2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411 .....	239
R. v. Brydges .....	[1990] 1 S.C.R. 190 .....	357, 413
R. v. Burlingham .....	[1995] 2 S.C.R. 206 .....	336
R. v. Calder .....	[1996] 1 S.C.R. 660 .....	334
R. v. Chaisson .....	2006 SCC 11, [2006] 1 S.C.R. 415 .....	493
R. v. Charron .....	(1990), 57 C.C.C. (3d) 248 .....	395
R. v. Clayton .....	2007 SCC 32, [2007] 2 S.C.R. 725 .....	363, 390
R. v. Collins .....	[1987] 1 S.C.R. 265 .....	157, 181, 363, 376
R. v. Conway .....	2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765 .....	53, 678
R. v. DeWolfe .....	2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221 .....	159, 180
R. v. Douglas .....	2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653 .....	674
R. v. Dubois .....	(1990), 62 C.C.C. (3d) 90 .....	9
R. v. Ekman .....	2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346 .....	332
R. v. Evans .....	[1991] 1 S.C.R. 869 .....	328, 444
R. v. Friesen .....	(1995), 101 C.C.C. (3d) 167 .....	332
R. v. G.D.B. ....	2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520 .....	382, 449
R. v. Gardiner .....	[1982] 2 S.C.R. 368 .....	20
R. v. Genest .....	[1989] 1 S.C.R. 59 .....	158, 184
R. v. Gibson .....	2008 SCC 16, [2008] 1 S.C.R. 397 .....	9
R. v. Gimson .....	[1991] 3 S.C.R. 692 .....	158
R. v. Golden .....	2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679 .....	55
R. v. Gormley .....	(1999), 140 C.C.C. (3d) 110 .....	336
R. v. Grant .....	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353 .....	51, 174, 333, 369, 399, 427
R. v. Gruenke .....	[1991] 3 S.C.R. 263 .....	625
R. v. Harder .....	[1956] S.C.R. 489 .....	227
R. v. Harrison .....	2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494 .....	399, 427
R. v. Hebert .....	[1990] 2 S.C.R. 151 .....	329, 351, 397
R. v. Hinse .....	[1995] 4 S.C.R. 597 .....	25
R. v. Isaac .....	[1984] 1 S.C.R. 74 .....	228
R. v. J. Alepin Frères Ltée .....	[1965] S.C.R. 359 .....	20
R. v. Kang-Brown .....	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 .....	390
R. v. Kapp .....	2008 SCC 41 [2008] 2 S.C.R. 483 .....	670
R. v. Lau .....	2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273 .....	164, 179
R. v. Lefthand .....	2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203 ...	673
R. v. Legare .....	2009 SCC 56, [2009] 3 S.C.R. 551 .....	11

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Logan .....	(1988), 46 C.C.C. (3d) 354 .....	335, 375
R. v. MacDonald .....	[1965] S.C.R. 831 .....	23
R. v. Mann .....	2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59 .....	364
R. v. Manninen .....	[1987] 1 S.C.R. 1233 .....	329, 351, 376
R. v. Mayo .....	(1999), 133 C.C.C. (3d) 168 .....	332
R. v. McClure .....	2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 .....	352
R. v. McCrimmon .....	2010 SCC 36, [2010] 2 S.C.R. 402 .....	388, 433, 451
R. v. McMaster .....	[1996] 1 S.C.R. 740 .....	233
R. v. Mena .....	(1987), 34 C.C.C. (3d) 304 .....	232
R. v. Mentuck .....	2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442 .....	26, 640
R. v. Mercer .....	2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130 .....	241
R. v. Morgentaler .....	[1993] 3 S.C.R. 463 .....	469, 547
R. v. National Post .....	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477 .....	602
R. v. Nette .....	2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488 .....	231
R. v. Noël .....	2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433 .....	334
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103 .....	378
R. v. Oickle .....	2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3 .....	341, 353, 387
R. v. Orbanski .....	2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3 .....	390
R. v. Osmond .....	2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375 .....	332
R. v. P. (M.B.) .....	[1994] 1 S.C.R. 555 .....	378
R. v. Patrick .....	2007 ABCA 308, 81 Alta. L.R. (4th) 212 ...	168
R. v. Perrier .....	2004 SCC 56, [2004] 3 S.C.R. 228 .....	241
R. v. Phillion .....	2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193 .....	348
R. v. Prosper .....	[1994] 3 S.C.R. 236 .....	336, 444
R. v. R. (P.L.) .....	(1988), 44 C.C.C. (3d) 174 .....	336
R. v. Ranger .....	(2003), 178 C.C.C. (3d) 375 .....	211
R. v. Rose .....	[1998] 3 S.C.R. 262 .....	211
R. v. Ross .....	[1989] 1 S.C.R. 3 .....	337, 351, 413, 446
R. v. Rowbotham .....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1 .....	376
R. v. Sappier .....	2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686 .....	493
R. v. Schedel .....	2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193 .....	164, 179
R. v. Silveira .....	[1995] 2 S.C.R. 297 .....	195
R. v. Sinclair .....	2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310 .....	406, 417, 421, 433, 451
R. v. Singh .....	2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405 .....	326, 353, 369
R. v. Smith .....	[1989] 2 S.C.R. 368 .....	340, 358, 384, 445
R. v. Sparrow .....	(1979), 51 C.C.C. (2d) 443 .....	228
R. v. Stillman .....	[1997] 1 S.C.R. 607 .....	193
R. v. Suberu .....	2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460 ...	365, 444
R. v. Suzack .....	(2000), 141 C.C.C. (3d) 449 .....	235
R. v. Swain .....	[1991] 1 S.C.R. 933 .....	469, 547
R. v. Thatcher .....	[1987] 1 S.C.R. 652 .....	219, 226
R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. ....	[1980] 1 S.C.R. 695 .....	476
R. v. Tremblay .....	[1987] 2 S.C.R. 435 .....	330, 445
R. v. Trochym .....	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239 .....	242
R. v. Turcotte .....	2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519 .....	379

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Van .....	2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716 .....	242
R. v. Waterfield .....	[1963] 3 All E.R. 659 .....	364, 389
R. v. Waugh .....	2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139 .....	363
R. v. Weeseekase .....	2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117 .....	336
R. v. Willier .....	2010 SCC 37, [2010] 2 S.C.R. 429 .....	337, 369, 398, 406, 421
R. v. Wood .....	(1994), 94 C.C.C. (3d) 193 .....	336
R. v. Yeh .....	2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1 .....	390
R. v. Zelensky .....	[1978] 2 S.C.R. 940 .....	476, 499
Re Canada Labour Code .....	[1992] 2 S.C.R. 50 .....	581
Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon .....	(1976), 11 O.R. (2d) 546 .....	520, 557
Re Pacific Press Ltd. and The Queen .....	(1977), 37 C.C.C. (2d) 487 .....	629
Re The Queen in Right of British Columbia and Van Gool .....	(1987), 36 D.L.R. (4th) 481 .....	553
Re Walker and Minister of Housing for Ontario .....	(1983), 41 O.R. (2d) 9 .....	520
Reference re Agricultural Products Marketing Act .....	[1978] 2 S.C.R. 1198 .....	548
Reference re Anti-Inflation Act .....	[1976] 2 S.C.R. 373 .....	469, 546
Reference re Firearms Act .....	2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 .....	719
Reference re Goods and Services Tax .....	[1992] 2 S.C.R. 445 .....	477
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act .....	[1955] S.C.R. 529 .....	706
Reference re Manitoba Language Rights .....	[1985] 1 S.C.R. 721 .....	508
Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan .....	[1948] S.C.R. 248 .....	706
Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commis- sioners .....	2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360 .....	93
Regional Municipality of Peel v. MacKenzie .....	[1982] 2 S.C.R. 9 .....	476
Richelieu (Ville de) v. Commission des relations du travail .....	[2004] R.J.D.T. 937 .....	140
Roberge v. Bolduc .....	[1991] 1 S.C.R. 374 .....	24
Robitaille v. Société des alcools du Québec .....	[1997] T.T. 597 .....	104
Rothman v. The Queen .....	[1981] 1 S.C.R. 640 .....	354, 379
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan .....	2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188 .....	557
<b>S</b>		
Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham .....	[1994] 3 F.C. 449 .....	710, 729
Sappier v. Tobique Indian Band (Council) .....	(1988), 87 N.R. 1 .....	709, 729
Saudi Arabia v. Nelson .....	507 U.S. 349 (1993) .....	588
Saunders v. Vautier .....	(1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 .....	291
Schmidt v. Air Products Canada Ltd. .....	[1994] 2 S.C.R. 611 .....	285
Schreiber v. Canada (Attorney General) .....	2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269 .....	581
Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd. .....	[1985] 1 A.C. 339 .....	629
Semayne's Case .....	(1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194 .....	194
Shubenacadie Band Council v. Canada (Human Rights Commis- sion) .....	(2000), 37 C.H.R.R. D/466 .....	729
Simpson v. Attorney-General .....	[1994] 3 N.Z.L.R. 667 .....	45
Smith v. Daily Mail Publishing Co. .....	443 U.S. 97 (1979) .....	640
Smith v. The Queen .....	[1960] S.C.R. 776 .....	507
Smith v. Wade .....	461 U.S. 30 (1983) .....	43
Société d'énergie de la Baie James v. Lafarge Canada Inc. .....	[1991] R.J.Q. 637 .....	619
St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen .....	(1887), 13 S.C.R. 577 .....	473
St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City) .....	2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81 .....	626

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
St-Louis v. Commission de protection du territoire agricole du Québec .....	[1990] R.J.Q. 322 .....	520, 544
Supercrete Precast Ltd. v. Kansa General Insurance Co. ....	(1990), 45 C.C.L.I. 248 .....	263
Swagger Construction Ltd. v. ING Insurance Co. of Canada .....	2005 BCSC 1269, 47 B.C.L.R. (4th) 75 .....	250
Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General) .....	2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61 .....	126, 135
Syndicat des employé(es) de soutien du Cégep André-Laurendeau v. Lavoie .....	2007 QCCS 322 (CanLII) .....	102
Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy v. Quebec (Attorney General) .....	2010 SCC 29, [2010] 2 S.C.R. 123 .....	135
Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières v. Université du Québec à Trois-Rivières .....	2010 SCC 30, [2010] 2 S.C.R. 132.....	126
Syndicat du personnel enseignant du Centre d'études collégiales en Charlevoix v. St-Laurent .....	2007 QCCS 1005 (CanLII).....	97
<b>T</b>		
Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director) .....	2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550 .....	670
Taunoa v. Attorney-General .....	[2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429 .....	42
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture) .....	[1992] 1 S.C.R. 385.....	82
Toronto Electric Commissioners v. Snider .....	[1925] A.C. 396 .....	705
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada .....	2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721 .....	635
Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Roy .....	2007 QCCS 1172 (CanLII) .....	102
Tremblay v. Hamilton .....	[1995] R.J.Q. 2440 .....	619
<b>U</b>		
Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden .....	[1899] A.C. 580 .....	547
United States v. Patane .....	542 U.S. 630 (2004) .....	334
Université du Québec à Hull v. Lalonde .....	2000 CanLII 11322.....	97
<b>V</b>		
Vancouver Sun (Re) .....	2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332 .....	640
Venchiarutti v. Longhurst .....	(1989), 69 O.R. (2d) 19 .....	520
Venchiarutti v. Longhurst .....	(1992), 8 O.R. (3d) 442 .....	552
<b>W</b>		
Waldridge v. Kennison .....	(1794), 1 Esp. 143, 170 E.R. 306 .....	638
Weber v. Ontario Hydro .....	[1995] 2 S.C.R. 929.....	92
Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board) .....	(1997), 39 C.L.R.B.R. (2d) 227 .....	729
Westridge Construction Ltd. v. Zurich Insurance Co. ....	2005 SKCA 81, 269 Sask. R. 1 .....	261
Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests) .....	2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315 ...	673

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co. ....	[1995] 1 S.C.R. 85 .....	259
Woolmington v. Director of Public Prosecutions .....	[1935] A.C. 462 .....	378

**Y**

Yarborough v. Alvarado .....	541 U.S. 652 (2004) .....	333
Young v. Young .....	[1993] 4 S.C.R. 3 .....	484



# TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville) .....	2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241 .....	509, 561

## A

Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières .....	[1969] R.C.S. 851 .....	706
Air Canada c. Ontario (Régie des alcools) .....	[1997] 2 R.C.S. 581 .....	472, 520, 550
Alie c. Bertrand & Frère Construction Co. ....	(2002), 222 D.L.R. (4th) 687 .....	261
American Family Mutual Insurance Co. c. American Girl, Inc. ....	673 N.W.2d 65 (2004) .....	269
Amherst (Town) c. Canadian Broadcasting Corp. ....	(1994), 133 N.S.R. (2d) 277 .....	641
An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re .....	2009 CarswellBC 3637 .....	673
Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd. ....	[1978] 2 R.C.S. 229 .....	41
Andrews c. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 R.C.S. 143 .....	380
Anufrijeva c. Southwark London Borough Council .....	[2003] EWCA Civ 1406, [2004] Q.B. 1124 .....	42
Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice) .....	2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286 .....	484
Ateliers Roland Gingras inc. c. Martin .....	[1988] R.J.Q. 523 .....	96
Attorney-General c. Mulholland .....	[1963] 2 Q.B. 477 .....	627
Attorney-General for Canada c. Attorney-General for British Columbia .....	[1930] A.C. 111 .....	474
Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Quebec .....	[1947] A.C. 33 .....	547
Attorney-General for Canada c. Attorney-General for the Province of Quebec .....	[1947] A.C. 33 .....	474
Attorney-General for Manitoba c. Attorney-General for Canada .....	[1929] A.C. 260 .....	524, 549
Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation .....	[1946] A.C. 193 .....	471
Attorney General of Canada c. C.P.R. ....	[1958] R.C.S. 285 .....	476
Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada .....	[1951] R.C.S. 31 .....	473
Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada .....	[1894] A.C. 189 .....	473
Attorney General of Trinidad and Tobago c. Ramanoop .....	[2005] UKPC 15, [2006] 1 A.C. 328 .....	43

## B

Balthazard-Généreux c. Collège Montmorency .....	[1997] T.T. 118 .....	104
Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) .....	[2000] A.C.F. no 702 (QL) .....	729
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture) .....	2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146 .....	469, 499, 546, 719, 731
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta .....	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 .....	472, 494, 549, 711, 726

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Banque de Montréal c. Hall .....	[1990] 1 R.C.S. 121 .....	560
Bartnicki c. Vopper .....	532 U.S. 514 (2001) .....	640
Beals c. Saldanha .....	2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416 .....	584
Beauséjour c. Lefebvre .....	[1988] R.J.Q. 639 .....	97
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. ....	[1996] 2 R.C.S. 345 .....	49
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail) .....	[1988] 1 R.C.S. 749 .....	524, 549, 706
Bird Construction Co. c. Allstate Insurance Co. of Canada .....	[1996] 7 W.W.R. 609 .....	260
Bisaillon c. Keable .....	[1983] 2 R.C.S. 60 .....	618
Bivens c. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics .....	403 U.S. 388 (1971) .....	42
Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Corporation municipale de la paroisse de St-Louis de France .....	[1994] R.D.J. 95 .....	619
Bridgewood Building Corp. (Riverfield) c. Lombard General Insurance Co. of Canada .....	(2006), 266 D.L.R. (4th) 182 .....	261
Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co. ....	[1992] 3 R.C.S. 87 .....	256
Buono c. Université du Québec à Montréal .....	2008 QCCRT 348 (CanLI) .....	140
Burke c. Hudson's Bay Co. ....	2008 ONCA 690, 241 O.A.C. 245 .....	309
Buschau c. Rogers Communications Inc. ....	2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973 .....	291
<b>C</b>		
C.U.P.E. c. Native Child and Family Services of Toronto .....	[1995] O.L.R.D. No. 4298 (QL) .....	741
Calcuttawala c. Conseil du Québec — Unite Here .....	[2006] R.J.D.T. 1472 .....	105
Calgary Regional Health Authority c. United Western Communications Ltd. ....	1999 ABQB 516, 75 Alta. L.R. (3d) 326 ....	641
California c. Beheler .....	463 U.S. 1121 (1983) .....	333
Canada (Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board) c. Canadian Press .....	[2000] N.S.J. No. 139 (QL) .....	641
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa .....	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 .....	681
Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd. ...	[1976] 1 R.C.S. 309 .....	264
Canadian Pacific Railway Co. c. Corporation of the Parish of Notre Dame de Bonsecours .....	[1899] A.C. 367 .....	524, 549
Celestica Inc. c. ACE INA Insurance .....	(2003), 229 D.L.R. (4th) 392 .....	263
Centre de réadaptation en déficience intellectuelle de Québec c. Groupe TVA inc. ....	[2005] R.J.Q. 2327 .....	619
Charkaoui (Re) .....	2008 CF 61, [2009] 1 R.C.F. 507 .....	626
Chow Bew c. The Queen .....	[1956] R.C.S. 124 .....	226
Clarkson c. La Reine .....	[1986] 1 R.C.S. 383 .....	348
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie .....	2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873 .....	380
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc. ....	2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86 .....	485, 494, 557
Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux) .....	[1990] 2 R.C.S. 838 .....	730
Commission des normes du travail c. Campeau Corp. ....	[1989] R.J.Q. 2108 .....	102
Commission des normes du travail c. Chantiers Davie Ltée .....	[1987] R.J.Q. 1949 .....	82, 102
Commission des normes du travail c. Cie de papier de St-Raymond Ltée .....	[1997] R.J.Q. 366 .....	102

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Commission des normes du travail c. Domtar Inc. ....	[1989] R.J.Q. 2130 .....	102
Commission des normes du travail c. Hawker Siddeley Canada inc....	[1989] R.J.Q. 2123 .....	102
Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada ...	[1966] R.C.S. 767 .....	504, 554, 706
Commission scolaire Chomedey de Laval c. Dubé .....	[1997] R.J.Q. 1203 .....	97
Comox Strathcona (Regional District) c. Hansen .....	2005 BCSC 220, [2005] 7 W.W.R. 249 .....	552
Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife .....	[1977] 2 R.C.S. 729 .....	706
Conseil de la bande de Tobique c. Sappier .....	[1988] A.C.F. n <sup>o</sup> 435 (QL) .....	709, 729
Consolidated Distilleries Ltd. c. Consolidated Exporters Corp. Ltd. ..	[1930] R.C.S. 531 .....	548
Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Team- sters .....	2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407 ...	703, 725
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum .....	[1979] 1 R.C.S. 754 .....	472, 495, 550, 706, 722
Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens .....	2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605 .....	256
Crampton c. Walton .....	2005 ABCA 81, 40 Alta. L.R. (4th) 28 .....	159

## D

D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children .....	[1978] A.C. 171 .....	623
Dagenais c. Société Radio-Canada .....	[1994] 3 R.C.S. 835 .....	640
Dedman c. La Reine .....	[1985] 2 R.C.S. 2 .....	349, 390
Delgamuukw c. Colombie-Britannique .....	[1997] 3 R.C.S. 1010 .....	723
Denis c. Lévesque Automobile ltée .....	D.T.E. 2000T-58 .....	140
Derrickson c. Derrickson .....	[1986] 1 R.C.S. 285 .....	731
Dick c. La Reine .....	[1985] 2 R.C.S. 309 .....	554, 723
Doré c. Verdun (Ville) .....	[1997] 2 R.C.S. 862 .....	613
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation) .....	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3 .....	39
Drouin c. La Presse ltée .....	[1999] R.J.Q. 3023 .....	619
Dubé c. Secrétariat de l'Action Catholique de Joliette .....	2001 CanLII 12979 .....	97
Dunlea c. Attorney-General .....	[2000] NZCA 84, [2000] 3 N.Z.L.R. 136 .....	40
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick .....	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 .....	685

## E

Eccles c. Bourque .....	[1975] 2 R.C.S. 739 .....	157, 182
Erie Concrete Products Ltd. c. Canadian General Insurance Co. ....	[1969] 2 O.R. 372 .....	263
Ernewein c. Ministère de l'Emploi et de l'Immigration .....	[1980] 1 R.C.S. 639 .....	23
Escobedo c. Illinois .....	378 U.S. 478 (1964) .....	333
Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co. ....	[1980] 1 R.C.S. 888 .....	256

## F

Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland .....	2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292 .....	719
Fenton c. J. Thorley & Co., Ltd. ....	[1903] A.C. 443 .....	264
Fortin c. Chrétien .....	2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500 .....	380
Fose c. Minister of Safety and Security .....	1997 (3) SA 786 .....	42
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique .....	[1980] 1 R.C.S. 103 .....	703, 722
Fowler c. La Reine .....	[1980] 2 R.C.S. 213 .....	474
Frame c. Smith .....	[1987] 2 R.C.S. 99 .....	289

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie .....	[1992] 1 R.C.S. 647 .....	626
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports) .....	[1992] 1 R.C.S. 3 .....	484
<b>G</b>		
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing .....	[1989] 1 R.C.S. 641 .....	473, 499
Gesca ltée c. Groupe Polygone Éditeurs inc. (Malcom Média inc.) ...	2009 QCCA 1534, [2009] R.J.Q. 1951 .....	606
Giguère c. Cie Kenworth du Canada, Division de Paccar du Canada Ltée .....	[1990] R.J.Q. 2485 .....	97
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission) .....	2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494 .....	469, 546
Globe and Mail c. Canada (Procureur général) .....	2008 QCCA 2516 (CanLII) .....	632
Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta .....	(1921), 62 R.C.S. 424 .....	474
Goldhar c. The Queen .....	[1960] R.C.S. 60 .....	20
Gosselin c. Québec (Procureur général) .....	2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429 .....	615
Grand Trunk Railway Company of Canada c. Attorney-General of Canada .....	[1907] A.C. 65 .....	474
Great West Saddlery Co. c. The King .....	[1921] 2 A.C. 91 .....	524, 549
Greater Toronto Airports Authority c. Mississauga (City) .....	(2000), 50 O.R. (3d) 641 .....	520, 552
Grenier c. Arthur .....	[2001] R.J.Q. 674 .....	619
<b>H</b>		
Harbour Machine Ltd. c. Guardian Insurance Co. of Canada .....	(1985), 60 B.C.L.R. 360 .....	263
Harris c. New York .....	401 U.S. 222 (1971) .....	334
Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth .....	2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129 .....	48
Hill c. La Reine .....	[1977] 1 R.C.S. 827 .....	20
Hind c. The Queen .....	[1968] R.C.S. 234 .....	20
Histed c. Law Society of Manitoba .....	2005 MBCA 106, 195 Man. R. (2d) 224 ...	638
Hodgkinson c. Simms .....	[1994] 3 R.C.S. 377 .....	289
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national .....	[1995] 3 R.C.S. 453 .....	719
Huu-Ay-Aht First Nation c. British Columbia (Minister of Forests) ...	2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74 .....	673
<b>I</b>		
I Congreso del Partido .....	[1983] A.C. 244 .....	588
In re An Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985 .....	[1988] 1 A.C. 660 .....	629
In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada .....	[1932] A.C. 54 .....	550
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 927 .....	524, 554
Isidore Garon ltée c. Tremblay .....	2006 CSC 2, [2006] 1 R.C.S. 27 .....	73, 110
<b>J</b>		
Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada .....	2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744 .....	255
Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul .....	[1952] 1 R.C.S. 292 .....	465, 494, 550

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
John Deere Plow Co. c. Wharton .....	[1915] A.C. 330 .....	524, 549
Joyal c. Hôpital du Christ-Roi .....	[1997] R.J.Q. 38 .....	97

## K

K. c. K. (E.) .....	2004 ABQB 847, 37 Alta. L.R. (4th) 118 ...	642
Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc. ....	2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302 .....	477, 499
Klahoose First Nation c. Sunshine Coast Forest District (District Manager) .....	2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110...	673
Kosko c. Bijimine .....	2006 QCCA 671, [2006] R.J.Q. 1539 .....	637
Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co. ....	[1995] 3 All E.R. 694 .....	588
Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co. ....	[2003] EWHC 31, [2003] 1 Lloyd's L.R. 448 .....	579
Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co. ....	[2005] EWHC 2524 (BAILII) .....	579
Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co. ....	[2008] EWHC 2039 (BAILII) .....	576

## L

Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc. ....	2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743 .....	614
Lacombe c. Sacré-Cœur (Municipalité de) .....	2008 QCCA 426, [2008] R.J.Q. 598 .....	553
Landry c. Southam Inc. ....	2002 CanLII 20587 .....	619
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général) .....	2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 .....	380
Law Society of British Columbia c. Mangat .....	2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113 .....	507, 560
Lecavalier c. Montréal (Ville) .....	[1997] D.T.T.Q. n° 14 (QL) .....	104

## M

M. c. H. ....	[1999] 2 R.C.S. 3 .....	493
MacDonald c. Ville de Montréal .....	[1986] 1 R.C.S. 460 .....	23
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances) .....	2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405 .....	46
Malo c. Côté-Desbiolles .....	[1995] R.J.Q. 1686 .....	97
Marks c. Beyfus .....	(1890), 25 Q.B.D. 494 .....	622
Martin c. American International Assurance Life Co. ....	2003 CSC 16, [2003] 1 R.C.S. 158 .....	264
McLeod c. Egan .....	[1975] 1 R.C.S. 517 .....	110
Miazga c. Kvello (Succession) .....	2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339 .....	48
Miller c. La Reine .....	[1977] 2 R.C.S. 680 .....	237
Mills c. La Reine .....	[1986] 1 R.C.S. 863 .....	38, 48
Miranda c. Arizona .....	384 U.S. 436 (1966) .....	333, 357, 392
Monenco Ltd. c. Commonwealth Insurance Co. ....	2001 CSC 49, [2001] 2 R.C.S. 699 .....	255
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers) .....	2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152 .....	286
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon .....	[1982] 2 R.C.S. 161 .....	474, 499, 560, 719
Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie .....	[1982] 2 R.C.S. 9 .....	476

## N

Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) .....	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 .....	658
Nichols c. American Home Assurance Co. ....	[1990] 1 R.C.S. 801 .....	255

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union .....	2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696 .....	738
Nolan c. Kerry (Canada) Inc. ....	2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678 .....	286
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera .....	2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551 .....	256
North West Co. c. Hudson's Bay Co. ....	[1991] O.J. No. 2449 (QL) .....	283
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada .....	[1980] 1 R.C.S. 115 .....	703, 723
Nykorak c. Attorney General of Canada .....	[1962] R.C.S. 331 .....	474
<b>O</b>		
Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch) .....	2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781 .....	493
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York .....	[1996] 2 R.C.S. 929 .....	479
Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail) .....	[1993] 3 R.C.S. 327 .....	706
Oregon c. Hass .....	420 U.S. 714 (1975) .....	334
<b>P</b>		
Papp c. Papp .....	[1970] 1 O.R. 331 .....	473
Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare .....	[1976] 2 R.C.S. 751 .....	731
Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324 .....	2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157 .....	77, 109
Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission) .....	2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585 .....	682, 723
Paul c. Paul .....	[1986] 1 R.C.S. 306 .....	731
Paul c. The Queen .....	[1960] R.C.S. 452 .....	20
Peat Marwick Thorne c. Canadian Broadcasting Corp. ....	(1991), 5 O.R. (3d) 747 .....	641
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) .....	2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388 .....	672
Première nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement) .....	2006 CF 1354 (CanLII) .....	673
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet) .....	2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550 .....	670
Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc. ....	2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612 .....	584
Produits Pétro-Canada Inc. c. Moalli .....	[1987] R.J.Q. 261 .....	72, 96
<b>Q</b>		
Qu'Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne) .....	[1988] 2 C.F. 226 .....	709, 729
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville) .....	2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665 .....	613
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général) .....	2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185 .....	92
Québec (Commission des normes du travail) c. Cie minière I.O.C. inc. ....	1995 CanLII 5324 .....	102
Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association .....	2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 .....	464, 486

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Québec (Procureur général) c. Lacombe .....	2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453 .....	542, 565
Québec (Procureur général) c. Syndicat de la fonction publique du Québec .....	2008 QCCA 1054, [2008] R.J.D.T. 1005 ....	127, 138

## R

R. c. Anderson .....	2009 ABCA 67, 243 C.C.C. (3d) 134 .....	336
R. c. Asante-Mensah .....	2003 CSC 38, [2003] 2 R.C.S. 3 .....	160
R. c. B.W.P. ....	2006 CSC 27, [2006] 1 R.C.S. 941 .....	43
R. c. Badgerow .....	2008 ONCA 605, 237 C.C.C. (3d) 107 .....	336
R. c. Baidwan .....	2001 BCSC 1412, [2001] B.C.J. No. 3073 (QL).....	336
R. c. Barnier .....	[1980] 1 R.C.S. 1124 .....	82
R. c. Bartle .....	[1994] 3 R.C.S. 173 .....	348, 380, 442
R. c. Bernardo .....	(1997), 121 C.C.C. (3d) 123 .....	221
R. c. Black .....	[1989] 2 R.C.S. 138 .....	330, 357, 413, 445
R. c. Bohnet .....	2003 ABCA 207, 111 C.R.R. (2d) 131 .....	336
R. c. Briscoe .....	2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411 .....	239
R. c. Brydges .....	[1990] 1 R.C.S. 190 .....	357, 413
R. c. Burlingham .....	[1995] 2 R.C.S. 206 .....	336
R. c. Calder .....	[1996] 1 R.C.S. 660 .....	334
R. c. Chaisson .....	2006 CSC 11, [2006] 1 R.C.S. 415 .....	493
R. c. Charron .....	(1990), 57 C.C.C. (3d) 248 .....	395
R. c. Clayton .....	2007 CSC 32, [2007] 2 R.C.S. 725 ....	363, 390
R. c. Collins .....	[1987] 1 R.C.S. 265 .....	157, 181, 363, 377
R. c. Conway .....	2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765 .....	53, 678
R. c. DeWolfe .....	2007 NSCA 79, 256 N.S.R. (2d) 221 ...	159, 180
R. c. Douglas .....	2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653 .....	674
R. c. Dubois .....	(1990), 62 C.C.C. (3d) 90 .....	9
R. c. Ekman .....	2000 BCCA 414, 146 C.C.C. (3d) 346 .....	332
R. c. Evans .....	[1991] 1 R.C.S. 869 .....	328, 444
R. c. Friesen .....	(1995), 101 C.C.C. (3d) 167 .....	332
R. c. G.D.B. ....	2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520 ....	382, 449
R. c. Gardiner .....	[1982] 2 R.C.S. 368 .....	20
R. c. Genest .....	[1989] 1 R.C.S. 59 .....	158, 184
R. c. Gibson .....	2008 CSC 16, [2008] 1 S.C.R. 397 .....	9
R. c. Gimson .....	[1991] 3 R.C.S. 692 .....	158
R. c. Golden .....	2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679 .....	55
R. c. Gormley .....	(1999), 140 C.C.C. (3d) 110 .....	336
R. c. Grant .....	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 .....	51, 174, 333, 369, 399, 427
R. c. Gruenke .....	[1991] 3 R.C.S. 263 .....	625
R. c. Harder .....	[1956] R.C.S. 489 .....	227
R. c. Harrison .....	2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494. ....	399, 427
R. c. Hebert .....	[1990] 2 R.C.S. 151 .....	329, 351, 397
R. c. Hinse .....	[1995] 4 R.C.S. 597 .....	25
R. c. Isaac .....	[1984] 1 R.C.S. 74 .....	228
R. c. J. Alepin Frères Ltée .....	[1965] R.C.S. 359 .....	20

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Kang-Brown .....	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 .....	390
R. c. Kapp .....	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 .....	670
R. c. Lau .....	2003 BCCA 337, 175 C.C.C. (3d) 273 .....	164, 179
R. c. Lefthand .....	2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203 ...	673
R. c. Legare .....	2009 CSC 56, [2009] 3 R.C.S. 551 .....	11
R. c. Logan .....	(1988), 46 C.C.C. (3d) 354 .....	335, 375
R. c. MacDonald .....	[1965] R.C.S. 831 .....	23
R. c. Mann .....	2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59 .....	364
R. c. Manninen .....	[1987] 1 R.C.S. 1233 .....	329, 351, 376
R. c. Mayo .....	(1999), 133 C.C.C. (3d) 168 .....	332
R. c. McClure .....	2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 .....	352
R. c. McCrimmon .....	2010 CSC 36, [2010] 2 R.C.S. 402 .....	388, 433, 452
R. c. McMaster .....	[1996] 1 R.C.S. 740 .....	233
R. c. Mena .....	(1987), 34 C.C.C. (3d) 304 .....	233
R. c. Mentuck .....	2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442 .....	26, 640
R. c. Mercer .....	2005 BCCA 144, 202 C.C.C. (3d) 130 .....	241
R. c. Morgentaler .....	[1993] 3 R.C.S. 463 .....	469, 547
R. c. National Post .....	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477 .....	602
R. c. Nette .....	2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488 .....	231
R. c. Noël .....	2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433 .....	334
R. c. Oakes .....	[1986] 1 R.C.S. 103 .....	378
R. c. Oickle .....	2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3. ....	341, 353, 387
R. c. Orbanski .....	2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3 .....	390
R. c. Osmond .....	2007 BCCA 470, 227 C.C.C. (3d) 375 .....	332
R. c. P. (M.B.) .....	[1994] 1 R.C.S. 555 .....	378
R. c. Patrick .....	2007 ABCA 308, 81 Alta. L.R. (4th) 212 ...	168
R. c. Perrier .....	2004 CSC 56, [2004] 3 R.C.S. 228 .....	241
R. c. Phillion .....	2009 ONCA 202, 241 C.C.C. (3d) 193 .....	348
R. c. Prosper .....	[1994] 3 R.C.S. 236 .....	336, 444
R. c. R. (P.L.) .....	(1988), 44 C.C.C. (3d) 174 .....	336
R. c. Ranger .....	(2003), 178 C.C.C. (3d) 375 .....	211
R. c. Rose .....	[1998] 3 R.C.S. 262 .....	211
R. c. Ross .....	[1989] 1 R.C.S. 3 .....	337, 351, 413, 446
R. c. Rowbotham .....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1 .....	376
R. c. Sappier .....	2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686 .....	493
R. c. Schedel .....	2003 BCCA 364, 175 C.C.C. (3d) 193 .....	164, 179
R. c. Silveira .....	[1995] 2 R.C.S. 297 .....	195
R. c. Sinclair .....	2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310 .....	406, 417, 421, 433, 451
R. c. Singh .....	2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405 .....	326, 353, 369
R. c. Smith .....	[1989] 2 R.C.S. 368 .....	340, 358, 384, 445
R. c. Sparrow .....	(1979), 51 C.C.C. (2d) 443 .....	228
R. c. Stillman .....	[1997] 1 R.C.S. 607 .....	193
R. c. Suberu .....	2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460 .....	365, 444
R. c. Suzack .....	(2000), 141 C.C.C. (3d) 449 .....	235

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Swain .....	[1991] 1 R.C.S. 933 .....	469, 547
R. c. Thatcher .....	[1987] 1 R.C.S. 652 .....	219, 226
R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. ....	[1980] 1 R.C.S. 695 .....	476
R. c. Tremblay .....	[1987] 2 R.C.S. 435 .....	330, 445
R. c. Trochym .....	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239 .....	242
R. c. Turcotte .....	2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519 .....	379
R. c. Van .....	2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716 .....	242
R. c. Waterfield .....	[1963] 3 All E.R. 659 .....	364, 390
R. c. Waugh .....	2010 ONCA 100, 251 C.C.C. (3d) 139 .....	363
R. c. Weeseekase .....	2007 SKCA 115, 228 C.C.C. (3d) 117 .....	336
R. c. Willier .....	2010 CSC 37, [2010] 2 R.C.S. 429 .....	337, 406, 421
R. c. Wittwer .....	2008 CSC 33, [2008] 2 R.C.S. 235 .....	369, 398
R. c. Wood .....	(1994), 94 C.C.C. (3d) 193 .....	336
R. c. Yeh .....	2009 SKCA 112, 337 Sask. R. 1 .....	390
R. c. Zelensky .....	[1978] 2 R.C.S. 940 .....	476, 499
Re Code canadien du travail .....	[1992] 2 R.C.S. 50 .....	581
Re Orangeville Airport Ltd. and Town of Caledon .....	(1976), 11 O.R. (2d) 546 .....	520, 557
Re Pacific Press Ltd. and The Queen .....	(1977), 37 C.C.C. (2d) 487 .....	629
Re The Queen in Right of British Columbia and Van Gool .....	(1987), 36 D.L.R. (4th) 481 .....	553
Re Walker and Minister of Housing for Ontario .....	(1983), 41 O.R. (2d) 9 .....	520
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act .....	[1955] R.C.S. 529 .....	706
Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan .....	[1948] R.C.S. 248 .....	706
Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners .....	2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360 .....	93
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation .....	[1976] 2 R.C.S. 373 .....	469, 546
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu .....	2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 .....	719
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles .....	[1978] 2 R.C.S. 1198 .....	548
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services .....	[1992] 2 R.C.S. 445 .....	477
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1985] 1 R.C.S. 721 .....	508
Richelieu (Ville de) c. Commission des relations du travail .....	[2004] R.J.D.T. 937 .....	140
Roberge c. Bolduc .....	[1991] 1 R.C.S. 374 .....	24
Robitaille c. Société des alcools du Québec .....	[1997] T.T. 597 .....	104
Rothman c. La Reine .....	[1981] 1 R.C.S. 640 .....	354, 379
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan .....	2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188 .....	557

## S

Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham .....	[1994] 3 C.F. 449 .....	710, 729
Saudi Arabia c. Nelson .....	507 U.S. 349 (1993) .....	588
Saunders c. Vautier .....	(1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 .....	291
Schmidt c. Air Products Canada Ltd. ....	[1994] 2 R.C.S. 611 .....	286
Schreiber c. Canada (Procureur général) .....	2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269 .....	581
Secretary of State for Defence c. Guardian Newspapers Ltd. ....	[1985] 1 A.C. 339 .....	629
SEFPO c. Ontario (Procureur général) .....	[1987] 2 R.C.S. 2 .....	549
Semayne's Case .....	(1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194 .....	194
Simpson c. Attorney-General .....	[1994] 3 N.Z.L.R. 667 .....	45
Smith c. Daily Mail Publishing Co. ....	443 U.S. 97 (1979) .....	640

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Smith c. The Queen .....	[1960] R.C.S. 776 .....	507
Smith c. Wade .....	461 U.S. 30 (1983) .....	43
Société canadienne des postes c. Lépine .....	2009 CSC 16, [2009] 1 R.C.S. 549 .....	585
Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc. ....	[1991] R.J.Q. 637 .....	619
Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc. ....	2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456 .....	618
Société Radio-Canada c. Paul .....	2001 CAF 93, [2001] A.C.F. n° 542 (QL) ...	638
St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen .....	(1887), 13 R.C.S. 577 .....	473
St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City) .....	2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81 .....	626
St-Louis c. Commission de protection du territoire agricole du Québec .....	[1990] R.J.Q. 322 .....	520, 544
Succession Ordon c. Grail .....	[1998] 3 R.C.S. 437 .....	549
Supercrete Precast Ltd. c. Kansa General Insurance Co. ....	(1990), 45 C.C.L.I. 248 .....	263
Swagger Construction Ltd. c. ING Insurance Co. of Canada .....	2005 BCSC 1269, 47 B.C.L.R. (4th) 75 .....	250
Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général) .....	2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61 .....	126, 135
Syndicat des employé(es) de soutien du Cégep André-Laurendeau c. Lavoie .....	2007 QCCS 322 (CanLII) .....	102
Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy c. Québec (Procureur général) .....	2010 CSC 29, [2010] 2 R.C.S. 123 .....	135
Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières .....	2010 CSC 30, [2010] 2 R.C.S. 132 .....	127
Syndicat du personnel enseignant du Centre d'études collégiales en Charlevoix c. St-Laurent .....	2007 QCCS 1005 (CanLII) .....	97
<b>T</b>		
Taunoa c. Attorney-General .....	[2007] NZSC 70, [2008] 1 N.Z.L.R. 429 .....	42
Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture) .....	[1992] 1 R.C.S. 385 .....	82
Toronto Electric Commissioners c. Snider .....	[1925] A.C. 396 .....	705
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada .....	2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721 .....	635
Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Roy .....	2007 QCCS 1172 (CanLII) .....	102
Tremblay c. Hamilton .....	[1995] R.J.Q. 2440 .....	619
<b>U</b>		
Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden .....	[1899] A.C. 580 .....	547
Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada .....	[1975] 1 R.C.S. 178 .....	706
United States c. Patane .....	542 U.S. 630 (2004) .....	334
Université du Québec à Hull c. Lalonde .....	2000 CanLII 11322 .....	97
<b>V</b>		
Vancouver Sun (Re) .....	2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332 .....	640
Venchiarutti c. Longhurst .....	(1989), 69 O.R. (2d) 19 .....	552
Venchiarutti c. Longhurst .....	(1992), 8 O.R. (3d) 422 .....	520

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>W</b>		
Waldrige c. Kennison .....	(1794), 1 Esp. 143, 170 E.R. 306 .....	638
Weber c. Ontario Hydro .....	[1995] 2 R.C.S. 929 .....	92
Westbank First Nation c. British Columbia (Labour Relations Board) .....	(1997), 39 C.L.R.B.R. (2d) 227 .....	729
Westridge Construction Ltd. c. Zurich Insurance Co. ....	2005 SKCA 81, 269 Sask. R. 1 .....	261
Wii'litswx c. British Columbia (Minister of Forests) .....	2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315 ...	673
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co. ....	[1995] 1 R.C.S. 85 .....	259
Woolmington c. Director of Public Prosecutions .....	[1935] A.C. 462 .....	378
<b>Y</b>		
Yarborough c. Alvarado .....	541 U.S. 652 (2004) .....	333
Young c. Young .....	[1993] 4 R.C.S. 3 .....	484



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
<i>Act respecting labour standards</i> , R.S.Q., c. N-1.1		<i>Constitution Act, 1982</i>	
s. 124 .....	61, 123, 132	s. 35 .....	650
<i>An Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities</i> , R.S.Q., c. P-41.1		<i>Controlled Drugs and Substances Act</i> , S.C. 1996, c. 19	
s. 26 .....	536	s. 11 .....	142
		s. 12 .....	142
<b>C</b>			
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 2(b) .....	592	s. 21 .....	198
s. 8 .....	142	s. 29 .....	142
s. 10(b) .....	310, 402, 429	s. 172.1 .....	3
s. 24(1) .....	28	s. 686(1)(b)(iii) .....	198
s. 24(2) .....	142		
<i>Charter of human rights and freedoms</i> , R.S.Q., c. C-12		<b>P</b>	
s. 3 .....	592	<i>Pension Benefits Act, 1987</i> , S.O. 1987, c. 35 ...	273
s. 9 .....	592		
s. 44 .....	592	<b>S</b>	
<i>Civil Code of Québec</i> , R.S.Q., c. C-1991, c. 64		<i>State Immunity Act</i> , R.S.C. 1985, c. S-18	
art. 3076 .....	571	s. 2 “commercial activity” .....	571
<i>Constitution Act, 1867</i>		s. 3 .....	571
s. 91 .....	453, 536, 696	s. 5 .....	571
s. 91(24) .....	737	<i>Supreme Court Act</i> , R.S.C. 1985, c. S-26	
s. 92 .....	536	s. 40(1) .....	17
s. 95 .....	536	s. 40(3) .....	17
		<b>U</b>	
		<i>Utilities Commission Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 473	
		s. 71 .....	650



## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi réglementant certaines drogues et autres substances</i> , L.C. 1996, ch. 19	
art. 2b) .....	592	art. 11 .....	142
art. 8 .....	142	art. 12 .....	142
art. 10b) .....	310, 402, 429	<i>Loi sur l'immunité des États</i> , L.R.C. 1985, ch. S-18	
art. 24(1) .....	28	art. 2 « activité commerciale » .....	571
art. 24(2) .....	142	art. 3 .....	571
<i>Charte des droits et libertés de la personne</i> , L.R.Q., ch. C-12		art. 5 .....	571
art. 3 .....	592	<i>Loi sur la Cour suprême</i> , L.R.C. 1985, ch. S-26	
art. 9 .....	592	art. 40(1) .....	17
art. 44 .....	592	art. 40(3) .....	17
<i>Code civil du Québec</i> , L.R.Q., ch. C-1991, ch. 64		<i>Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles</i> , L.R.Q., ch. P-41.1	
art. 3076 .....	571	art. 26 .....	536
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		<i>Loi sur les normes de travail</i> , L.R.Q., ch. N-1.1	
art. 21 .....	198	art. 124 .....	61, 123, 132
art. 29 .....	142		
art. 172.1 .....	3	<b>P</b>	
art. 686(1b)(iii) .....	198	<i>Pension Benefits Act, 1987</i> , S.O. 1987, c. 35 ...	273
<b>L</b>			
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		<b>U</b>	
art. 91 .....	453, 536, 696	<i>Utilities Commission Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 473	
art. 91(24) .....	737	art. 71 .....	650
art. 92 .....	536		
art. 95 .....	536		
<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>			
art. 35 .....	650		



## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abel, Albert S. “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 <i>U.T.L.J.</i> 487. ....	546
Allen, Ronald J. “ <i>Miranda’s</i> Hollow Core” (2006), 100 <i>Nw. U. L. Rev.</i> 71. ....	335, 393
Arbour, J.-Maurice, et Geneviève Parent. <i>Droit international public</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006. ....	581
Audet, Maurice. “Broad Form Completed Operations: An extension of coverage or a trap?” (1984), 51:10 <i>Canadian Underwriter</i> 36. ....	269
British Columbia. Policing in British Columbia Commission of Inquiry. <i>Closing The Gap: Policing and the Community — The Report</i> , vol. 2. Victoria: The Commission, 1994. ....	158
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008. ....	500
Cassell, Paul G. “ <i>Miranda’s</i> Social Costs: An Empirical Reassessment” (1996), 90 <i>Nw. U. L. Rev.</i> 387. ....	334
Cassell, Paul G., and Bret S. Hayman. “Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of the Effects of <i>Miranda</i> ” (1995-1996), 43 <i>U.C.L.A. L. Rev.</i> 839. ....	334
Cassell, Paul G., and Richard Fowles. “Handcuffing the Cops? A Thirty-Year Perspective on <i>Miranda’s</i> Harmful Effects on Law Enforcement” (1997-1998), 50 <i>Stan. L. Rev.</i> 1055. ....	334
<i>Collins-Robert French-English, English-French Dictionary</i> , 2nd ed. London: Collins, 1987, “ <i>cas</i> ”. ....	377
Colombie-Britannique. Policing in British Columbia Commission of Inquiry. <i>Closing The Gap : Policing and the Community — The Report</i> , vol. 2. Victoria : The Commission, 1994. ....	158
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2009. ....	82, 509
<i>Couch on Insurance 3D</i> , 3rd ed., vol. 11, by Lee R. Russ and Thomas F. Segalla. Eagan, Minn.: West, 2005 (loose-leaf updated June 2010). ....	265
<i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 11th ed. by Colin Tapper. New York: Oxford University Press, 2007. ....	629
Dubé, Jean-Louis, et Nicola Di Iorio. <i>Les normes du travail</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Sherbrooke : Revue de droit Université de Sherbrooke, 1992. ....	97
Ducharme, Léo. <i>L’administration de la preuve</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001. ....	617
Ducharme, Léo. <i>Précis de la preuve</i> , 6 <sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2005. ....	619
Emanuelli, Claude. <i>Droit international privé québécois</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006. ....	585

Emanuelli, Claude. <i>Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004. ....	581
Gagnon, Robert P. <i>Le droit du travail du Québec</i> , 6 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008. ....	71
Godsey, Mark A. "Reformulating the <i>Miranda</i> Warnings in Light of Contemporary Law and Understandings" (2006), 90 <i>Minn. L. Rev.</i> 781. ....	335
Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. <i>Droit international privé</i> , t. I, <i>Théorie générale</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998. ....	583
Hébert, Gérard, et Gilles Trudeau. <i>Les normes minimales du travail au Canada et au Québec : Étude juridique et institutionnelle</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1987. ....	96
Hepburn, Samantha J. <i>Principles of Equity and Trusts</i> , 4th ed. Sydney: Federation Press, 2009. ....	295
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 1. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2009, release 1). ....	417, 499
Hutchison, Scott C., James C. Morton and Michael P. Bury. <i>Search and Seizure Law in Canada</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2010, release 4). ....	169
Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. <i>L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009. ....	530
Jutras, Daniel. « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009), 54 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 273. ....	613
Kaplan, Ari N. <i>Pension Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2006. ....	281
Larocque, François. "La Loi sur l'immunité des États canadienne et la torture" (2010), 55 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 81. ....	585
Leblanc, Daniel. <i>Nom de code : MaChouette : l'enquête sur le scandale des commandites</i> . Outremont, Qué. : Libre Expression, 2006. ....	603
Leblanc, Daniel. "Sponsorship firm moves to settle with Ottawa", <i>The Globe and Mail</i> , October 21, 2008, p. A11. ....	605
Leo, Richard A. "Inside the Interrogation Room" (1995-1996), 86 <i>J. Crim. L. &amp; Criminology</i> 266. ....	334
Lichty, Mark G. and Marcus B. Snowden. <i>Annotated Commercial General Liability Policy</i> , vols. 1 and 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated February 2010, release 14). ....	257
Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. <i>Le droit de l'emploi au Québec</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006. ....	71
Mundell, D. W. "Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin" (1955), 33 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 915. ....	547
Newfoundland and Labrador. <i>The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to: Ronald Dalton, Gregory Parsons and Randy Druken: Report and Annexes</i> . St. John's: Government of Newfoundland and Labrador, 2006. ....	353
Newman, Dwight G. <i>The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples</i> . Saskatoon: Purich Publishing, 2009. ....	671
Quebec. Ministry of Justice. <i>Justice Today</i> , by Jérôme Choquette. Québec: Ministry of Justice, 1975. ....	616
Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la Justice. Étude du projet de loi n <sup>o</sup> 50 — Loi concernant les droits et les libertés de la personne. <i>Journal des débats : Commissions parlementaires</i> , 3 <sup>e</sup> sess., 30 <sup>e</sup> lég., n <sup>o</sup> 6, 22 janvier 1975, p. B-322. ....	616
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , 2 <sup>e</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 23 mai 1996, p. 1325, 1332, 1334. ....	101

Québec. Ministère de la Justice. <i>La justice contemporaine</i> , par Jérôme Choquette. Québec : Ministère de la Justice, 1975. ....	616
<i>Robert-Collins dictionnaire français-anglais, anglais-français</i> , nouvelle éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1987, « cas ». ....	377
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. <i>La preuve civile</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008. ....	618
Schulhofer, Stephen J. “ <i>Miranda’s</i> Practical Effect: Substantial Benefits and Vanishingly Small Social Costs” (1996), 90 <i>Nw. U. L. Rev.</i> 500. ....	334, 393
Slattery, Brian. “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 433. ....	671
<i>Snell’s Equity</i> , 31st ed. by John McGhee, ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. ....	294
Stewart, Hamish. “The Confessions Rule and the <i>Charter</i> ” (2009), 54 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 517. ....	379
Stuesser, Lee. “The Accused’s Right to Silence: No Doesn’t Mean No” (2002), 29 <i>Man. L.J.</i> 149. ....	333
Terre-Neuve-et-Labrador. <i>The Lamer Commission of Inquiry into the Proceedings Pertaining to : Ronald Dalton, Gregory Parsous and Randy Druken : Report and Annexes</i> . St. John’s : Government of Newfoundland and Labrador, 2006. ....	353
Vallée, Guylaine. « Les lois de l’emploi et la convention collective », dans Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme, dir., <i>Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail : Chartes, normes d’ordre public, convention collective, contrat de travail, etc. : Actes du colloque tenu à l’Université Laval/8 novembre 2007</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 2008, 81. ....	84
Vallières, Nicole. « Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec » (1985), 26 <i>C. de D.</i> 1019. ....	616
Walker, Janet. <i>Castel &amp; Walker: Canadian Conflict of Laws</i> , vol. 1, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2010, release 19). ....	584
<i>Waters’ Law of Trusts in Canada</i> , 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson Carswell, 2005. ....	289
Weisselberg, Charles D. “Mourning <i>Miranda</i> ” (2008), 96 <i>Cal. L. Rev.</i> 1519. ....	334, 393
Wielinski, Patrick J. “CGL Coverage for Defective Workmanship: Current (and Ongoing) Issues”. Paper presented at the 16th Annual Construction Law Conference, State Bar of Texas, Dallas, Texas, March 7, 2003. ....	270
Woodward, Jack. <i>Native Law</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2010, release 4). ....	670
Younger, Evelle J. “Results of a Survey Conducted in the District Attorney’s Office of Los Angeles County Regarding the Effect of the <i>Miranda</i> Decision upon the Prosecution of Felony Cases” (1966-1967), 5 <i>Am. Crim. L.Q.</i> 32. ....	392

**Kuwait Airways Corporation** *Appellant*

v.

**Republic of Iraq and Bombardier  
Aerospace** *Respondents*

INDEXED AS: **KUWAIT AIRWAYS CORP. v. IRAQ**

**2010 SCC 40**

File No.: 33145.

2010: March 22; 2010: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Private international law — Foreign judgments — Recognition — Exception to dismiss based on jurisdictional immunity — Application for recognition of English judgment against foreign state — English court having ruled on issue of jurisdictional immunity — Whether Canadian legislation on state immunity applies to application for recognition of English judgment — Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 3076; State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3.*

*Public international law — Jurisdictional immunity — Commercial activity exception — Application for recognition of English judgment against foreign state — English court holding that foreign state responsible for acts that had misled English courts and resulted in judgment that is subject of application for recognition — Whether foreign state entitled to immunity in Quebec courts — Whether foreign state's acts constituted commercial activities — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, ss. 2 “commercial activity”, 3, 5.*

*Private international law — Foreign judgments — Transitional law — Applicable legal rules — Application for recognition of English judgment rendered after coming into force of Civil Code of Québec — Whether new Code applies to this application — Effect and*

**Kuwait Airways Corporation** *Appelante*

c.

**République d’Irak et Bombardier  
Aéronautique** *Intimées*

RÉPERTORIÉ : **KUWAIT AIRWAYS CORP. c. IRAK**

**2010 CSC 40**

N<sup>o</sup> du greffe : 33145.

2010 : 22 mars; 2010 : 21 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit international privé — Jugements étrangers — Reconnaissance — Moyen d'irrecevabilité fondé sur l'immunité de juridiction — Demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement anglais rendu contre un État étranger — Jugement anglais ayant statué sur la question de l'immunité de juridiction — La loi canadienne sur l'immunité des États s'applique-t-elle à la demande de reconnaissance judiciaire du jugement anglais? — Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 3076; Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3.*

*Droit international public — Immunité de juridiction — Exception de commercialité — Demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement anglais rendu contre un État étranger — Jugement anglais concluant que l'État étranger était l'auteur de manœuvres ayant induit les tribunaux anglais en erreur et donné naissance au jugement dont la reconnaissance est demandée — L'État étranger bénéficie-t-il de l'immunité de juridiction devant les tribunaux québécois? — Les actes accomplis par l'État étranger constituaient-ils des activités commerciales? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 2 « activité commerciale », 3, 5.*

*Droit international privé — Jugements étrangers — Droit transitoire — Régime juridique applicable — Demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement anglais rendu après l'entrée en vigueur du Code civil du Québec — Les dispositions du nouveau Code*

*application of s. 170 of Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57.*

At the time of the invasion and occupation of Kuwait in 1990, the Iraqi government ordered its national airline, the Iraqi Airways Company (“IAC”), to appropriate the aircraft and equipment of the Kuwait Airways Corporation (“KAC”). After the war, KAC recovered only some of its aircraft. KAC brought an action for damages against IAC in the United Kingdom. After lengthy and difficult proceedings, IAC was ordered to pay over one billion Canadian dollars to KAC. Alleging that Iraq had controlled, funded and supervised IAC’s defence throughout the proceedings, which had been marked by perjury and by tactics on the part of IAC and Iraq that were intended to deceive the British courts, KAC also claimed costs totalling approximately \$84 million in Canadian currency from Iraq. In 2008, the High Court of Justice ordered Iraq to pay the amount in question. According to the English judge, Iraq’s acts in controlling IAC’s defence were not sovereign acts, but instead fell, under the *State Immunity Act 1978* (U.K.), within the commercial exception to the principle of state immunity. KAC applied for recognition of that judgment in the Quebec Superior Court. Iraq, relying on the *State Immunity Act* (“SIA”), moved for dismissal of the application for recognition on the ground that the impugned acts were sovereign acts and that it was accordingly entitled to immunity under Canadian law. The Superior Court dismissed the application for recognition and the Court of Appeal dismissed the appeal. In their view, Iraq’s participation in the proceedings brought against IAC in England did not fall within the commercial activity exception to the state immunity established in the SIA.

*Held:* The appeal should be allowed.

The effect of s. 170 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* is that the *Civil Code of Québec* governs the application for recognition, because Iraq’s involvement and the order against Iraq are solely the result of the fraudulent acts in issue in the proceedings that resulted in the 2008 English judgment, which were brought after that Code came into force.

The SIA applies to an application for recognition of a foreign judgment. Article 3076 C.C.Q. provides that the provisions of the Code relating to private international law, which include those on the recognition of foreign decisions, apply subject to those rules of law in

*régissent-elles cette demande? — Effet et application de l’art. 170 de la Loi sur l’application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57.*

Lors de l’invasion et de l’occupation du Koweït en 1990, le gouvernement irakien ordonna à sa société d’État de transport aérien, Iraqi Airways Company (« IAC »), de s’emparer des avions et de l’équipement de la société aérienne Kuwait Airways Corporation (« KAC »). Après la guerre, KAC recouvra seulement une partie de ses avions. KAC prit action au Royaume-Uni contre IAC pour se faire indemniser. Après des procédures longues et difficiles, KAC obtint une condamnation de plus d’un milliard de dollars canadiens contre IAC. Alléguant que l’Irak avait contrôlé, financé et surveillé la défense d’IAC tout au long des procédures marquées de parjures et de manœuvres par IAC et l’Irak pour tromper les tribunaux britanniques, KAC réclama en outre de l’Irak des dépens qui s’élèvent à environ 84 millions de dollars canadiens. En 2008, la High Court of Justice condamna l’Irak à payer le montant réclamé. Selon le juge anglais, les actes accomplis par l’Irak dans le contrôle de la défense d’IAC ne constituaient pas des actes de souveraineté, mais se situaient plutôt, pour l’application de la *State Immunity Act 1978* (R.-U.), dans le cadre de l’exception commerciale au principe de l’immunité de juridiction des États. KAC demanda la reconnaissance judiciaire de ce jugement devant la Cour supérieure du Québec. L’Irak, invoquant la *Loi sur l’immunité des États* (« LIÉ »), requit le rejet de la demande de reconnaissance judiciaire au motif que les actes qui lui étaient reprochés constituaient des actes de souveraineté et qu’elle bénéficiait en conséquence de l’immunité de juridiction reconnue par la loi canadienne. La Cour supérieure rejeta la demande de reconnaissance judiciaire et la Cour d’appel rejeta l’appel. Selon ces tribunaux, la participation de l’Irak dans le procès engagé contre IAC en Angleterre ne se situait pas dans le cadre de l’exception commerciale à l’immunité de juridiction établie dans la LIÉ.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Par application de l’art. 170 de la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, le *Code civil du Québec* gouverne la demande de reconnaissance judiciaire, car l’implication et la condamnation de l’Irak ne résultent que des actes frauduleux en litige dans les procédures entamées après l’entrée en vigueur de ce Code et qui ont mené au jugement anglais de 2008.

La LIÉ s’applique à une demande de reconnaissance judiciaire d’un jugement étranger. L’article 3076 C.c.Q. spécifie que les dispositions du Code relatives au droit international privé, y compris celles qui portent sur la reconnaissance judiciaire des décisions étrangères,

force in Quebec that are applicable by reason of their particular object. The rules in question include the SIA. Moreover, an application for enforcement is a judicial demand that gives rise to an adversarial relationship to which the general rules of civil procedure apply as a result of arts. 785 and 786 of the *Code of Civil Procedure*. It is therefore a “proceeding” (or “instance” in French) to which the state immunity provided for in s. 3 of the SIA applies. Since Iraq is a state, it is in principle entitled to this immunity. Even though the English court rendered its own decision on the issue, that decision is not *res judicata* in Canada. It is up to KAC to establish, under Canadian law, that it may rely on an exception to this immunity. However, the court hearing the application must confine itself to the role conferred on the Quebec authority for the consideration of an application for enforcement. It cannot review the merits of the decision (art. 3158 C.C.Q.).

In this case, Iraq could not rely on the state immunity provided for in s. 3 of the SIA, because the commercial activity exception provided for in s. 5 applied. For this exception to apply, it is not enough to determine whether the acts in issue in KAC’s action against Iraq in the English courts were authorized or desired by Iraq, or whether they were performed to preserve certain public interests of that state. The nature of the acts must be examined in their full context, which includes the purpose of the acts. To this end, it is necessary to accept the English judge’s findings of fact to the effect that Iraq was responsible for numerous acts of forgery, concealing evidence and lies that misled the English courts. Furthermore, the litigation in which Iraq intervened to defend IAC concerned the retention of KAC’s aircraft after they had been seized. There was no connection between that commercial litigation and the initial sovereign act of seizing the aircraft. The exception to dismiss regarding the application for recognition should therefore be dismissed and the case should be remanded to the court of first instance to hear the application.

### Cases Cited

**Applied:** *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50; **referred to:** *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, [2008] EWHC 2039 (BAILII); *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, [2003] EWHC 31, [2003] 1 Lloyd’s L.R. 448; *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, [2005] EWHC 2524 (BAILII); *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003]

s’appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec et dont l’application s’impose en raison de leur but particulier. Ces règles comprennent la LIÉ. De plus, une demande d’*exequatur* constitue une demande en justice qui donne ouverture à un débat contradictoire régi par les règles générales de la procédure civile, comme le prévoient les art. 785 et 786 du *Code de procédure civile*. Il s’agit donc d’une « instance » ou « proceedings » au sujet de laquelle l’immunité de juridiction reconnue par l’art. 3 de la LIÉ s’applique. Comme l’Irak est un État, elle bénéficie en principe de l’immunité. Même si le tribunal anglais a rendu sa propre décision sur la question, celle-ci n’a pas force de chose jugée au Canada. Il appartient à KAC d’établir, sous le régime du droit canadien, qu’elle peut invoquer une exception à cette immunité. Cependant, le tribunal saisi de la demande doit respecter les limites du rôle dévolu à l’autorité québécoise à l’occasion de l’examen d’une demande d’*exequatur*. Il ne peut reprendre l’étude du fond de la décision (art. 3158 C.c.Q.).

Dans la présente affaire, l’immunité de juridiction reconnue par l’art. 3 de la LIÉ ne pouvait être invoquée par l’Irak, car l’exception de commercialité prévue par l’art. 5 s’appliquait. Pour appliquer l’exception de commercialité, il ne suffit pas de rechercher si les actes visés par l’action de KAC contre l’Irak devant les tribunaux anglais ont été autorisés ou voulus par l’Irak, ou s’ils l’ont été pour préserver certains intérêts publics de cet État. Il faut examiner la nature de ces actes dans l’ensemble de leur contexte, qui comprend l’objet des actes accomplis. À cette fin, il faut retenir les conclusions de fait du juge anglais selon lesquelles l’Irak a été le maître d’œuvre de nombreux actes de fabrication de faux, de dissimulation de preuves et de mensonges, qui ont induit les tribunaux anglais en erreur. En outre, le litige dans lequel l’Irak est intervenue pour défendre IAC portait sur la rétention des avions de KAC après leur saisie. Or, aucun lien n’existe entre ce litige commercial et l’acte souverain que constituait la saisie initiale des avions. Le moyen d’irrecevabilité contre la demande de reconnaissance de jugement est donc rejeté et le dossier est renvoyé en première instance pour que la demande soit entendue.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50; **arrêts mentionnés :** *Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co.*, [2008] EWHC 2039 (BAILII); *Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co.*, [2003] EWHC 31, [2003] 1 Lloyd’s L.R. 448; *Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co.*, [2005] EWHC 2524 (BAILII); *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Beals c. Saldanha*,

3 S.C.R. 416; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612; *Canada Post Corp. v. Lépine*, 2009 SCC 16, [2009] 1 S.C.R. 549; *I Congreso del Partido*, [1983] A.C. 244; *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, [1995] 3 All E.R. 694; *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993).

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, s. 170.  
*Canada-United Kingdom Civil and Commercial Judgments Convention Act*, R.S.C. 1985, c. C-30.  
*Civil Code of Lower Canada*.  
*Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991, arts. 3076 to 3168, 3155, 3158.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 785, 786.  
*Convention between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Providing for the Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, Can. T.S. 1987 No. 29, art. IV, s. 1(g).  
*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. §§ 1603, 1605(a)(2).  
*State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18, ss. 2 “commercial activity”, 3, 5, 6, 12.  
*State Immunity Act 1978* (U.K.), 1978, c. 33, s. 3.

### Authors Cited

Arbour, J.-Maurice, et Geneviève Parent. *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.  
 Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.  
 Emanuelli, Claude. *Droit international public: contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004.  
 Goldstein, Gérard, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.  
 Larocque, François. “La *Loi sur l'immunité des États canadienne* et la torture” (2010), 55 *McGill L.J.* 81.  
 Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2010, release 19).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J. and Hilton and Doyon J.J.A.), 2009 QCCA 728, [2009] R.J.Q. 992, [2009]

2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416; *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612; *Société canadienne des postes c. Lépine*, 2009 CSC 16, [2009] 1 R.C.S. 549; *I Congreso del Partido*, [1983] A.C. 244; *Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co.*, [1995] 3 All E.R. 694; *Saudi Arabia c. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993).

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas Canada*.  
*Code civil du Québec*, L.R.Q., ch. C-1991, art. 3076 à 3168, 3155, 3158.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 785, 786.  
*Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord pour assurer la reconnaissance et l'exécution réciproques des jugements en matière civile et commerciale*, R.T. Can. 1987 n<sup>o</sup> 29, art. IV, al. 1g).  
*Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C. §§ 1603, 1605(a)(2).  
*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, art. 170.  
*Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 2 « activité commerciale », 3, 5, 6, 12.  
*Loi sur la Convention Canada-Royaume-Uni relative aux jugements en matière civile et commerciale*, L.R.C. 1985, ch. C-30.  
*State Immunity Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 33, art. 3.

### Doctrine citée

Arbour, J.-Maurice, et Geneviève Parent. *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.  
 Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.  
 Emanuelli, Claude. *Droit international public: contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004.  
 Goldstein, Gérard, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.  
 Larocque, François. « La *Loi sur l'immunité des États canadienne* et la torture » (2010), 55 *R.D. McGill* 81.  
 Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2010, release 19).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Hilton et Doyon), 2009 QCCA 728, [2009] R.J.Q.

J.Q. n° 3210 (QL), 2009 CarswellQue 3374, affirming a decision of Chaput J., 2008 QCCS 4560, [2008] R.J.Q. 2421, [2008] J.Q. n° 9430 (QL), 2008 CarswellQue 9629. Appeal allowed.

*Yves Martineau, Patrick Girard, Laurent G. Fortier and Joseph Reynaud*, for the appellant.

*Marie-Josée Hogue, Patrick Ferland and Serge Gaudet*, for the respondent the Republic of Iraq.

No one appeared for the respondent Bombardier Aerospace.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] Iraq's invasion of Kuwait in 1990 and the ensuing Gulf War are today having unforeseen consequences for Canadian courts. The military conflict has now given way to a courtroom battle. The appeal before this Court concerns an application for recognition of a judgment in which a United Kingdom court ordered the Republic of Iraq ("Iraq") to pay the equivalent of C\$84,000,000 to the appellant, Kuwait Airways Corporation ("KAC"). The Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal dismissed the application on the basis of the immunity from jurisdiction granted to foreign states in the *State Immunity Act*, R.S.C. 1985, c. S-18 ("SIA"), for their sovereign acts. For the reasons that follow, I find that the immunity did not apply in the circumstances of the case at bar. I would therefore set aside the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, and would remand the case to the court of first instance to hear the application for recognition.

## II. Origin of the Case

[2] At the time of the invasion and occupation of Kuwait, the Iraqi government ordered its national

992, [2009] J.Q. n° 3210 (QL), 2009 CarswellQue 3374, qui a confirmé un jugement du juge Chaput, 2008 QCCS 4560, [2008] R.J.Q. 2421, [2008] J.Q. n° 9430 (QL), 2008 CarswellQue 9629. Pourvoi accueilli.

*Yves Martineau, Patrick Girard, Laurent G. Fortier et Joseph Reynaud*, pour l'appelante.

*Marie-Josée Hogue, Patrick Ferland et Serge Gaudet*, pour l'intimée la République d'Irak.

Personne n'a comparu pour l'intimée Bombardier Aéronautique.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] L'invasion du Koweït par l'Irak en 1990 et la guerre du Golfe qui s'ensuivit ont aujourd'hui des conséquences imprévues pour les tribunaux canadiens. L'affrontement militaire a maintenant fait place au conflit judiciaire. En effet, notre Cour est saisie d'un appel à propos d'une demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement d'une cour du Royaume-Uni qui a condamné la République d'Irak (« l'Irak ») à payer l'équivalent de 84 000 000 \$C à l'appelante, la société aérienne Kuwait Airways Corporation (« KAC »). La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont rejeté la demande de reconnaissance en appliquant l'immunité de juridiction accordée aux États étrangers par la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. 1985, ch. S-18 (« LIÉ »), à l'égard de leurs actes de souveraineté. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'immunité ne s'appliquait pas dans les circonstances de l'espèce. Je casserais donc l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure du Québec et je renverrais le dossier en première instance pour que la demande de reconnaissance judiciaire soit entendue.

## II. Origine du litige

[2] Lors de l'invasion et de l'occupation du Koweït, le gouvernement irakien ordonna à sa

airline, the Iraqi Airways Company (“IAC”), to appropriate the appellant’s aircraft, equipment and parts inventory. After the war, KAC recovered only some of its aircraft. The remainder of its equipment had been destroyed or had disappeared. KAC brought an action against IAC in the United Kingdom for damages in respect of losses sustained as a result of the appropriation of its property following the invasion. The United Kingdom courts agreed to hear the matter. After lengthy and difficult proceedings, as well as many developments that need not be described here, the courts accepted KAC’s position that IAC was not entitled to state immunity under the legislation of the United Kingdom, and ordered IAC to pay amounts totalling over one billion Canadian dollars to KAC. In accordance with English civil procedure, KAC applied and was granted leave to have the Republic of Iraq joined as a second defendant in order to claim from it the costs of the actions that had been brought in the United Kingdom, which totalled approximately \$84 million in Canadian currency. On July 16, 2008, Steel J. of the High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Commercial Court, granted the application and ordered Iraq to pay the amount claimed by KAC (*Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, [2008] EWHC 2039 (BAILII) (T.C.C.)). Although KAC’s application was not opposed before him, Steel J., at KAC’s invitation, considered the issue of whether Iraq was entitled to immunity under the *State Immunity Act 1978* (U.K.), 1978, c. 33, holding, on the basis of the commercial exception provided for in that Act, that it was not. According to Steel J., Iraq controlled, funded and supervised IAC’s defence throughout the proceedings against IAC. The proceedings were marked by perjury and by tactics on the part of IAC and Iraq that were intended to deceive the British courts. Steel J. held that Iraq’s acts in controlling IAC’s defence were not sovereign acts, but instead fell within the commercial exception to the principle of state immunity under the *State Immunity Act 1978*.

société de transport aérien nationale, Iraqi Airways Company (« IAC »), de s’emparer des avions de l’appelante, de son équipement et de ses stocks de pièces. Après la guerre, KAC recouvra seulement une partie de ses avions. Le reste de son équipement a été détruit ou est disparu. KAC prit action au Royaume-Uni contre IAC pour se faire indemniser des dommages subis à la suite de l’invasion et de la saisie de ses biens. Les tribunaux du Royaume-Uni acceptèrent de se saisir de l’affaire. Après des procédures longues et difficiles, ainsi que de nombreuses péripéties qu’il est inutile de décrire ici, KAC fit rejeter la prétention selon laquelle IAC jouissait de l’immunité de juridiction en vertu de la législation du Royaume-Uni et obtint des condamnations contre elle pour un montant de plus d’un milliard de dollars canadiens. Comme le lui permettait la procédure civile anglaise, KAC demanda et obtint l’autorisation d’ajouter la République d’Irak comme seconde défenderesse afin de lui réclamer les dépens des actions qui avaient été intentées au Royaume-Uni. Le montant de ces dépens s’élève à environ 84 millions de dollars après conversion en devises canadiennes. Le 16 juillet 2008, le juge Steel de la High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Commercial Court, fit droit à la demande et condamna l’Irak à payer le montant réclamé (*Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co.*, [2008] EWHC 2039 (BAILII) (T.C.C.)). Bien que la requête de KAC n’ait pas été contestée devant lui, le juge Steel aborda, à l’invitation de cette dernière, la question de l’immunité de l’Irak en vertu de la *State Immunity Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 33, mais écarta son application en raison de l’exception commerciale que prévoit cette loi. Selon le juge Steel, l’Irak a contrôlé, financé et surveillé la défense d’IAC tout au cours des procédures engagées contre elle. Ces procédures ont été marquées de parjures et de manœuvres par IAC et l’Irak pour tromper les tribunaux britanniques. D’après le juge Steel, les actes accomplis par l’Irak dans le contrôle de la défense d’IAC ne constituaient pas des actes de souveraineté, mais se situaient plutôt dans le cadre de l’exception commerciale au principe de l’immunité de juridiction des États pour l’application de la *State Immunity Act 1978*.

[3] In August 2008, KAC applied for recognition of Steel J.'s judgment in the Quebec Superior Court. At the same time, it had two immovables owned by Iraq in Montréal seized by way of seizure before judgment together with some as-yet-undelivered aircraft ordered from the respondent Bombardier Aerospace. Iraq countered these proceedings by filing a motion raising a declinatory exception based on the *SIA* in which it asked that the application for recognition of the English judgment be dismissed because the impugned acts by Iraq were sovereign acts and because Iraq was entitled to state immunity under Canadian law.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court, 2008 QCCS 4560, [2008] R.J.Q. 2421, Chaput J.*

[4] The Superior Court dismissed the application for recognition. It held that, under the *SIA*, foreign states are as a rule entitled to immunity in Canadian courts for their sovereign acts and that the "commercial activity" exception provided for in that Act did not apply to Iraq's acts. Even if those acts were wrongful, they remained sovereign acts. The respondent's exception to dismiss was therefore well-founded.

#### B. *Quebec Court of Appeal, 2009 QCCA 728, [2009] R.J.Q. 992, Robert C.J.Q. and Hilton and Doyon J.J.A.*

[5] The Court of Appeal dismissed KAC's appeal. In its opinion, the nature of state immunity and the conditions for applying it are determined by Canadian law. It agreed with the Superior Court that Iraq's acts were sovereign acts for the purposes of the *SIA*. It did not consider that Iraq's participation in the proceedings brought against IAC fell within the commercial activity exception to state immunity. KAC has appealed that judgment to this Court.

[3] En août 2008, KAC demanda la reconnaissance judiciaire du jugement du juge Steel devant la Cour supérieure du Québec. En même temps, elle obtint la saisie avant jugement de deux immeubles appartenant à l'Irak, à Montréal, et de quelques avions commandés à l'intimée Bombardier Aéronautique, mais qui n'étaient pas encore livrés. L'Irak contra ces procédures par le dépôt d'une requête soulevant un moyen déclinatoire fondé sur la *LIÉ*. Selon cette requête, la demande de reconnaissance judiciaire du jugement anglais devait être rejetée parce que les actes reprochés à l'Irak constituaient des actes de souveraineté, et qu'elle bénéficiait de l'immunité de juridiction reconnue par la loi canadienne.

### III. Historique judiciaire

#### A. *La Cour supérieure du Québec, 2008 QCCS 4560, [2008] R.J.Q. 2421, le juge Chaput*

[4] La Cour supérieure rejeta la demande de reconnaissance judiciaire. À son avis, la *LIÉ* accordait, en principe, une immunité de juridiction aux États étrangers devant les tribunaux canadiens pour leurs actes de souveraineté. L'exception dite d'activité commerciale qu'elle prévoit ne jouait pas à l'égard des actes accomplis par l'Irak. Même s'ils étaient fautifs ou abusifs, ces actes demeuraient des actes de souveraineté. Le moyen d'irrecevabilité soulevé par l'intimée était donc bien fondé.

#### B. *La Cour d'appel du Québec, 2009 QCCA 728, [2009] R.J.Q. 992, le juge en chef Robert et les juges Hilton et Doyon*

[5] La Cour d'appel rejeta le pourvoi formé devant elle par KAC. Selon son opinion, la loi canadienne détermine la nature et les conditions d'application de l'immunité de juridiction des États. Comme la Cour supérieure, elle conclut que les actes accomplis par l'Irak demeuraient des actes de souveraineté au sens de la *LIÉ*. Elle refusa d'admettre que la participation de l'Irak dans le procès engagé contre IAC se situait dans le cadre de l'exception commerciale à l'immunité de juridiction. KAC porta ce jugement devant notre Cour.

#### IV. Analysis

##### A. *Issues and Positions of the Parties*

[6] As can be seen from the parties' conflicting submissions, there are some well-defined issues that the Court must consider. First, does the *SIA* apply to an application for recognition of a foreign judgment? If it does so apply, does the immunity granted to foreign states preclude a Canadian court from granting the application or is there an exception to that immunity on the basis of which the court can enforce the judgment? Finally, does the *Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991 ("C.C.Q."), apply to this application for recognition, or is it necessary to refer to the *Civil Code of Lower Canada*?

[7] In short, the appellant argues, first, that the *SIA* does not apply to an application for recognition because the British court has already ruled on the issue of immunity and the Quebec courts do not have jurisdiction under the *C.C.Q.* to reconsider the merits of the case on this issue. Should this argument fail, KAC argues that state immunity does not apply to the activities of Iraq in issue in *Steel J.*'s judgment. The acts in question cannot be considered sovereign acts in respect of which state immunity applies. As a result, the Quebec Superior Court should hear the application for recognition.

[8] The main argument of the Republic of Iraq is that the *SIA* applies and that the application for recognition is barred by the immunity granted to foreign states in Canada. Iraq mentions briefly in its factum that, in accordance with the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, the *Civil Code of Lower Canada* should apply rather than the *C.C.Q.*, since the litigation that led to the order against Iraq was commenced before the *C.C.Q.* came into force in 1994. In practice, if the *Civil Code of Lower Canada* applied, the matter would have to be retried on the merits at the time of the application for recognition.

#### IV. Analyse

##### A. *Les questions en litige et les positions des parties*

[6] Une fois analysées les prétentions contradictoires des parties, on constate que notre Cour doit examiner quelques questions bien déterminées. D'abord, la *LIÉ* s'applique-t-elle à une demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement étranger? Dans l'affirmative, l'immunité de juridiction accordée aux États étrangers empêche-t-elle les tribunaux canadiens d'y faire droit, ou une exception à cette immunité leur permettrait-elle d'accorder l'*exequatur*? Enfin, les dispositions du *Code civil du Québec*, L.R.Q., ch. C-1991 (« C.c.Q. »), régissent-elles cette demande de reconnaissance judiciaire, ou faut-il s'en rapporter au *Code civil du Bas Canada*?

[7] En bref, l'appelante soutient d'abord que la *LIÉ* ne s'applique pas à une demande de reconnaissance judiciaire parce que le tribunal britannique a déjà statué sur la question de l'immunité et que les dispositions du *C.c.Q.* ne permettent pas aux tribunaux québécois de réexaminer le fond du dossier à cet égard. Si cet argument échoue, KAC plaide que l'immunité ne s'applique pas aux activités de l'Irak que visait le jugement du juge *Steel*. Les actes en cause ne s'assimileraient pas à des actes de souveraineté donnant ouverture à l'application de l'immunité de juridiction. En conséquence, la Cour supérieure du Québec devrait entendre la demande de reconnaissance judiciaire.

[8] La République d'Irak plaide principalement que la *LIÉ* s'applique et que l'immunité de juridiction reconnue aux États étrangers par le Canada rend la demande de reconnaissance judiciaire irrecevable. Elle mentionne brièvement dans son mémoire que ce sont les dispositions du *Code civil du Bas Canada* qui devraient s'appliquer, et non celles du *C.c.Q.*, conformément à la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, puisque le litige ayant mené à la condamnation de l'Irak a commencé avant l'entrée en vigueur du *C.c.Q.* en 1994. En pratique, l'application du *Code civil du Bas Canada* entraînerait la

Although the respondent has merely reserved the right to raise this argument, I will begin by discussing it, because it is important at the outset to establish the legal rules that apply to KAC's application for enforcement in order to properly settle the questions of law it raises.

### B. *Applicability of the Civil Code of Québec*

[9] Section 170 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* specifies which code applies to an application for recognition of a foreign judgment. It excludes such an application from the principle of immediate application of the new code if it concerns a judgment rendered before the coming into force of the *C.C.Q.* or in the course of proceedings that had already been commenced at that time:

**170.** [Foreign decisions] The provisions of the new Code concerning the recognition and enforcement of foreign decisions do not apply to decisions already rendered when the new legislation comes into force, or to proceedings pending at that time before foreign authorities.

[10] Steel J.'s judgment was rendered in 2008, and it flowed from two actions for perjury brought by KAC against IAC after the *C.C.Q.* came into force (*Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, [2003] EWHC 31, [2003] 1 Lloyd's L.R. 448; *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, [2005] EWHC 2524 (BAILII)). Contrary to the respondent's submission, the relevant date for determining which code applies is not that on which the litigation between these two parties began. Iraq's involvement and the order against Iraq are solely the result of the fraudulent acts in issue in the perjury actions. Thus, Book Ten of the *C.C.Q.* — arts. 3076 to 3168 — applies to the legal situation before this Court and governs the application for recognition filed in the Quebec courts by KAC. Having resolved this issue, I will now consider whether the *SIA* is applicable.

reprise du procès au fond lors de la présentation de la demande de reconnaissance judiciaire. Bien que l'intimée se soit simplement réservé le droit de l'invoquer, j'examinerai d'abord cet argument, car il importe d'établir d'emblée le régime juridique applicable à la demande d'*exequatur* de KAC pour régler correctement les questions de droit qu'elle pose.

### B. *L'application du Code civil du Québec*

[9] L'article 170 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* détermine le droit applicable à une demande de reconnaissance d'un jugement étranger. Il soustrait une telle demande au principe de l'application immédiate du nouveau droit lorsque celle-ci vise un jugement rendu avant l'entrée en vigueur du *C.c.Q.* ou prononcé au cours d'une instance qui était déjà engagée à ce moment :

**170.** [Décisions étrangères] Les dispositions du nouveau code, relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères, ne s'appliquent pas aux décisions déjà rendues lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ni aux instances alors en cours devant les autorités étrangères.

[10] Le jugement du juge Steel a été prononcé en 2008 et il résulte de deux actions en justice, les « *perjury actions* », que KAC a entamées contre IAC après l'entrée en vigueur du *C.c.Q.* (*Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co.*, [2003] EWHC 31, [2003] 1 Lloyd's L.R. 448; *Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co.*, [2005] EWHC 2524 (BAILII)). Malgré ce que soutient l'intimée, ce n'est pas au début du litige opposant ces deux parties qu'il faut remonter pour établir la date pertinente quant au droit applicable. L'implication et la condamnation de l'Irak ne résultent, en effet, que des actes frauduleux en litige dans ces « *perjury actions* ». Ainsi, le Livre dixième du *C.c.Q.*, art. 3076 à 3168, s'applique à la situation juridique que notre Cour examine et gouverne la demande de reconnaissance judiciaire présentée devant les tribunaux québécois par KAC. Cette question réglée, je passerai au problème de l'application de la *LIE*.

### C. *Applicability of the SIA*

[11] The appellant challenges the very applicability of the *SIA*, arguing that the issue of state immunity was already resolved in its favour by the English court and cannot be relitigated in the context of the application for recognition of Steel J.'s judgment.

[12] This submission does not take into account the effect and hierarchy of the relevant rules of law. Article 3076 *C.C.Q.* provides that the provisions of the *Civil Code* relating to private international law, which include those on the recognition of foreign decisions, apply subject to those rules of law in force in Quebec that are applicable by reason of their particular object. The rules in question include, for the purposes of the case at bar, the federal legislation on the immunity of foreign states. The *SIA*, which was enacted by the Parliament of Canada pursuant to the federal power in relation to foreign affairs, constitutes a statutory framework that governs, in Canada, the application of the customary immunities to which sovereign states are entitled in public international law. But the appellant adds that the constitutionality of the *SIA* is tenuous because that Act is procedural in nature, given that it concerns the recognition of judgments, which, in the appellant's opinion, falls within the provinces' power over the administration of justice. However, the constitutionality of the *SIA* has not been formally challenged, which means that this argument cannot be reviewed here. I will merely observe that the *SIA* is not solely procedural in nature and does not preclude the application for enforcement made by the appellant in the Superior Court, as I will now explain before moving on to the application of Quebec law on the recognition of foreign judgments.

### D. *Nature and Content of the SIA*

[13] In enacting the *SIA*, the Parliament of Canada intended to establish a statutory framework that would better define the purpose and means of claiming the customary immunity sovereign states

### C. *L'application de la LIÉ*

[11] L'appelante conteste l'applicabilité même de la *LIÉ*. Selon elle, la question de l'immunité de juridiction aurait déjà été réglée en sa faveur par le tribunal anglais et ne saurait être remise en cause dans le cadre de la demande de reconnaissance judiciaire du jugement du juge Steel.

[12] Cette prétention ne tient pas compte de l'effet et de la hiérarchie des règles de droit pertinentes. L'article 3076 *C.c.Q.* spécifie que les dispositions du *Code civil* relatives au droit international privé, y compris celles qui portent sur la reconnaissance judiciaire des décisions étrangères, s'appliquent sous réserve des règles de droit en vigueur au Québec et dont l'application s'impose en raison de leur but particulier. Ces règles comprennent en l'espèce la législation fédérale sur l'immunité de juridiction des États étrangers. Adoptée par le Parlement du Canada dans l'exercice de la compétence fédérale sur les affaires étrangères, la *LIÉ* constitue un cadre législatif destiné à régir au Canada l'application des immunités coutumières dont jouissent les États souverains en droit international public. L'appelante ajoute toutefois que la constitutionnalité de la *LIÉ* est douteuse car elle serait de nature procédurale puisqu'elle porte sur la reconnaissance des jugements, une matière qui, selon elle, relève de la compétence des provinces sur l'administration de la justice. Cependant, la constitutionnalité de la loi n'a pas été attaquée dans les formes, de sorte que cet argument ne peut être examiné. Je noterai seulement que la loi n'a pas un caractère uniquement procédural et ne fait pas obstacle à la demande d'*exequatur* présentée par l'appelante devant la Cour supérieure, comme je l'expliquerai maintenant avant de passer à l'application du droit québécois relatif à la reconnaissance des jugements étrangers.

### D. *Nature et contenu de la LIÉ*

[13] En adoptant la *LIÉ*, le Parlement du Canada a voulu établir un cadre législatif destiné à mieux définir l'objet et le mode d'exercice de l'immunité coutumière de juridiction reconnue aux États

are entitled to in their dealings with other members of the international community in contemporary public international law. This is an ancient principle. In the context of relations between sovereign states, it was established as a fundamental principle of public international law in recognition of the autonomy and the equality of states. At the very beginning, the effect of this privilege was to completely shield a foreign state from the jurisdiction of the courts of a host state (*Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50, at p. 71). As international law evolved, the privilege was gradually transformed into a more restrictive immunity that forms part of the common law and of public law in England and in Canada, and that the Parliament of Canada incorporated into federal legislation by enacting the *SIA* (*Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at paras. 13-18; *Re Canada Labour Code*, at pp. 71 and 73-74, *per* La Forest J.; C. Emanuelli, *Droit international public: contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (2nd ed. 2004), at pp. 288 and 334-35; J.-M. Arbour and G. Parent, *Droit international public* (5th ed. 2006), at p. 332). The evolution of public international law toward this more restrictive theory of state immunity reflects the recognition of the growing diversity of state functions and the ever-greater difficulties that have arisen in each state's relations with foreign states, international organizations and various private interests (Arbour and Parent, at p. 332; *Schreiber*, at paras. 15-16). It is this more restrictive theory of state immunity that is expressed in the *SIA*.

[14] The *SIA* was based on similar legislation that had been enacted a few years earlier in the United States (the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C.) and the United Kingdom (the *State Immunity Act 1978*). Parliament's intention in enacting it was to clarify the law on the immunities to which sovereign states are entitled in Canadian courts, as the courts themselves had wavered between absolute and restrictive theories with respect to this principle (C. Emanuelli, *Droit international public*, at pp. 334-35).

souverains dans leurs rapports avec les autres membres de la société internationale par le droit international public contemporain. Ce principe est ancien. La pratique des rapports entre les États souverains l'a établi comme un principe fondamental du droit international public, fondé sur la reconnaissance de l'autonomie et de l'égalité des États. À l'origine absolu, ce privilège avait pour effet de soustraire complètement un État étranger à la juridiction des tribunaux nationaux (*Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50, p. 71). L'évolution du droit international a transformé graduellement ce privilège de juridiction en une immunité plus restreinte, qui fait partie de la common law et du droit public en Angleterre et au Canada, et que le Parlement du Canada a intégrée dans la législation fédérale en édictant la *LIÉ* (*Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 13-18; *Re Code canadien du travail*, p. 71 et 73-74, le juge La Forest; C. Emanuelli, *Droit international public : contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (2<sup>e</sup> éd. 2004), p. 288 et 334-335; J.-M. Arbour et G. Parent, *Droit international public* (5<sup>e</sup> éd. 2006), p. 332). L'évolution du droit international public vers cette conception plus restreinte de l'immunité de juridiction reflète la reconnaissance de la diversité croissante des fonctions étatiques et des difficultés accrues que posent les rapports d'un État avec les États étrangers, les organisations internationales ou les intérêts privés divers (Arbour et Parent, p. 332; *Schreiber*, par. 15-16). C'est cette conception plus restreinte de l'immunité des États souverains qu'exprime la *LIÉ*.

[14] La rédaction de la *LIÉ* a été inspirée par les lois adoptées quelques années plus tôt sur le même sujet aux États-Unis (la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891, 28 U.S.C.) et au Royaume-Uni (la *State Immunity Act 1978*). En adoptant la *LIÉ*, le Parlement a voulu préciser le contenu du droit relatif aux immunités des États souverains devant les juridictions canadiennes dont la jurisprudence avait oscillé entre des conceptions tantôt absolues, tantôt restreintes de ce principe (C. Emanuelli, *Droit international public*, p. 334-335).

[15] The *SIA* first establishes a principle of immunity from jurisdiction in favour of foreign states. This immunity applies generally, and the court must give effect to the immunity on its own initiative if applicable:

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

(2) In any proceedings before a court, the court shall give effect to the immunity conferred on a foreign state by subsection (1) notwithstanding that the state has failed to take any step in the proceedings.

[16] The Act also establishes a principle of immunity from execution in favour of foreign states. Section 12 of the *SIA* provides that the property of a foreign state is immune from attachment and execution, and “from arrest, detention, seizure and forfeiture”, except in certain cases provided for in the Act (s. 12(1)).

[17] There are exceptions to the general principle of immunity from jurisdiction. One of the most important is the commercial activity exception provided for in s. 5:

A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

In s. 2, an attempt was made to concisely define the term “commercial activity”:

“commercial activity” means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character.

Section 12(1)(b) excludes property used for this type of activity from the immunity from execution.

[18] The Act includes a number of other exceptions, such as the one in s. 6 regarding proceedings brought against a foreign state for injuries that occur in Canada, which this Court considered in *Schreiber*. Only the commercial activity exception was raised in this appeal; it will therefore be necessary to review this exception if the *SIA* must be found to apply to the application for recognition of the foreign judgment in the instant case.

[15] La *LIÉ* établit en premier lieu un principe d’immunité de juridiction en faveur des États étrangers. Cette immunité s’applique généralement et le tribunal doit la soulever d’office le cas échéant :

3. (1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l’État étranger bénéficie de l’immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

(2) Le tribunal reconnaît d’office l’immunité visée au paragraphe (1) même si l’État étranger s’est abstenu d’agir dans l’instance.

[16] La loi établit en plus un principe d’immunité d’exécution en faveur des États étrangers. L’article 12 de la *LIÉ* déclare insaisissables les biens de l’État étranger et dispose qu’ils ne peuvent « faire l’objet de saisie, rétention, mise sous séquestre ou confiscation », sauf dans certains cas prévus par la loi (par. 12(1)).

[17] Le principe général d’immunité de juridiction comporte des exceptions. L’une des plus importantes est celle des activités commerciales que prévoit l’art. 5 :

L’État étranger ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales.

L’article 2 tente de définir de manière concise les activités commerciales :

« activité commerciale » Toute poursuite normale d’une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature.

L’alinéa 12(1)b soustrait à l’immunité d’exécution les biens employés dans le cadre de ce type d’activités.

[18] La loi comporte nombre d’autres exceptions, comme celle de l’art. 6 à propos des actions intentées contre un État étranger pour des dommages survenus au Canada, que notre Cour a étudiée dans l’arrêt *Schreiber*. Seule l’exception commerciale a été soulevée dans le présent appel; son étude devient donc nécessaire s’il faut conclure que la *LIÉ* s’applique à la demande de reconnaissance judiciaire du jugement étranger dans cette affaire.

[19] The appellant submits that the *SIA* does not, in principle, apply to an application for recognition of a foreign judgment. The Court of Appeal rejected this argument. I agree with it on this point. The *SIA* applies, and it must be determined whether that Act's provisions preclude the Quebec court from granting the application for enforcement:

[TRANSLATION] To the extent that a foreign state is found to be entitled to immunity under this Act, the Canadian court simply does not have jurisdiction to consider an application against that state, including an application for recognition and enforcement of a foreign decision. It is only in the case of an exception to the general principle of immunity that the court may rule on the merits of an application against a foreign state.

Thus, the [*SIA*] must apply and must govern the issue of whether Iraq is entitled to state immunity in Canadian courts.

(*Per* Robert C.J.Q., at paras. 62-63)

[20] If we are to reach the conclusion proposed by the appellant, the application for recognition of a judgment cannot be a "proceeding" (or "*instance*" in French) within the meaning of s. 3 of the *SIA*. It is true that the *SIA* does not refer expressly to the application for recognition of a foreign judgment. To determine how such a procedure should be characterized, it is necessary to turn first to Quebec private international law. Under it, foreign judgments are not enforceable in and of themselves. Article 3155 *C.C.Q.* states that, except where certain exceptions apply, any foreign judgment is recognized by the Quebec court that declares it to be enforceable in the Quebec legal system (C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2nd ed. 2006), at pp. 128 and 154-55; G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, vol. I, *Théorie générale* (1998), at p. 378). The court renders a decision that, in a sense, naturalizes the foreign decision and permits it to be enforced in Quebec. Even though art. 3158 *C.C.Q.* provides that the Quebec court may not examine the merits of the foreign decision, this rule does not change the legal nature of the application for enforcement. It is a judicial demand that gives rise to an adversarial relationship to which the general rules of civil procedure apply as a result

[19] L'appelante soutient qu'en principe, la *LIÉ* ne s'applique pas à une demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement étranger. La Cour d'appel a rejeté cette prétention. Sur ce point, je suis d'accord avec son opinion. La *LIÉ* s'applique et il faut examiner si ses dispositions empêchent le tribunal québécois d'accorder l'*exequatur* :

Dans la mesure où l'on considère qu'un État étranger bénéficie d'une immunité de juridiction en vertu de cette loi, le tribunal canadien n'a tout simplement pas compétence pour se pencher sur une demande à son encontre, y compris sur une requête en reconnaissance et en exécution d'une décision étrangère. Ce n'est que dans l'hypothèse où il existe une exception au principe général d'immunité que le tribunal pourra se prononcer sur le fond d'une demande visant un État étranger.

Ainsi, la [*LIÉ*] doit trouver application et régir la question de savoir si l'Irak bénéficie d'une immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens.

(Le juge en chef Robert, par. 62-63)

[20] Pour conclure comme le propose l'appelante, il faut refuser à la demande de reconnaissance d'un jugement la qualité d'« instance » ou de « *proceedings* » au sens de l'art. 3 de la *LIÉ*. Certes, la *LIÉ* n'aborde nulle part, en termes exprès, la situation des demandes de reconnaissance judiciaire de jugements étrangers. Pour déterminer leur qualification procédurale, il faut revenir d'abord au système de droit international privé québécois. Dans celui-ci, les jugements étrangers n'ont pas force exécutoire par eux-mêmes. L'article 3155 *C.c.Q.* déclare en effet que, sauf exception, tout jugement étranger est reconnu par le tribunal québécois qui le déclare exécutoire dans l'ordre juridique québécois (C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2<sup>e</sup> éd. 2006), p. 128 et 154-155; G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale* (1998), p. 378). Ce tribunal rend une décision qui naturalise en quelque sorte la décision étrangère et permet son exécution forcée au Québec. Même si l'art. 3158 *C.c.Q.* interdit au tribunal québécois de réviser le fond de la décision étrangère, cette règle ne change pas la nature juridique de la demande d'*exequatur*. Celle-ci constitue une demande en justice qui donne ouverture à un débat contradictoire régi par les règles générales

of arts. 785 and 786 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. I would add that the application for recognition is similar in nature under the rules of the conflict of laws in the Canadian common law (*Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612). The application for recognition therefore remains a “proceeding” to which the state immunity provided for in s. 3 of the *SIA* applies.

[21] Moreover, even if the *Canada-United Kingdom Civil and Commercial Judgments Convention Act*, R.S.C. 1985, c. C-30, and the Convention it ratifies do not apply in Quebec, it is interesting to note that my interpretation is consistent with the importance attached in that Act and that convention to adherence to state immunities. The purpose of the Convention is to facilitate the enforcement of judgments in civil and commercial matters by means of a judgment registration procedure. However, s. 1(g) of art. IV of the Convention provides that the court must refuse registration if the judgment debtor is entitled to state immunity.

#### E. Admissibility of the Application for Recognition

[22] Since the *SIA* applies, it must be determined whether its provisions preclude recognition of the English judgment. The parties disagree on this issue, regarding the burden of proof in particular. In my opinion, the issue is resolved by the very wording of the *SIA*. As I mentioned above, s. 3 establishes a presumption of immunity from jurisdiction in legal proceedings against sovereign states. Since the subject of the application, Iraq, is a state, it is entitled to this immunity. It is up to KAC to establish that it may rely on an exception to this immunity (J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 10-15). This issue must be decided under Canadian law. Even though the English court rendered its own decision on the issue, that decision is not *res judicata* because, as Robert C.J.Q. points out, if that were the case the effect would be that the British

de la procédure civile, comme le prévoient les art. 785 et 786 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. J’ajoute que la common law canadienne en ce qui concerne le droit international privé donne une portée semblable aux demandes de reconnaissance judiciaire (*Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416; *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612). La demande de reconnaissance judiciaire demeure donc une « instance » au sujet de laquelle l’immunité de juridiction reconnue par l’art. 3 de la *LIÉ* s’applique.

[21] De plus, même si la *Loi sur la Convention Canada-Royaume-Uni relative aux jugements en matière civile et commerciale*, L.R.C. 1985, ch. C-30, et la Convention qu’elle ratifie ne s’appliquent pas au Québec, il est intéressant de noter que mon interprétation est conforme à l’importance que cette loi et cette convention attachent au respect des immunités de juridiction. Cette Convention vise à faciliter l’exécution des jugements rendus en matière civile et commerciale par une procédure d’enregistrement des jugements. Cependant, l’al. 1g) de l’art. IV de la Convention prévoit que le tribunal doit refuser l’enregistrement si la partie perdante bénéficie de l’immunité de juridiction.

#### E. L’admissibilité de la demande de reconnaissance judiciaire

[22] Puisque la *LIÉ* s’applique, il faut déterminer si ses dispositions interdisent la reconnaissance du jugement anglais. Sur cette question, les parties se sont opposées, notamment à propos du fardeau de la preuve. À mon avis, le texte même de la *LIÉ* règle l’essentiel de ce problème. Comme je l’ai mentionné plus haut, l’art. 3 établit une présomption d’immunité de juridiction dans les instances judiciaires visant des États souverains. Comme la cible de la demande, savoir l’Irak, est un État, elle bénéficie de cette immunité. Il appartient à KAC d’établir qu’elle peut invoquer une exception à cette immunité (J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (6<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 10-15). Cette question doit se décider sous le régime du droit canadien. En effet, même si le tribunal anglais a rendu sa propre décision sur la question, celle-ci n’a pas force de chose jugée,

court and the United Kingdom law were delimiting the jurisdiction of the Quebec courts (para. 61). The appellant must therefore show, on the basis of an exception provided for in the *SIA*, that state immunity should not apply.

[23] However, the court hearing the application must confine itself to the role conferred on the Quebec authority for the consideration of an application for enforcement. As I mentioned above, the court cannot review the merits of the decision (art. 3158 *C.C.Q.*; *Canada Post Corp. v. Lépine*, 2009 SCC 16, [2009] 1 S.C.R. 549, at para. 23). It may not retry the case and therefore must not reassess the facts. Thus, the issue of state immunity and the exceptions to state immunity must be considered within the framework of the law currently applicable in Canada, including public international law, but on the basis of Steel J.'s findings of fact.

#### F. *The Commercial Activity Exception and Its Applicability*

[24] As I mentioned above, the *SIA* represents a clear rejection of the view that the immunity of foreign states is absolute. It reflects a recognition that there are now exceptions to the principle of state immunity and in so doing reflects the evolution of that principle at the international level. But I need not determine here whether the *SIA* is exhaustive in this respect or whether the evolution of international law and of the common law has led to the development of new exceptions to the principles of immunity from jurisdiction and immunity from execution (on this issue and the controversies it has generated, see F. Larocque, “*La Loi sur l’immunité des États canadienne et la torture*” (2010), 55 *McGill L.J.* 81). It will suffice to determine whether the commercial activity exception applies in the case at bar.

[25] This exception can be found, although worded differently, in the U.S. and English laws on which the *SIA* is based. Thus, s. 3(1)(a) of the *State*

car, autrement, comme le rappelle le juge en chef Robert, la cour britannique et la loi du Royaume-Uni établiraient le contenu de la compétence des tribunaux québécois (par. 61). Il faut donc que l’appelante démontre que l’immunité de juridiction doit être exclue par l’application d’une exception prévue par la *LIÉ*.

[23] Cependant, le tribunal saisi de la demande doit respecter les limites du rôle dévolu à l’autorité québécoise à l’occasion de l’examen d’une demande d’*exequatur*. Comme je le mentionnais précédemment, le tribunal ne peut reprendre l’étude du fond de la décision (art. 3158 *C.c.Q.*; *Société canadienne des postes c. Lépine*, 2009 CSC 16, [2009] 1 R.C.S. 549, par. 23). Il ne juge pas à nouveau le dossier, et ne doit donc pas recommencer l’examen des faits. Ainsi, l’étude du problème de l’immunité de juridiction et des exceptions à celle-ci doit s’effectuer dans le cadre du droit applicable actuellement au Canada, y compris le droit international public, mais dans le respect des constatations de fait du juge Steel.

#### F. *L’exception de commercialité et son application*

[24] Comme je l’ai souligné plus haut, la *LIÉ* a clairement écarté la doctrine du caractère absolu de l’immunité de juridiction des États étrangers. Elle reconnaît que des exceptions ont été apportées à ce principe et, ce faisant, reflète son évolution dans l’ordre international. Toutefois, je n’ai pas à décider ici si la *LIÉ* épuise le sujet et si l’évolution du droit international et celle de la common law font apparaître de nouvelles exceptions aux principes d’immunité de juridiction et d’exécution (sur cette question et les controverses qu’elle provoque, voir F. Larocque, « *La Loi sur l’immunité des États canadienne et la torture* » (2010), 55 *R.D. McGill* 81). Il suffit de déterminer si l’exception de commercialité s’applique ou non au cas en l’espèce.

[25] Avec des variantes de rédaction, cette exception se retrouve dans les lois américaine et anglaise dont la *LIÉ* est inspirée. Ainsi, l’alinéa 3(1)a) de la

*Immunity Act 1978*, enacted by the Parliament of the United Kingdom, provides for a commercial exception:

3. — (1) A State is not immune as respects proceedings relating to —

- (a) a commercial transaction entered into by the State;

The term “commercial transaction”, which delimits the scope of this exception, is defined quite broadly in s. 3(3):

In this section “commercial transaction” means —

- (a) any contract for the supply of goods or services;
- (b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation; and
- (c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority;

but neither paragraph of subsection (1) above applies to a contract of employment between a State and an individual.

[26] In the United States, § 1605(a)(2) of the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* also provides for a commercial activity exception:

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case —

(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial

*State Immunity Act 1978*, adoptée par le Parlement du Royaume-Uni, reconnaît l’exception de commercialité :

[TRADUCTION]

3. — (1) Un État ne bénéficie pas de l’immunité à l’égard des instances portant sur —

- a) ses opérations commerciales;

Le terme « opération commerciale » (en anglais « *commercial transaction* »), qui détermine l’envergure de cette exception, est défini de façon très large au par. 3(3) :

[TRADUCTION] Pour l’application du présent article, l’expression « opération commerciale » s’entend de

- a) tout contrat de fourniture de biens ou de services;
- b) tout emprunt ou autre opération visant l’obtention de financement et toute garantie liée à ce type d’opération ou à une autre obligation financière;
- c) toute autre opération ou activité (qu’elle soit de nature commerciale, industrielle, financière, professionnelle ou de nature semblable) à laquelle l’État participe à un autre titre que dans l’exercice de sa souveraineté.

Toutefois, aucun des alinéas du paragraphe (1) ne s’applique à un contrat d’emploi entre un État et une personne.

[26] Aux États-Unis, § 1605a)(2), de la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, édicte lui aussi une exception de commercialité :

[TRADUCTION]

a) Un État étranger ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction devant les tribunaux des États-Unis ou des États dans les cas —

(2) où l’action est fondée sur une activité commerciale exercée aux États-Unis par l’État étranger; sur un acte accompli aux États-Unis en rapport avec une activité commerciale exercée ailleurs par l’État étranger; ou sur un acte accompli à l’extérieur des États-Unis en rapport avec une activité commerciale exercée ailleurs

activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;

The US legislation also contains a definition of “commercial activity”:

### § 1603. Definitions

For purposes of this chapter —

(d) A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

[27] The interpretation of these statutes, like that of the corresponding Canadian statute, raises the issue of the scope of the commercial activity exception to the principle of state immunity. This issue in turn leads to another one, that of the very nature of the general principle confirmed by s. 3 of the *SIA*. In light of s. 5 of the *SIA*, which provides for the commercial activity exception that is in issue in the case at bar, does s. 3 apply only to sovereign acts (*acta jure imperii*), as understood in the context of public international law, or does it also apply to commercial acts (*acta jure gestionis*)? The Quebec Court of Appeal seems to conclude that there is a category of commercial acts that are protected by state immunity even though they are not sovereign acts (para. 68).

[28] Both in the United Kingdom and in the United States, state immunity seems to be limited in the modern case law to true sovereign acts, with the exceptions being used to confirm an interpretation that corresponds to the restrictive theory of state immunity that has been developed in public international law.

[29] In the United Kingdom, the courts ask whether the act in question could be performed by a private individual. Lord Goff of Chieveley recommended the use of this test in one of the decisions related to the litigation between KAC and

par l’État étranger, mais qui a une conséquence directe aux États-Unis.

La loi américaine comporte elle aussi une définition des activités commerciales :

[TRADUCTION]

### § 1603. Définitions

Les définitions qui suivent s’appliquent au présent chapitre.

d) « activité commerciale » Soit la poursuite régulière d’une activité commerciale soit une opération ou un acte commercial en particulier. Le caractère commercial d’une activité doit être déterminé en fonction de la nature soit de la poursuite générale de l’activité soit de l’opération ou de l’acte en particulier, plutôt qu’en fonction de leur objectif.

[27] L’interprétation de ces lois, comme de la loi canadienne correspondante, soulève le problème de la portée de l’exception commerciale au principe d’immunité de juridiction. Ce problème fait lui-même apparaître une autre question, celle de la nature même du principe général confirmé par l’art. 3 de la *LIÉ*. En tenant compte de l’art. 5 de la *LIÉ*, qui prévoit l’exception commerciale dont il est question en l’espèce, l’art. 3 vise-t-il seulement les actes de souveraineté *jure imperii*, au sens du droit international public, ou son application s’étend-elle aussi à des actes de gestion *jure gestionis*? La conclusion de la Cour d’appel du Québec tend à reconnaître l’existence d’une catégorie d’actes de gestion qui, sans constituer des actes de souveraineté, bénéficieraient toujours de l’immunité de juridiction (par. 68).

[28] Tant au Royaume-Uni qu’aux États-Unis, la jurisprudence moderne semble restreindre l’immunité de juridiction aux actes de souveraineté proprement dits, les exceptions étant utilisées pour confirmer une interprétation qui correspond à celle que le droit international public s’est formée quant à son caractère restreint.

[29] Au Royaume-Uni, les tribunaux se demandent si l’acte en cause pourrait être accompli par une personne privée. Lord Goff of Chieveley recommande l’application de ce critère dans l’un des arrêts qui concernent le litige opposant KAC

IAC on which the instant case is based. Relying on an earlier opinion of Lord Wilberforce in *I Congreso del Partido*, [1983] A.C. 244, at pp. 262, 267 and 269, he found that the proper test would be not what the state's objective is in performing the act, but whether the act could be performed by a private citizen (*Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, [1995] 3 All E.R. 694, at pp. 704-5). In the United States, the Supreme Court described the sovereign acts protected by state immunity as those performed in the exercise of the powers peculiar to sovereigns:

Under the restrictive, as opposed to the "absolute," theory of foreign sovereign immunity, a state is immune from the jurisdiction of foreign courts as to its sovereign or public acts (*jure imperii*), but not as to those that are private or commercial in character (*jure gestionis*). . . . We explained in *Weltover, supra*, at 614 (quoting *Dunhill, supra*, at 704), that a state engages in commercial activity under the restrictive theory where it exercises "only those powers that can also be exercised by private citizens," as distinct from those "powers peculiar to sovereigns." Put differently, a foreign state engages in commercial activity for purposes of the restrictive theory only where it acts "in the manner of a private player within" the market.

(*Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993), at pp. 359-60)

[30] Thus, in both U.S. and English law, the characterization of acts for purposes of the application of state immunity is based on an analysis that focusses on their nature. It is therefore not sufficient to ask whether the act in question was the result of a state decision and whether it was performed to protect a state interest or attain a public policy objective. If that were the case, all acts of a state or even of a state-controlled organization would be considered sovereign acts. This would be inconsistent with the restrictive theory of state immunity in contemporary public international law and would have the effect of eviscerating the exceptions applicable to acts of private management, such as the commercial activity exception.

et IAC, et qui est à l'origine du présent litige. Se basant sur une opinion antérieure de Lord Wilberforce dans *I Congreso del Partido*, [1983] A.C. 244, p. 262, 267 et 269, il retient comme valide la méthode d'analyse qui consiste à se demander non pas quel est l'objectif poursuivi par l'État en accomplissant l'acte, mais plutôt si l'acte pourrait être accompli par un simple citoyen (*Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co.*, [1995] 3 All E.R. 694, p. 704-705). Aux États-Unis, la Cour suprême a décrit les actes de souveraineté, protégés par l'immunité de juridiction, comme ceux accomplis dans l'exercice des pouvoirs particuliers au souverain :

[TRADUCTION] Selon la théorie de l'immunité restreinte, et non « absolue », un État bénéficie de l'immunité de juridiction devant les tribunaux étrangers relativement à ses actes souverains ou publics (*jure imperii*), mais non à l'égard de ses actes à caractère privé ou commercial (*jure gestionis*). [. . .] Dans *Weltover*, précité, à la p. 614 (citant *Dunhill*, précité, à la p. 704), nous avons expliqué que, selon la théorie de l'immunité restreinte, un État exerce une activité commerciale lorsqu'il exerce « uniquement les pouvoirs que les simples citoyens pourraient aussi exercer, » à la différence « des pouvoirs propres aux souverains ». Autrement dit, selon la théorie de l'immunité restreinte, un État étranger n'exerce une activité commerciale que lorsqu'il agit « comme un acteur privé » du marché.

(*Saudi Arabia c. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993), p. 359-60)

[30] On constate que la qualification des actes pour l'application de l'immunité de juridiction dépend, dans les droits américain et anglais, d'une analyse orientée vers leur nature. Il ne suffit donc pas de se demander si l'acte visé émanait d'une décision de l'État, et s'il a été accompli dans le but de protéger un intérêt étatique ou d'atteindre un objectif de politique publique. S'il en était ainsi, tous les actes d'un État, ou même d'un organisme qu'il contrôle, seraient assimilés à des actes de souveraineté. Ce résultat nierait le caractère restreint de l'immunité de juridiction en droit international public contemporain et viderait de leur contenu les exceptions visant les actes de gestion privée, comme l'exception de commercialité.

[31] In Canadian law, La Forest J. recommended in *Re Canada Labour Code* that this analytical approach be adopted to resolve the issues related to the application of the *SIA*. But he also made it clear that the Canadian commercial activity exception requires a court to consider the entire context, which includes not only the nature of the act, but also its purpose:

It seems to me that a contextual approach is the only reasonable basis of applying the doctrine of restrictive immunity. The alternative is to attempt the impossible — an antiseptic distillation of a “once-and-for-all” characterization of the activity in question, entirely divorced from its purpose. It is true that purpose should not predominate, as this approach would convert virtually every act by commercial agents of the state into an act *jure imperii*. However, the converse is also true. Rigid adherence to the “nature” of an act to the exclusion of purpose would render innumerable government activities *jure gestionis*. [p. 73]

[32] After this, La Forest J. stressed Parliament’s intention to confirm the restrictive theory of state immunity expressed in the *SIA* and the need for a contextual analysis focussed on the activity itself:

I view the Canadian *State Immunity Act* as a codification that is intended to clarify and continue the theory of restrictive immunity, rather than to alter its substance. The relevant provisions of the Act, ss. 2 and 5, focus on the nature and character of the activity in question, just as the common law did. [pp. 73-74]

[33] For the purposes of this appeal, therefore, the first step is to review the nature of the acts in issue in KAC’s action against Iraq in the English courts in their full context, which includes the purpose of the acts. It is not enough to determine whether those acts were authorized or desired by Iraq, or whether they were performed to preserve certain public interests of that state. The nature of the acts must be examined carefully to ensure a proper legal characterization.

[34] To this end, it is necessary to accept the findings of fact made by Steel J. in the judgment the Quebec court is being asked to recognize. As I

[31] En droit canadien, le juge La Forest a recommandé l’adoption de cette méthode d’analyse dans l’arrêt *Re Code canadien du travail* pour régler les problèmes d’application de la *LIÉ*. Par contre, il a précisé que l’exception de commercialité canadienne exige un examen de l’ensemble du contexte, ce qui inclut non seulement la nature de l’acte posé, mais aussi son objet :

Il me semble qu’une méthode contextuelle est la seule qui nous permette raisonnablement d’appliquer le principe de l’immunité restreinte. L’autre solution est de tenter l’impossible, c’est-à-dire une distillation antiseptique afin de qualifier une fois pour toutes l’activité en question, quel qu’en soit l’objet. Il est vrai que l’objet ne devrait pas prédominer, car cette méthode ferait pratiquement de tout acte accompli par les agents commerciaux d’un État un acte *jure imperii*. Toutefois, le contraire est également vrai. S’en tenir strictement à la « nature » d’un acte, indépendamment de son objet, aurait pour effet de rendre *jure gestionis* d’innombrables activités gouvernementales. [p. 73]

[32] Un peu plus loin, le juge La Forest souligne la volonté législative de confirmer la pertinence de la théorie de l’immunité restreinte qu’exprime la *LIÉ* et la nécessité d’une analyse contextuelle axée sur l’examen de l’activité elle-même :

J’estime que la codification effectuée au Canada dans la *Loi sur l’immunité des États* vise à clarifier et à maintenir la théorie de l’immunité restreinte, plutôt qu’à en modifier la substance. Les dispositions pertinentes de la Loi, les art. 2 et 5, sont axées sur la nature et le caractère de l’activité en question, tout comme l’était la common law. [p. 73-74]

[33] Il faut donc, pour les besoins du présent pourvoi, revoir d’abord la nature des actes visés par l’action de KAC contre l’Irak devant les tribunaux anglais, dans l’ensemble de leur contexte, qui comprend l’objet des actes accomplis. Il ne suffit pas de rechercher s’ils ont été autorisés ou voulus par l’Irak, ou s’ils l’ont été pour préserver certains intérêts publics de cet État. Il faut examiner la nature de ces actes avec attention pour les qualifier correctement sur le plan juridique.

[34] À cette fin, il faut retenir les conclusions de fait du juge Steel dans le jugement dont la reconnaissance est demandée. En effet, comme je le

mentioned above, the Quebec court is not to review the merits of the case. Steel J.'s findings are clear and compelling. According to him, starting in 1991, Iraq, the sole proprietor of IAC, its state-owned corporation, had controlled and funded IAC's defence throughout the long series of actions for damages brought against IAC in the English courts by the appellant. Iraq had participated throughout this commercial litigation in the hope of protecting its interests in IAC. In doing so, it was responsible for numerous acts of forgery, concealing evidence and lies (judgment, July 16, 2008, at paras. 10-14). These acts misled the English courts and led to other judicial proceedings, including the one in issue in the application for enforcement in which Steel J. found that Iraq was not entitled to state immunity and ordered it to pay substantial costs.

[35] The Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal found that, owing to the nature of Iraq's acts, state immunity applies and the commercial activity exception does not. But Steel J.'s findings of fact lead to a different legal characterization. It is true that the acts alleged against Iraq that resulted in the litigation were carried out by a state for the benefit of a state-owned corporation. However, the specific acts in issue here are instead those performed by Iraq in the course of the proceedings in the United Kingdom courts. When all is said and done, the subject of the litigation was the seizure of the aircraft by Iraq. The original appropriation of the aircraft was a sovereign act, but the subsequent retention and use of the aircraft by IAC were commercial acts: *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.* (1995), at p. 711. The English litigation, in which the respondent intervened to defend IAC, concerned the retention of the aircraft. There was no connection between that commercial litigation and the initial sovereign act of seizing the aircraft. As a result, Iraq could not rely on the state immunity provided for in s. 3 of the *SIA*. The respondent's exception to dismiss the application for recognition should have been dismissed. This conclusion means that it will not be necessary to discuss the issue of immunity from

souignais plus haut, le tribunal québécois ne revoit pas le fond du dossier. Les conclusions du juge Steel sont claires et éloquentes. Selon lui, à partir de 1991, l'Irak, seule propriétaire d'IAC, sa société d'État, a contrôlé et financé la défense de celle-ci dans le cadre de la longue série de procédures en dommages-intérêts engagées contre elle devant les tribunaux anglais par l'appelante. Elle a participé à cette série de litiges de nature commerciale dans l'espoir de protéger ses intérêts dans IAC. Dans ce contexte, l'Irak a été le maître d'œuvre de nombreux actes de fabrication de faux, de la dissimulation de preuves et de mensonges (jugement, 16 juillet 2008, par. 10-14). Ces manœuvres ont induit les tribunaux anglais en erreur et ont donné naissance à d'autres recours judiciaires, notamment celui à l'origine de la demande d'*exequatur* dans lesquels le juge Steel a refusé de reconnaître à l'Irak une immunité de juridiction et l'a condamnée à des dépens substantiels.

[35] La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont conclu que la nature des actes accomplis par l'Irak entraînait l'application de l'immunité de juridiction et excluait l'application de l'exception de commercialité. Devant les constatations de fait du juge Steel, une autre qualification juridique s'imposait. Certes, les actes reprochés à l'Irak qui sont à l'origine du litige ont été accomplis par un État et bénéficiaient à une société d'État. Mais, les actes particuliers dont il faut faire l'examen sont plutôt ceux posés par l'Irak qui sont à l'origine du litige à l'occasion des procès devant les cours du Royaume-Uni. Au fond, le sujet du litige était la saisie des avions par l'Irak. À l'origine, cette appropriation était un acte souverain, mais la rétention et la mise en service des avions par IAC qui ont suivi étaient des actes de nature commerciale : *Kuwait Airways Corp. c. Iraqi Airways Co.* (1995), p. 711. Le litige anglais, dans lequel l'intimée est intervenue pour défendre IAC, portait sur la rétention des avions. Aucun lien n'existe entre ce litige commercial et l'acte souverain que constituait la saisie initiale des avions. En conséquence, l'immunité de juridiction reconnue par l'art. 3 de la *LIÉ* ne pouvait être invoquée par l'Irak. Le moyen d'irrecevabilité présenté par l'intimée contre la demande de reconnaissance judiciaire aurait dû être rejeté. En

execution raised at first instance with respect to certain property the respondent allegedly owns in Montréal.

#### V. Conclusion

[36] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgments of the Quebec Court of Appeal and the Quebec Superior Court, and dismiss the respondent's exception to dismiss regarding the application for recognition of the judgment rendered by the High Court of Justice in London on July 16, 2008. I would award costs throughout to the appellant.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Stikeman Elliott, Montréal.*

*Solicitors for the respondent the Republic of Iraq: Heenan Blaikie, Montréal.*

raison de cette conclusion, il est inutile d'examiner le débat engagé en première instance au sujet de l'immunité d'exécution à l'égard de certains biens que l'intimée posséderait à Montréal.

#### V. Conclusion

[36] Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, je casserais l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure du Québec, et je rejetterais le moyen d'irrecevabilité présenté par l'intimée contre la demande de reconnaissance du jugement prononcé à Londres, le 16 juillet 2008, par la High Court of Justice. J'accorderais à l'appelante ses dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Stikeman Elliott, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée la République d'Irak : Heenan Blaikie, Montréal.*

**Globe and Mail, a division of CTVglobemedia Publishing Inc. *Appellant***

v.

**Attorney General of Canada and Groupe Polygone Éditeurs inc. *Respondents***

and

**Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Astral Media Radio Inc., Groupe TVA inc., La Presse Itée, Médias Transcontinental inc., Canadian Broadcasting Corporation and Canadian Civil Liberties Association *Interveners***

- and -

**Globe and Mail, a division of CTVglobemedia Publishing Inc. *Appellant***

v.

**Attorney General of Canada and Groupe Polygone Éditeurs inc. *Respondents***

and

**Barreau du Québec, Gesca Itée, Joël-Denis Bellavance and Canadian Civil Liberties Association *Interveners***

- and -

**Globe and Mail, a division of CTVglobemedia Publishing Inc. *Appellant***

v.

**Attorney General of Canada and Groupe Polygone Éditeurs inc. *Respondents***

and

**Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Ad IDEM/Canadian Media**

**Globe and Mail, une division de CTVglobemedia Publishing Inc. *Appelante***

c.

**Procureur général du Canada et Groupe Polygone Éditeurs inc. *Intimés***

et

**Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Astral Media Radio Inc., Groupe TVA inc., La Presse Itée, Médias Transcontinental inc., Société Radio-Canada et Association canadienne des libertés civiles *Intervenantes***

- et -

**Globe and Mail, une division de CTVglobemedia Publishing Inc. *Appelante***

c.

**Procureur général du Canada et Groupe Polygone Éditeurs inc. *Intimés***

et

**Barreau du Québec, Gesca Itée, Joël-Denis Bellavance et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants***

- et -

**Globe and Mail, une division de CTVglobemedia Publishing Inc. *Appelante***

c.

**Procureur général du Canada et Groupe Polygone Éditeurs inc. *Intimés***

et

**Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Ad IDEM/Canadian Media**

**Lawyers Association, Astral Media Radio Inc., Groupe TVA inc., La Presse ltée, Médias Transcontinental inc. and Canadian Broadcasting Corporation *Intervenors***

**INDEXED AS: GLOBE AND MAIL v. CANADA  
(ATTORNEY GENERAL)**

**2010 SCC 41**

File Nos.: 33114, 33097, 32975.

2009: October 21; 2010: October 22.

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

**ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT OF  
QUEBEC AND THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Constitutional law — Canadian Charter — Human rights — Quebec Charter of human rights and freedoms — Evidence — Journalist-source privilege — Freedom of expression — Access to information — Professional secrecy — Newspaper journalist receiving information from confidential unauthorized government source concerning company retained by federal government under Sponsorship Program — Newspaper publishing information alleging misuse and misdirection of public funds — Journalist compelled on cross-examination to answer questions possibly leading to identity of source — Newspaper objecting — Whether relationship protected by class-based journalist-source privilege — Whether basis for privilege constitutional or quasi-constitutional rooted in Canadian Charter and Quebec Charter rights — Whether common law framework to recognize case-by-case privilege relevant for civil litigation proceedings under Quebec law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9, 44.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Publication ban — Newspaper journalist receiving information from confidential unauthorized government source concerning company retained*

**Lawyers Association, Astral Media Radio Inc., Groupe TVA inc., La Presse ltée, Médias Transcontinental inc. et Société Radio-Canada *Intervenantes***

**RÉPERTORIÉ : GLOBE AND MAIL c. CANADA  
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2010 CSC 41**

N<sup>os</sup> du greffe : 33114, 33097, 32975.

2009 : 21 octobre; 2010 : 22 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC  
ET LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit constitutionnel — Charte canadienne — Droits de la personne — Charte québécoise des droits et libertés de la personne — Preuve — Privilège du secret des sources des journalistes — Liberté d'expression — Accès à l'information — Secret professionnel — Renseignements obtenus par un journaliste d'un quotidien auprès d'une source gouvernementale confidentielle non autorisée à l'égard d'une entreprise retenue par le gouvernement fédéral dans le cadre du Programme de commandites — Publication par le quotidien d'informations faisant état d'allégations d'usage abusif et de détournement de fonds publics — Journaliste contraint en contre-interrogatoire de répondre à des questions susceptibles de permettre l'identification de la source des informations — Objections formulées par le quotidien — Les rapports entre le journaliste et la source sont-ils protégés par un privilège générique du secret des sources des journalistes? — Le privilège possède-t-il un fondement constitutionnel ou quasi constitutionnel découlant de la Charte canadienne et de la Charte des droits québécoise? — Le cadre d'analyse appliqué en common law pour reconnaître au cas par cas l'existence du privilège est-il pertinent dans une instance civile régie par le droit québécois? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9, 44.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction de publication — Renseignements obtenus par un journaliste d'un quotidien auprès d'une source gouvernementale confidentielle*

*by federal government under Sponsorship Program — Information published including details about confidential settlement negotiations between government and company — Court making order prohibiting journalist from reporting and publishing further details concerning settlement negotiations — Whether order having effect of limiting journalist's freedom of expression rights under Canadian Charter — Whether publication ban necessary to prevent serious risk to proper administration of justice — Whether salutary effects of publication ban outweigh deleterious effects — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).*

These three appeals have as their origin the litigation flowing from what is known as the Sponsorship Scandal. In March 2005, the Attorney General of Canada filed a motion in the Quebec Superior Court seeking to recover the money paid by the federal government under the Sponsorship Program. The proceedings were instituted against several of the companies and individuals retained by the Program and implicated in the Scandal, including Groupe Polygone. In response, Groupe Polygone advanced a defence of prescription under the *Civil Code of Québec*. As the litigation proceeded, and in support of its prescription defence, Groupe Polygone obtained orders requiring that certain persons, including several federal government employees, answer questions aimed at identifying the source of a journalist's information. Based primarily on information received from a confidential unauthorized government source, L, a Globe and Mail journalist, had written a series of articles about the Sponsorship Program, alleging the misuse and misdirection of public funds. The Globe and Mail brought a revocation motion in respect of the orders issued by the Superior Court judge, arguing that their effect would be to breach journalist-source privilege. L testified on the motion and was cross-examined by counsel for Groupe Polygone. Counsel for the Globe and Mail objected to a number of questions posed to L, on the basis that they were either irrelevant, or that his answering them would lead to a breach of journalist-source privilege. The judge refused to recognize the existence of a journalist-source privilege and the objections were dismissed. Leave to appeal was denied by the Court of Appeal (“journalist-source privilege appeal”). Rather than have its journalist answer the questions, the Globe and Mail sought to discontinue the revocation proceedings. The judge refused to allow the discontinuance, and the Quebec Court of Appeal dismissed the appeal (“discontinuance

*non autorisée à l'égard d'une entreprise retenue par le gouvernement fédéral dans le cadre du Programme de commandites — Publication d'informations donnant notamment des détails sur des négociations confidentielles entre le gouvernement et l'entreprise en vue de la conclusion d'un règlement — Ordonnance du tribunal interdisant au journaliste d'écrire et de publier d'autres articles concernant ces négociations — Cette ordonnance avait-elle pour effet de limiter la liberté d'expression garantie au journaliste par la Charte canadienne? — L'interdiction de publication était-elle nécessaire afin d'écartier un risque sérieux pour la bonne administration de la justice? — Les effets bénéfiques de l'ordonnance de non-publication sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).*

Les trois pourvois tirent leur origine du litige découlant de ce qu'on appelle le scandale des commandites. En mars 2005, le procureur général du Canada a présenté devant la Cour supérieure du Québec une requête en vue de recouvrer les sommes payées par le gouvernement fédéral dans le cadre du Programme de commandites. La poursuite a été intentée contre plusieurs entreprises et particuliers commandités dans le cadre du programme et impliqués dans le scandale, notamment le Groupe Polygone. En réponse, le Groupe Polygone a invoqué la prescription sur le fondement du *Code civil du Québec*. Pendant le déroulement de l'instance, et à l'appui de sa défense de prescription, le Groupe Polygone a obtenu des ordonnances enjoignant à certaines personnes, notamment plusieurs employés du gouvernement fédéral, de répondre à des questions destinées à identifier la source des renseignements obtenus par un journaliste. S'appuyant principalement sur les renseignements reçus d'une source confidentielle non autorisée du gouvernement, L, un journaliste du *Globe and Mail*, avait écrit une série d'articles sur le Programme de commandites, alléguant l'usage abusif de fonds publics et leur détournement. Le *Globe and Mail* a présenté une requête en rétractation des ordonnances rendues par le juge de la Cour supérieure, affirmant qu'elles entraîneraient la violation du privilège du secret des sources des journalistes. L a témoigné relativement à cette requête et a été contre-interrogé par l'avocat du Groupe Polygone. L'avocat du *Globe and Mail* s'est opposé à de nombreuses questions posées à L, au motif qu'elles manquaient de pertinence ou que le fait d'y répondre contreviendrait au privilège du secret des sources des journalistes. Le juge a rejeté ces objections et a refusé de reconnaître l'existence d'un tel privilège. Une demande d'autorisation d'appel de cette décision a été rejetée par la Cour d'appel (« pourvoi relatif au privilège du secret des sources des journalistes »).

appeal”). Meanwhile, during the hearing of the discontinuance proceedings, Groupe Polygone complained about leaks dealing with the content of confidential settlement negotiations in which it was engaged with the Attorney General, the details of which were reported by L and published by the *Globe and Mail*. In response, and on his own motion, the Superior Court judge made an order prohibiting L from further reporting and publishing on the state of the negotiations. While the *Globe and Mail* objected to what it insisted was a publication ban, and one issued without the benefit of hearing from either party, the judge maintained that the order was not a publication ban, providing no further written or oral reasons for his decision. The Quebec Court of Appeal again rejected the *Globe and Mail*’s application for leave to appeal (“publication ban appeal”).

In the journalist-source privilege appeal in this Court, the *Globe and Mail* argued that a class-based journalist-source privilege is rooted in the *Canadian Charter* and the *Quebec Charter*. In the alternative, it contended that the common law Wigmore doctrine to establish privilege on a case-by-case basis, but modified to account for the civil law tradition, is applicable. The *Globe and Mail* also challenged the order prohibiting the publication of information related to the settlement negotiations, as well as the order denying the discontinuance.

*Held*: The journalist-source privilege appeal should be allowed and the matter remitted to the Superior Court of Quebec for consideration in accordance with the reasons for judgment. The publication ban appeal should be allowed and the order prohibiting the publication of information relating to the settlement negotiations quashed. The discontinuance appeal should be dismissed as moot.

There is no basis for recognizing a class-based constitutional or quasi-constitutional journalist-source privilege under either the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*. For reasons set out in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, and in particular the difficulty in defining such a heterogeneous and ill-defined group of writers and speakers with the necessary degree of certainty, freedom of expression under

Pour soustraire son journaliste à l’obligation à répondre aux questions, le *Globe and Mail* a tenté de se désister de sa requête en rétractation. Le juge n’a pas autorisé le désistement, et la Cour d’appel du Québec a rejeté l’appel de ce refus (« pourvoi relatif au désistement »). Entre-temps, durant l’audience relative au désistement, le Groupe Polygone s’est plaint des fuites concernant le contenu des négociations confidentielles auxquelles il participait avec le procureur général et dont les détails avaient été communiqués par L et rendus publics par le *Globe and Mail*. En réponse, et de sa propre initiative, le juge de la Cour supérieure a rendu une ordonnance interdisant à L d’écrire et de publier des articles sur l’état des négociations. Bien que le *Globe and Mail* se soit opposé à ce qu’il qualifiait d’ordonnance de non-publication — une ordonnance prononcée avant même d’entendre les parties sur cette question —, le juge a maintenu que l’ordonnance n’était pas une ordonnance de non-publication et n’a pas motivé davantage sa décision, ni par écrit ni de vive voix. La Cour d’appel du Québec a une fois de plus rejeté la demande d’autorisation d’appel du *Globe and Mail* (« pourvoi concernant l’interdiction de publication »).

Dans le pourvoi relatif au privilège du secret des sources des journalistes formé devant la Cour, le *Globe and Mail* a plaidé qu’un tel privilège, à caractère générique, découle de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise*. Il a soutenu, à titre subsidiaire, que la doctrine de Wigmore élaborée en common law, mais modifiée pour tenir compte de la tradition civiliste, s’applique pour établir au cas par cas l’existence d’un privilège. Le *Globe and Mail* a contesté aussi l’ordonnance interdisant la publication de renseignements sur les négociations en vue d’un règlement ainsi que l’ordonnance refusant le désistement.

*Arrêt* : Le pourvoi relatif au privilège du secret des sources des journalistes est accueilli, et l’affaire renvoyée à la Cour supérieure du Québec pour nouvel examen conformément aux motifs de jugement. Le pourvoi concernant l’interdiction de publication est accueilli et l’ordonnance interdisant la publication de tout renseignement relatif aux négociations en vue d’un règlement entre les parties est annulée. Le pourvoi relatif au désistement est rejeté en raison de son caractère théorique.

Rien dans la *Charte canadienne* ou la *Charte québécoise* ne permet de reconnaître un privilège générique, constitutionnel ou quasi constitutionnel, du secret des sources des journalistes. Pour les motifs exposés dans *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, et en particulier en raison de la difficulté à définir avec le degré de certitude nécessaire un groupe de rédacteurs et d’orateurs aussi hétérogène et mal défini, la liberté

the *Canadian Charter* and the *Quebec Charter* cannot constitute the basis for recognizing journalist-source privilege. Similarly, s. 44 of the *Quebec Charter*, which protects access to information, does not broaden the scope of the right beyond what is defined by the provision itself. While the s. 44 right can inform the protection of the confidential relationship between journalists and their sources, it cannot constitute the basis for recognizing the privilege. Finally, because journalists are not bound to professional secrecy by law, s. 9 of the *Quebec Charter*, which protects professional secrecy, cannot ground a quasi-constitutional right to the protection of media sources. There is, however, a basis in the laws of Quebec for a journalist-source privilege or an exemption from the general obligation to give evidence in civil cases. Despite its common law origins, the use of a Wigmore-like framework to recognize the existence of case-by-case privilege in the criminal law context is equally relevant for civil litigation matters subject to the laws of Quebec; recognition would result in consistency across the country, while preserving the distinctive legal context under the *Civil Code of Québec*. This case-by-case approach is consistent with the overarching principles set out in the *Civil Code*, the *Quebec Charter* and the *Canadian Charter*, and conforms with the law of evidence in Quebec as found in the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure*. It is also sufficiently flexible to take into account the variety of interests that may arise in any particular case.

Therefore, under the proposed test, to require a journalist to answer questions in a judicial proceeding that may disclose the identity of a confidential source, the requesting party must demonstrate first that the questions are relevant. If the questions are relevant, the court must then consider the four Wigmore factors: (1) the relationship must originate in a confidence that the source's identity will not be disclosed; (2) anonymity must be essential to the relationship in which the communication arises; (3) the relationship must be one that should be sedulously fostered in the public interest; and (4) the public interest served by protecting the identity of the informant must outweigh the public interest in getting at the truth. At the crucial fourth Wigmore factor, the court must balance the importance of disclosure to the administration of justice, against the public interest in maintaining journalist-source confidentiality. This balancing must be conducted in a context specific manner, having regard to the particular demand for disclosure at issue. The considerations relevant at

d'expression garantie par la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* ne peut servir de fondement pour reconnaître un privilège du secret des sources des journalistes. De même, l'art. 44 de la *Charte québécoise* — qui protège l'accès à l'information —, n'élargit pas la portée du droit au-delà de celle définie par cette disposition elle-même. Bien que le droit garanti par l'art. 44 puisse influencer la protection des rapports confidentiels entre un journaliste et sa source, il ne peut servir de fondement à la reconnaissance de ce privilège. Enfin, puisque les journalistes ne sont pas tenus au secret professionnel par la loi, l'art. 9 de la *Charte québécoise*, qui protège le secret professionnel, ne peut justifier la reconnaissance d'un droit quasi constitutionnel à la protection des sources des journalistes. Le droit du Québec peut toutefois servir de fondement à un privilège de protection du secret des sources des journalistes ou pour reconnaître une exception à l'obligation générale de fournir des éléments de preuve ou de témoigner dans une instance civile. Même s'il découle de la common law, le recours à un cadre d'analyse semblable au test de Wigmore pour reconnaître au cas par cas l'existence du privilège en droit criminel s'avère tout aussi valable dans le contexte d'un litige civil régi par le droit du Québec; la reconnaissance de ce cadre permettrait d'adopter une approche uniforme dans l'ensemble du pays tout en préservant le caractère distinct du milieu juridique régi par le *Code civil du Québec*. Cette approche au cas par cas est conforme aux principes généraux énoncés dans le *Code civil*, la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne*, ainsi qu'au droit de la preuve au Québec, à savoir le *Code civil* et le *Code de procédure civile*. Elle est aussi suffisamment souple pour prendre en compte la diversité des intérêts en jeu dans un cas donné.

Par conséquent, selon le test proposé, pour exiger qu'un journaliste, dans une instance judiciaire, réponde à des questions susceptibles de permettre d'identifier une source confidentielle, la partie requérante doit démontrer leur pertinence. Si les questions sont pertinentes, le tribunal examinera ensuite les quatre volets du test de Wigmore : (1) les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance que l'identité de la source ne sera pas divulguée; (2) l'anonymat doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise; (3) les rapports doivent être, dans l'intérêt public, entretenus assidûment; et (4) l'intérêt public protégé par le refus de la divulgation de l'identité doit l'emporter sur l'intérêt public dans la recherche de la vérité. À l'importante quatrième étape de l'analyse, le tribunal doit mettre en balance l'importance de la divulgation pour l'administration de la justice et l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source du journaliste. Cet exercice de mise en balance s'effectuera en fonction du contexte, compte tenu de la

the fourth Wigmore stage include: the stage of the proceeding when a claim of privilege is raised; the centrality of the issue to the dispute; whether the journalist is a party to the litigation, or simply a witness; whether the facts, information or testimony are available by any other means; the degree of public importance of the journalist's story; and whether the story has been published and therefore already in the public domain. In this case, the Superior Court judge erred in concluding that it was preferable to compel L's answers on cross-examination. L was entitled to have the questions put to him challenged for relevancy, and his claim for privilege rigorously tested against the Wigmore criteria. In particular, if the judge concluded that the first three factors favoured disclosure, he was then required to ask whether, on balance, the public interest in maintaining journalist-source confidentiality outweighed the importance of disclosure to the administration of justice. The public interest here, is based largely on whether the questions would tend to reveal the identity of L's confidential source. Ultimately, these matters are for the judge to determine, but in this case they were never considered because neither party was permitted to make submissions or tender evidence on the issue.

With respect to the publication ban appeal, the Superior Court's order must be assessed for what it is: a court-ordered publication ban which had the effect of limiting L's s. 2(b) freedom of expression *Canadian Charter* rights. The Superior Court judge therefore erred in not applying the *Dagenais/Mentuck* framework. The order was made without notice, without application and without the benefit of formal submissions from either party. By proceeding in this manner, in a case where there was no suggestion of urgency or delay inherent in hearing submissions that would prejudice either party, the Superior Court violated one of the fundamental rules of the adversarial process: it denied the parties an opportunity to be heard before deciding an issue that affected their rights. This, in itself, is sufficient to allow the appeal. Considering the publication ban on its merits, maintaining the confidentiality of settlement negotiations is a public policy goal of the utmost importance. However, confidentiality undertakings bind only the parties and their agents. Neither L nor the *Globe and Mail* was a party to the settlement negotiations. The wrong was committed by the government source who provided L with the information. Nothing in the record suggests that L was anything other than a beneficiary of

demande de divulgation particulière en cause. Les facteurs pertinents au quatrième volet du test de Wigmore comprennent : l'étape de la procédure où le privilège est revendiqué; le caractère essentiel de la question dans le cadre du différend; la question de savoir si le journaliste est une partie à l'instance ou simplement un témoin; la question de savoir si les faits, les renseignements ou les témoignages peuvent être connus par d'autres moyens; le degré d'importance de la nouvelle du journaliste pour le public et la question de savoir si elle a été publiée et relève donc déjà du domaine public. En l'espèce, le juge de la Cour supérieure a commis une erreur en concluant qu'il était préférable d'obliger L à répondre aux questions posées en contre-interrogatoire. L avait le droit de contester la pertinence des questions qu'on lui avait posées, et le juge aurait dû examiner rigoureusement sa revendication du privilège en fonction du test de Wigmore. Plus particulièrement, si le juge avait conclu que les trois premiers facteurs favorisaient la divulgation, il aurait été tenu de se demander si, tout bien considéré, l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source du journaliste l'emportait sur l'importance de la divulgation pour l'administration de la justice. En l'espèce, l'intérêt public est largement fondé sur le risque que les réponses aux questions posées dévoilent l'identité de la source confidentielle de L. En dernière analyse, ces questions doivent être réglées par le juge, mais en l'espèce, elles n'ont jamais été analysées, puisqu'aucune des parties n'a été autorisée à présenter des observations ou des éléments de preuve à leur égard.

Quant au pourvoi concernant l'interdiction de publication, l'ordonnance de la Cour supérieure doit être évaluée en fonction de sa véritable nature : une ordonnance de non-publication qui a eu pour effet de limiter les droits de L et du *Globe and Mail* à la liberté d'expression que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte canadienne*. Le juge de la Cour supérieure a donc commis une erreur en n'appliquant pas le test de *Dagenais/Mentuck*. L'ordonnance a été rendue sans préavis et sans que les parties ne la demandent ni n'aient l'occasion de présenter des observations en bonne et due forme à cet égard. En procédant ainsi, dans une affaire où rien ne suggérait qu'il y avait urgence ni que les parties subiraient un préjudice à cause des délais inhérents à la présentation de plaidoiries devant un tribunal, la Cour supérieure a enfreint une des règles fondamentales du processus accusatoire : elle a privé les parties de la possibilité de se faire entendre avant de trancher une question affectant leurs droits. Cela constitue un motif suffisant pour accueillir le pourvoi. Lorsqu'on examine l'interdiction de publication sur le fond, la préservation de la confidentialité des négociations en vue d'un règlement constitue un objectif d'ordre public d'une importance capitale. Toutefois, les engagements de confidentialité ne lient que les parties et leurs

the source's desire to breach confidentiality. L was not required to ensure that the information was provided to him without the source breaching any of her legal obligations and he was under no obligation to act as her legal adviser. In any event, Groupe Polygone offered no tangible proof that its ability to effectively engage in settlement negotiations with the government has been irreparably harmed, nor has it offered any evidence of a serious risk to the administration of justice. At the time L's article was published, the fact that the parties were engaged in settlement negotiations was already a matter of public record. Even if the ban were necessary to prevent a serious risk to the administration of justice, its salutary effects do not outweigh its deleterious effects which are serious. Upholding the order would prevent the story from coming to light, stifling the media's exercise of their constitutionally mandated role to report stories of public interest, such as one where the federal government is seeking to recover a considerable amount of public money because of an alleged fraud against a government program. Given the result in the journalist-source privilege and publication ban appeals, the discontinuance appeal is moot.

### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Gesca ltée v. Groupe Polygone Éditeurs inc. (Malcom Média inc.)*, 2009 QCCA 1534, [2009] R.J.Q. 1951, rev'g 2009 QCCS 1624 (CanLII); *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743; *Gosselin v. Québec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Société d'énergie de la Baie James v. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637; *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada v. Corporation municipale de la paroisse de St-Louis de France*, [1994] R.D.J. 95; *Grenier v. Arthur*, [2001] R.J.Q. 674; *Centre de réadaptation en déficience intellectuelle de Québec v. Groupe TVA inc.*, [2005]

mandataires. Ni L ni le *Globe and Mail* n'étaient parties aux négociations en vue d'un règlement. Le délit a été commis par la source gouvernementale qui a fourni l'information à L. Rien dans le dossier n'indique que L a fait autre chose que de profiter de la volonté de la source de communiquer des renseignements confidentiels. L n'était pas tenu de s'assurer que sa source ne violait aucune obligation juridique en lui fournissant les renseignements, et il n'était pas tenu d'agir comme conseiller juridique auprès de cette source. Quoi qu'il en soit, le Groupe Polygone n'a pas démontré que sa capacité d'engager des négociations avec le gouvernement en vue d'un règlement a été irréparablement compromise et il n'a pas non plus établi l'existence d'un risque sérieux pour l'administration de la justice. Les négociations en vue d'un règlement relevaient déjà du domaine public au moment de la publication de l'article de L. Même si l'ordonnance était nécessaire pour écarter un risque sérieux pour l'administration de la justice, ses effets bénéfiques ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables, lesquels sont graves. Confirmer l'ordonnance empêcherait l'information d'être communiquée au public et reviendrait à museler les journalistes dans l'exercice du rôle qui leur appartient, en vertu de la Constitution, de publier des récits d'intérêt public, comme celui où le gouvernement fédéral cherche à recouvrer une importante somme d'argent appartenant aux contribuables, sur le fondement d'une fraude présumée contre un de ses programmes. Étant donné l'issue du pourvoi relatif au privilège du secret des sources des journalistes et de celui concernant l'interdiction de publication, le pourvoi relatif au désistement a un caractère théorique.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Gesca ltée c. Groupe Polygone Éditeurs inc. (Malcom Média inc.)*, 2009 QCCA 1534, [2009] R.J.Q. 1951, inf. 2009 QCCS 1624 (CanLII); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637; *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Corporation municipale de la paroisse de St-Louis de France*, [1994] R.D.J. 95; *Grenier c. Arthur*, [2001] R.J.Q. 674; *Centre de réadaptation en déficience intellectuelle de Québec c. Groupe*

R.J.Q. 2327; *Drouin v. La Presse ltée*, [1999] R.J.Q. 3023; *Tremblay v. Hamilton*, [1995] R.J.Q. 2440; *Landry v. Southam Inc.*, 2002 CanLII 20587; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81; *Charkaoui (Re)*, 2008 FC 61, [2009] 1 F.C.R. 507; *Attorney-General v. Mulholland*, [1963] 2 Q.B. 477; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.*, [1985] 1 A.C. 339; *In re An Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985*, [1988] 1 A.C. 660; *Globe and Mail v. Canada (Procureur général)*, 2008 QCCA 2516 (CanLII); *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *Kosko v. Bijimine*, 2006 QCCA 671 (CanLII); *Waldridge v. Kennison* (1794), 1 Esp. 143, 170 E.R. 306; *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2005 MBCA 106, 195 Man. R. (2d) 224; *Canadian Broadcasting Corp. v. Paul*, 2001 FCA 93, 198 D.L.R. (4th) 633; *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Peat Marwick Thorne v. Canadian Broadcasting Corp.* (1991), 5 O.R. (3d) 747; *Amherst (Town) v. Canadian Broadcasting Corp.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 277; *Canada (Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board) v. Canadian Press*, [2000] N.S.J. No. 139 (QL); *Calgary Regional Health Authority v. United Western Communications Ltd.*, 1999 ABQB 516, 75 Alta. L.R. (3d) 326; *K. v. K. (E.)*, 2004 ABQB 847, 37 Alta. L.R. (4th) 118.

### Statutes and Regulations Cited

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 173.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 2(b), 32.  
*Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 4, 5, 9, 9.1, 44, 52.  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 1206.  
*Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991, preliminary provision, arts. 3, 35, 36(2), 2803 to 2874.  
*Civil Procedure Rules* (Nova Scotia), rr. 10.13(4)(a), 10.14(4)(a), 10.16.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 20, 46, 151.14, 151.16, 151.21, 398.1.  
*Constitution Act, 1867*, s. 96.  
*Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, Sch. I.  
*Queen's Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, rr. 49.06(1), (2), 50.01(9), (10).

*TVA inc.*, [2005] R.J.Q. 2327; *Drouin c. La Presse ltée*, [1999] R.J.Q. 3023; *Tremblay c. Hamilton*, [1995] R.J.Q. 2440; *Landry c. Southam Inc.*, 2002 CanLII 20587; *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81; *Charkaoui (Re)*, 2008 CF 61, [2009] 1 R.C.F. 507; *Attorney-General c. Mulholland*, [1963] 2 Q.B. 477; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; *Secretary of State for Defence c. Guardian Newspapers Ltd.*, [1985] 1 A.C. 339; *In re An Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985*, [1988] 1 A.C. 660; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2008 QCCA 2516 (CanLII); *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, [2006] R.J.Q. 1539; *Waldridge c. Kennison* (1794), 1 Esp. 143, 170 E.R. 306; *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2005 MBCA 106, 195 Man. R. (2d) 224; *Société Radio-Canada c. Paul*, 2001 CAF 93, [2001] A.C.F. n° 542 (QL); *Smith c. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *Bartnicki c. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Peat Marwick Thorne c. Canadian Broadcasting Corp.* (1991), 5 O.R. (3d) 747; *Amherst (Town) c. Canadian Broadcasting Corp.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 277; *Canada (Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board) c. Canadian Press*, [2000] N.S.J. No. 139 (QL); *Calgary Regional Health Authority c. United Western Communications Ltd.*, 1999 ABQB 516, 75 Alta. L.R. (3d) 326; *K. c. K. (E.)*, 2004 ABQB 847, 37 Alta. L.R. (4th) 118.

### Lois et règlements cités

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, règle 173.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2b), 32.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 4, 5, 9, 9.1, 44, 52.  
*Civil Procedure Rules* (Nouvelle-Écosse), règles 10.13(4)a), 10.14(4)a), 10.16.  
*Code civil du Bas Canada*, art. 1206.  
*Code civil du Québec*, L.R.Q., ch. C-1991, disposition préliminaire, art. 3, 35, 36(2), 2803 à 2874.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 20, 46, 151.14, 151.16, 151.21, 398.1.  
*Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, ann. I.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96.  
*Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, règles 49.06(1), (2), 50.01(9), (10).

*Queen's Bench Rules* (Saskatchewan), rr. 181(3), 191(14), (15).

*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 24.1.14, 49.06, 50.09, 50.10.

*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, rr. 9-1(2), 9-2(1), (3).

#### Authors Cited

*Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. by Colin Tapper. New York: Oxford University Press, 2007.

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001.

Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 6<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2005.

Jutras, Daniel. « Culture et droit processuel: le cas du Québec » (2009), 54 *McGill L.J.* 273.

Leblanc, Daniel. *Nom de code: MaChouette: l'enquête sur le scandale des commandites*. Outremont, Qué.: Libre Expression, 2006.

Leblanc, Daniel. « Sponsorship firm moves to settle with Ottawa », *The Globe and Mail*, October 21, 2008, p. A11.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la Justice. Étude du projet de loi n<sup>o</sup> 50 — Loi concernant les droits et les libertés de la personne. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3<sup>e</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., n<sup>o</sup> 6, 22 janvier 1975, p. B-322.

Québec. Ministry of Justice. *Justice Today*, by Jérôme Choquette. Québec: Ministry of Justice, 1975.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Vallières, Nicole. « Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec » (1985), 26 *C. de D.* 1019.

[33114] APPEAL from an order of the Superior Court of Quebec (de Grandpré J.) dismissing objections to evidence. Appeal allowed.

[33097] APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Doyon and Duval Hesler J.J.A.), 2009 QCCA 235, [2009] J.Q. n<sup>o</sup> 713 (QL), dismissing an application for leave to appeal from an order of de Grandpré J. prohibiting the publication of information. Appeal allowed.

[32975] APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Otis, Forget and Côté J.J.A.), 2008 QCCA 2464, [2008] J.Q. n<sup>o</sup> 13554 (QL), 2008

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 24.1.14, 49.06, 50.09, 50.10.

*Règles de procédure de la Cour du Banc de la Reine* (Saskatchewan), règles 181(3), 191(14), (15).

*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, règles 9-1(2), 9-2(1), (3).

#### Doctrine citée

*Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. by Colin Tapper. New York: Oxford University Press, 2007.

Ducharme, Léo. *L'administration de la preuve*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001.

Ducharme, Léo. *Précis de la preuve*, 6<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2005.

Jutras, Daniel. « Culture et droit processuel: le cas du Québec » (2009), 54 *R.D. McGill* 273.

Leblanc, Daniel. *Nom de code: MaChouette: l'enquête sur le scandale des commandites*. Outremont, Qué.: Libre Expression, 2006.

Leblanc, Daniel. « Sponsorship firm moves to settle with Ottawa », *The Globe and Mail*, October 21, 2008, p. A11.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la Justice. Étude du projet de loi n<sup>o</sup> 50 — Loi concernant les droits et les libertés de la personne. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3<sup>e</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., n<sup>o</sup> 6, 22 janvier 1975, p. B-322.

Québec. Ministère de la Justice. *La justice contemporaine*, par Jérôme Choquette. Québec: Ministère de la Justice, 1975.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Vallières, Nicole. « Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec » (1985), 26 *C. de D.* 1019.

[33114] POURVOI contre une ordonnance de la Cour supérieure du Québec (le juge de Grandpré) ayant rejeté des objections à la preuve. Pourvoi accueilli.

[33097] POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Doyon et Duval Hesler), 2009 QCCA 235, [2009] J.Q. n<sup>o</sup> 713 (QL), qui a rejeté la demande d'autorisation d'appeler d'une ordonnance du juge de Grandpré ayant interdit la publication de toute information. Pourvoi accueilli.

[32975] POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Otis, Forget et Côté), 2008 QCCA 2464, [2008] J.Q. n<sup>o</sup> 13554 (QL),

CarswellQue 12763, dismissing an application for leave to appeal from an order of de Grandpré J. refusing to grant a discontinuance of proceedings. Appeal dismissed.

*William Brock, Guy Du Pont, David Stolow and Brandon Wiener*, for the appellant.

*Claude Joyal*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Patrick Girard, Louis P. Bélanger, Q.C., and Frédéric Pierrestiger*, for the respondent Groupe Polygone Éditeurs inc.

*Christian Leblanc, Marc-André Nadon and Chloé Latulippe*, for the interveners Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Astral Media Radio Inc., Groupe TVA inc., La Presse ltée, Médias Transcontinental inc., the Canadian Broadcasting Corporation, Gesca ltée and Joël-Denis Bellavance.

*Jamie Cameron, Christopher D. Bredt and Cara F. Zwibel*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Michel Paradis, François-Olivier Barbeau, Gaston Gauthier and Sylvie Champagne*, for the intervener Barreau du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] It is a general and well-accepted rule of evidence that witnesses who are called to testify are obliged to answer the questions put to them, so long as they are relevant. *The Globe and Mail* (“Globe and Mail”) seeks an exception to this rule for the benefit of one of its journalists, Mr. Daniel Leblanc, on the basis that his testimony would reveal the identity of a confidential source and thereby infringe his s. 2(b) rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The *Globe and Mail* also asks this

2008 CarswellQue 12763, qui a rejeté la demande d’autorisation d’appeler d’une ordonnance du juge de Grandpré ayant refusé la demande de désistement. Pourvoi rejeté.

*William Brock, Guy Du Pont, David Stolow et Brandon Wiener*, pour l’appelante.

*Claude Joyal*, pour l’intimé le procureur général du Canada.

*Patrick Girard, Louis P. Bélanger, c.r., et Frédéric Pierrestiger*, pour l’intimé le Groupe Polygone Éditeurs inc.

*Christian Leblanc, Marc-André Nadon et Chloé Latulippe*, pour les intervenants la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Astral Media Radio Inc., Groupe TVA inc., La Presse ltée, Médias Transcontinental inc., Société Radio-Canada, Gesca ltée et Joël-Denis Bellavance.

*Jamie Cameron, Christopher D. Bredt et Cara F. Zwibel*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Michel Paradis, François-Olivier Barbeau, Gaston Gauthier et Sylvie Champagne*, pour l’intervenant le Barreau du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] Une règle générale bien établie en matière de preuve oblige les témoins appelés à répondre aux questions pertinentes qui leur sont posées. Le quotidien *The Globe and Mail* (« *Globe and Mail* ») prie la Cour de soustraire un de ses journalistes, M. Daniel Leblanc, à cette obligation au motif que son témoignage révélerait l’identité d’une source confidentielle et porterait ainsi atteinte aux droits que lui garantit l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le *Globe and Mail* demande également

Court to quash an order prohibiting it from publishing any information, however obtained, regarding confidential settlement negotiations involving the Government of Canada and Groupe Polygone Éditeurs inc.

[2] These appeals all have as their origin the litigation flowing from what is now known as the “Sponsorship Scandal”. More broadly, however, these appeals raise questions concerning access to the information provided by sources to journalists, and the confidentiality of their relationship, in the context of civil litigation subject to the law of Quebec. While some of these questions are analogous to those recently considered by this Court in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, which also dealt with the confidentiality of the journalist-source relationship, although in the context of a criminal investigation, these appeals also require this Court to consider the propriety of ordering a ban on the publication of settlement negotiations. A related procedural issue, in respect of an attempted discontinuance of procedures before the Superior Court of Quebec, is also before our Court in a third appeal.

[3] For the reasons that follow, the appeals dealing with the confidentiality of the journalist-source relationship and the publication ban are allowed. Because this result renders the discontinuance appeal moot, that appeal is dismissed.

## II. Source of the Litigation and Its Procedural History

[4] Following the results of the 1995 referendum on Quebec sovereignty, the federal Cabinet created the Sponsorship Program (“Program”), which was designed to counteract the sovereignty movement and increase the visibility of the federal government in Quebec. Based primarily on information

à la Cour d’annuler l’ordonnance lui interdisant de publier tout renseignement, peu importe la façon dont il a été obtenu, concernant les négociations confidentielles en vue d’un règlement engagées entre le gouvernement du Canada et le Groupe Polygone Éditeurs inc.

[2] Les présents pourvois tirent tous leur origine du litige découlant de ce qu’on appelle désormais le « scandale des commandites ». Toutefois, d’un point de vue plus général, ils soulèvent des questions relatives à l’accès aux renseignements que des sources fournissent aux journalistes et à la confidentialité de leurs rapports, dans le contexte d’un litige civil régi par les lois du Québec. Bien que certaines de ces questions soient semblables à celles examinées récemment par la Cour dans *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477 — arrêt qui portait également sur la confidentialité de la relation entre un journaliste et sa source, quoique dans le contexte d’une enquête criminelle — les présents pourvois exigent en outre que la Cour examine le bien-fondé des ordonnances de non-publication visant des négociations en vue d’un règlement. La Cour est également saisie, dans le troisième pourvoi, d’une question procédurale connexe à propos d’une tentative de désistement d’une procédure intentée devant la Cour supérieure du Québec.

[3] Pour les motifs qui suivent, les pourvois portant sur la confidentialité de la relation entre un journaliste et sa source et sur l’ordonnance de non-publication sont accueillis. Puisque ma conclusion dans les autres pourvois le rend théorique, le pourvoi à l’encontre du refus d’autoriser le désistement est rejeté.

## II. Source du litige et historique des procédures

[4] À la suite du résultat du référendum de 1995 sur la souveraineté du Québec, le Cabinet fédéral a créé le Programme de commandites (« Programme »), qui visait à contrecarrer le mouvement souverainiste et à augmenter la visibilité du gouvernement fédéral au Québec. S’appuyant principalement

he received from a confidential source — who later became known by the alias MaChouette — a Globe and Mail journalist, Daniel Leblanc, wrote a series of articles on the Program. Mr. Leblanc focussed primarily on several problematic activities relating to the Program’s administration. His most significant allegations targeted the misuse and misdirection of public funds. Throughout the course of his communication with MaChouette, Mr. Leblanc agreed to protect her confidentiality and anonymity.

[5] In response to the articles written by Mr. Leblanc and others who picked up the story, considerable media and public interest was directed toward the Sponsorship Program. Following a scathing report from the Auditor General, a Royal Commission (the “Gomery Inquiry”) was struck to investigate what had become known colloquially as the “Sponsorship Scandal”.

[6] In 2006, Mr. Leblanc took an unpaid leave of absence from the Globe and Mail in order to author a book about the Sponsorship Scandal, which he eventually published under the title *Nom de code: MaChouette: l’enquête sur le scandale des commandites* (2006). While the Globe and Mail authorized the reproduction of articles that it had published and for which it held the copyright, it was not Mr. Leblanc’s book publisher. Nor did the Globe and Mail have any financial stake in the book’s publication.

[7] In March 2005, the Attorney General of Canada filed a motion, in the Quebec Superior Court, seeking to recover the money paid by the federal government under the impugned Program, which amounted to over \$60 million. The proceedings were instituted against several of the companies and individuals retained by the Program and implicated in the Sponsorship Scandal, including the entities that collectively form Groupe Polygone. Since these proceedings were initiated, the Attorney General has maintained that it was not until May 2002 — after receiving the Auditor

sur les renseignements reçus d’une source confidentielle — connue ultérieurement sous le pseudonyme MaChouette — un journaliste du *Globe and Mail*, Daniel Leblanc, a écrit une série d’articles sur le programme. Ceux-ci portaient principalement sur plusieurs activités problématiques reliées à l’administration du programme. Ses allégations les plus importantes portaient sur l’usage abusif de fonds publics et leur détournement. Tout au long de ses communications avec MaChouette, M. Leblanc a accepté de protéger l’anonymat de son interlocuteur et la confidentialité de leurs échanges.

[5] Les articles écrits par M. Leblanc ainsi que par d’autres journalistes ayant repris la nouvelle ont suscité auprès des médias et du public un intérêt considérable à l’égard du Programme de commandites. À la suite d’un rapport cinglant de la vérificatrice générale, une commission d’enquête (la « commission Gomery ») a été créée pour enquêter sur ce qui est désormais surnommé familièrement le « scandale des commandites ».

[6] En 2006, M. Leblanc a pris un congé sans solde du *Globe and Mail* pour écrire un livre sur ce scandale. Cet ouvrage a été publié sous le titre *Nom de code : MaChouette : l’enquête sur le scandale des commandites* (2006). Bien que le *Globe and Mail* ait autorisé la reproduction d’articles qu’il avait publiés et pour lesquels il détenait les droits d’auteur, il n’était pas l’éditeur du livre de M. Leblanc. *Le Globe and Mail* ne détenait plus aucun intérêt financier dans la publication du livre.

[7] En mars 2005, le procureur général du Canada a présenté une requête devant la Cour supérieure du Québec en vue de recouvrer les sommes payées par le gouvernement fédéral dans le cadre du programme contesté, soit plus de 60 millions de dollars. La poursuite a été intentée contre plusieurs entreprises et particuliers commandités dans le cadre du programme et impliqués dans le scandale des commandites, notamment les entités formant collectivement le Groupe Polygone. Depuis le début de l’instance, le procureur général soutient qu’il n’avait pas commencé à soupçonner une

General's report — that the government began to suspect fraud. The full extent of the fraud and the identity of its perpetrators, the government says, crystallized only with the revelations disclosed by the Gomery Inquiry.

[8] In response, Groupe Polygone, maintaining that the Government of Canada had earlier knowledge of the scandal, sought to advance a defence of prescription under the *Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991 (“*Civil Code*” or “*C.C.Q.*”). As the litigation proceeded, and in support of its prescription defence, Groupe Polygone applied for an order requiring that certain persons, including several federal government employees, answer questions aimed at identifying Mr. Leblanc's source. In a series of orders, Hébert J. instructed the individuals identified by Groupe Polygone to answer the questions in writing and to keep the matter confidential. At the request of the Attorney General, he also appointed counsel to act as advisor to those named individuals. Hébert J. then extended his initial order to answer questions to an additional group of individuals.

[9] Almost a year later, the *Globe and Mail* brought a revocation motion in respect of the orders issued by Hébert J., arguing that their effect would be to breach journalist-source privilege. It asked that these orders be quashed. Mr. Leblanc testified on the motion, argued before de Grandpré J., and he was cross-examined by counsel for Groupe Polygone. Counsel for the *Globe and Mail* objected to a number of questions posed to Mr. Leblanc, on the basis that they were either irrelevant, or that his answering them would lead to a breach of journalist-source privilege (the “objection motion”). De Grandpré J. dismissed these objections, orally, and refused to recognize the existence of a journalist-source privilege. Leave to appeal was denied by a single judge of the Court of Appeal, on the basis that the court lacked jurisdiction to hear the appeal. Rather than have its journalist answer the questions, the *Globe and Mail* sought to discontinue the revocation proceedings.

fraude avant mai 2002, c'est-à-dire après la réception du rapport de la vérificatrice générale. Selon le gouvernement, ce n'est d'ailleurs qu'à la suite des révélations issues de la commission Gomery qu'on aurait appris l'ampleur de la fraude et l'identité de ses auteurs.

[8] En réponse, le Groupe Polygone, soutenant que le gouvernement du Canada avait connaissance du scandale avant 2002, a tenté d'invoquer une défense de prescription sur le fondement du *Code civil du Québec*, L.R.Q., ch. C-1991 (« *Code civil* » ou « *C.c.Q.* »). Pendant le déroulement de l'instance, et à l'appui de sa défense de prescription, le Groupe Polygone a demandé à la Cour d'ordonner que certaines personnes, notamment plusieurs employés du gouvernement fédéral, répondent à des questions destinées à identifier la source de M. Leblanc. Dans une série d'ordonnances, le juge Hébert a enjoint aux personnes désignées par le Groupe Polygone de répondre aux questions par écrit et de préserver la confidentialité de l'affaire. À la demande du procureur général, il a également nommé un avocat pour conseiller ces personnes désignées. Le juge Hébert a ensuite élargi l'application de cette première ordonnance à un autre groupe de personnes.

[9] Près d'un an plus tard, le *Globe and Mail* a présenté une requête en rétractation des ordonnances du juge Hébert, parce qu'elles provoqueraient une violation du privilège du secret des sources des journalistes. Il a réclamé l'annulation de ces ordonnances. Par la suite, M. Leblanc a témoigné relativement à cette requête, a articulé ses prétentions devant le juge de Grandpré. Puis l'avocat du Groupe Polygone l'a contre-interrogé. L'avocat du *Globe and Mail* s'est opposé à de nombreuses questions posées à M. Leblanc. Il a argumenté leur manque de pertinence ou que le fait d'y répondre contreviendrait au privilège du secret des sources des journalistes (les « objections »). Le juge de Grandpré a rejeté ces objections oralement et a refusé de reconnaître l'existence d'un tel privilège. Une demande d'autorisation d'appel de cette décision a été rejetée par un juge de la Cour d'appel siégeant seul, parce que la cour n'avait pas compétence pour entendre l'appel. Pour soustraire son journaliste à l'obligation à

De Grandpré J. refused to allow the discontinuance, and the Quebec Court of Appeal dismissed the appeal (2008 QCCA 2464 (CanLII)).

[10] In October 2008, Mr. Leblanc, in an article entitled “Sponsorship firm moves to settle with Ottawa”, *The Globe and Mail*, October 21, 2008, at p. A11, reported that Groupe Polygone had made a \$5 million offer to settle its portion of the lawsuit. He also reported that the federal government had rejected the offer, and was in negotiations to obtain an additional \$10 million from Groupe Polygone. Mr. Leblanc obtained the information at the heart of this article from an unauthorized government source.

[11] During the hearing of the discontinuance proceedings, counsel for Groupe Polygone complained intently about the leaks dealing with the content of the confidential settlement negotiations, and about repeatedly finding Groupe Polygone the subject of news articles and stories. In response, and on his own motion, de Grandpré J. made an order prohibiting Mr. Leblanc from further reporting and publishing on the state of the confidential settlement negotiations between the Attorney General and the defendants in the principal litigation. While the *Globe and Mail* objected vigorously to what it insisted was a publication ban, and one issued without the benefit of hearing from either party, de Grandpré J. maintained that the order was not a publication ban. He provided no further written or oral reasons for his decision, and the Quebec Court of Appeal again rejected the *Globe and Mail*'s application for leave to appeal (2009 QCCA 235 (CanLII)).

[12] A few months later, de Grandpré J. ordered a similar publication ban against *La Presse* and one of its journalists, Joël-Denis Bellavance. It forbade the publication of any information related to the confidential settlement negotiations. On this occasion,

répondre aux questions, le *Globe and Mail* a tenté de se désister de sa requête en rétractation. Le juge de Grandpré n'a pas autorisé le désistement, et la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel de ce refus (2008 QCCA 2464 (CanLII)).

[10] En octobre 2008, dans un article intitulé « *Sponsorship firm moves to settle with Ottawa* » (Une société de commandites négocie un règlement avec Ottawa), *The Globe and Mail*, 21 octobre 2008, p. A11, M. Leblanc a affirmé que le Groupe Polygone avait offert une somme de cinq millions de dollars pour régler la partie de l'action en justice qui le concernait. Il a également rapporté que le gouvernement fédéral avait rejeté cette offre, et qu'il cherchait, par des négociations supplémentaires avec le Groupe Polygone, à ce que celui-ci lui verse dix millions de dollars de plus. M. Leblanc a obtenu les renseignements à la base de cet article d'une source gouvernementale non autorisée.

[11] Durant l'audience relative au désistement, l'avocat du Groupe Polygone s'est vigoureusement plaint des fuites concernant le contenu des négociations confidentielles en vue d'un règlement et du fait que son client faisait constamment les manchettes. En réponse, et de sa propre initiative, le juge de Grandpré a rendu une ordonnance interdisant à M. Leblanc d'écrire et de publier des articles sur l'état des négociations confidentielles en vue d'un règlement menées entre le procureur général et les défendeurs dans le litige principal. Bien que le *Globe and Mail* se soit vivement opposé à ce qu'il qualifiait d'ordonnance de non-publication — une ordonnance prononcée avant même d'entendre les parties sur cette question —, le juge de Grandpré a maintenu que l'ordonnance n'était pas une ordonnance de non-publication. Il n'a pas motivé davantage sa décision, ni par écrit ni de vive voix, et la Cour d'appel du Québec a une fois de plus rejeté la demande d'autorisation d'appel du *Globe and Mail* (2009 QCCA 235 (CanLII)).

[12] Quelques mois plus tard, le juge de Grandpré a rendu une ordonnance de non-publication semblable contre *La Presse* et un de ses journalistes, Joël-Denis Bellavance. L'ordonnance interdisait la publication de tout renseignement relatif aux

he provided written reasons (2009 QCCS 1624 (CanLII)). The Quebec Court of Appeal quashed this decision (*Gesca liée v. Groupe Polygone Éditeurs inc. (Malcom Média inc.)*, 2009 QCCA 1534, [2009] R.J.Q. 1951), and an application for leave to appeal is currently before this Court.

[13] The legal issues raised by the appeals concerning journalist-source privilege in the civil litigation context and the publication ban warrant their own consideration. I will consider each appeal in its own right.

### III. The Objections and Questions Relating to the Confidentiality of Sources

#### A. *Nature of the Appeal*

[14] The first appeal (33114) deals with the questions put to Mr. Leblanc in the course of his examination with respect to the revocation matter. The issue raised by this appeal is whether the relationship between Mr. Leblanc and MaChouette is protected by journalist-source privilege, and thereby exempts Mr. Leblanc from answering any questions that would lead to her identification.

[15] The *Globe and Mail* argues that the basis of the journalist-source privilege is a constitutional one, rooted in s. 2(b) of the *Canadian Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“*Quebec Charter*”). The privilege will arise when a person (1) is engaged in newsgathering; and (2) has provided an undertaking of confidentiality to his or her source, without which it is reasonable to assume that the source would not have come forward. Recognizing that no constitutional right is absolute, the *Globe and Mail* argues that s. 9.1 of the *Quebec Charter* requires a weighing of the right not to disclose the identity of a confidential source, against the “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec”. In the absence of a competing *Quebec Charter* right to obtain all relevant

négociations confidentielles en vue d’un règlement. Cette fois, le juge a motivé sa décision par écrit (2009 QCCS 1624 (CanLII)). La Cour d’appel du Québec a annulé cette décision (*Gesca liée c. Groupe Polygone Éditeurs inc. (Malcom Média inc.)*, 2009 QCCA 1534, [2009] R.J.Q. 1951), et cette annulation fait présentement l’objet d’une demande d’autorisation d’appel devant la Cour.

[13] Il convient d’examiner séparément les questions soulevées en appel concernant, d’une part, le privilège du secret des sources des journalistes dans le contexte d’un litige civil et, d’autre part, l’ordonnance de non-publication. J’examinerai aussi chacun des pourvois individuellement.

### III. Les objections et les questions relatives à la confidentialité des sources

#### A. *Nature du pourvoi*

[14] Le premier pourvoi (33114) porte sur les questions posées à M. Leblanc au cours de son interrogatoire relatif à la requête en rétractation. Dans ce pourvoi, notre Cour doit décider si les rapports entre M. Leblanc et MaChouette sont protégés par le privilège du secret des sources des journalistes et dispensent ainsi M. Leblanc de répondre à toute question susceptible de permettre d’identifier sa source.

[15] Le *Globe and Mail* plaide que le privilège du secret des sources des journalistes possède un caractère constitutionnel, et qu’il découle de l’al. 2b) de la *Charte canadienne* et de l’art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (du Québec), L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »). Pour lui, le privilège s’applique lorsqu’une personne (1) participe à des activités de cueillette de nouvelles et (2) s’est engagée à préserver la confidentialité de sa source, et qu’en l’absence de celle-ci on peut raisonnablement présumer que l’informateur ne se serait pas présenté. Tout en admettant qu’aucun droit constitutionnel n’est absolu, le *Globe and Mail* argumente que l’art. 9.1 de la *Charte québécoise* exige que le droit de ne pas divulguer l’identité d’une source confidentielle soit mis en balance avec les « valeurs démocratiques, [. . .] l’ordre public et

evidence in civil proceedings, the balancing must tip in favour of freedom of the press. The *Globe and Mail* argues that a wide range of factors are relevant to this balancing exercise: whether the cause of action is patrimonial or extra-patrimonial; whether the action is for damages, or some other form of relief; whether the journalist is a party to the proceedings; whether the issue is central to the resolution of the dispute; whether the story was published, and if so, its degree of public importance; and the potential consequences of disclosure.

[16] According to the *Globe and Mail*, the party seeking to pierce the privilege must then demonstrate (1) that the identity of the source is necessary to establish a particular fact; and (2) that establishing that particular fact is necessary for disposing of an issue in the dispute. Requiring a journalist to reveal the identity of a confidential source, under testimonial compulsion, should be a matter of last resort, not one of mere convenience. A recognition of the privilege, the *Globe and Mail* argues, translates into an evidentiary privilege, and thereby operates in a manner analogous to the right to professional secrecy under s. 9 of the *Quebec Charter*. However, if this Court rejects the existence of a stand-alone right, then the *Globe and Mail* argues, in the alternative, that the Wigmore doctrine, developed under the common law, however modified so as to account for the civil law tradition, is appropriate.

[17] Groupe Polygone argues ardently against the recognition of constitutional protection for the journalist-source relationship. Rather, the Wigmore test or a similar test developed under the civil law, and more specifically a recognition of the privilege on a case-by-case basis, is preferable. For the privilege to be recognized in a particular case, a journalist must demonstrate, on the facts, that the benefits of maintaining the privilege outweigh the

[le] bien-être général des citoyens du Québec ». En l'absence d'un droit opposé garanti par la *Charte québécoise* d'obtenir tous les éléments de preuve pertinents dans une instance civile, la balance doit pencher en faveur de la liberté de presse. Selon le *Globe and Mail*, cet exercice de mise en balance doit être mené en tenant compte d'un vaste éventail de facteurs pertinents : La cause d'action concerne-t-elle des droits patrimoniaux ou extra-patrimoniaux? L'action vise-t-elle le paiement de dommages-intérêts ou une autre forme de réparation? Le journaliste est-il partie à l'instance? La question est-elle essentielle au règlement du différend? La nouvelle a-t-elle été publiée et, si oui, quel est son degré d'importance pour le public? Quelles sont les conséquences potentielles de la divulgation?

[16] Selon le *Globe and Mail*, la partie qui demande la levée du privilège doit dans un tel cas démontrer (1) que l'identité de la source est nécessaire pour établir un fait particulier; et (2) que l'établissement de ce fait particulier est requis pour trancher une question en litige. L'obligation de révéler l'identité d'une source confidentielle, en le contraignant à témoigner, ne devrait être imposée à un journaliste qu'en dernier recours et non pour de simples raisons de commodité. De plus, le *Globe and Mail* affirme que s'il était reconnu, le privilège équivaldrait à un privilège relatif à la preuve et fonctionnerait donc d'une manière semblable au droit au secret professionnel garanti par l'art. 9 de la *Charte québécoise*. Toutefois, si la Cour rejetait l'existence d'un droit autonome, le *Globe and Mail* soutient, à titre subsidiaire, que la doctrine de Wigmore, élaborée en common law et modifiée d'une manière ou d'une autre pour tenir compte de la tradition civiliste, conviendrait.

[17] Le Groupe Polygone s'oppose ardemment à la reconnaissance d'une protection constitutionnelle de la relation entre un journaliste et sa source. À son avis, il conviendrait mieux d'appliquer le test de Wigmore ou un test semblable établi en vertu du droit civil et, plus précisément, de reconnaître l'existence d'un privilège fondé sur les circonstances de l'espèce. Pour que le privilège soit reconnu dans un cas donné, le journaliste aurait à démontrer

prejudicial effects on the rights of parties to civil litigation, and those of society in the quest for truth and the proper administration of justice. Pursuant to this approach, Groupe Polygone says, disclosure should be the rule and testimonial immunity the exception.

[18] The Attorney General of Canada argues that, prior to determining whether a privilege of any kind exists, a court must first consider whether the proposed questions are relevant. If they are not, then there is no need to consider the existence of a privilege. As to the nature of journalist-source privilege, the Attorney General advances that, in the context of civil proceedings under the *Civil Code*, the court cannot resort to the Wigmore framework. The applicable framework must be grounded in the *Civil Code* and the *Quebec Charter*, and involve an assessment and balancing of competing interests. A journalist seeking to have the privilege recognized must demonstrate: that he or she was performing the work of a journalist; that the source requested anonymity and the journalist agreed to protect the source's identity; that the protection has not been waived; that the questions put to the journalist, if answered, would disclose the identity; and that the prejudice caused to freedom of the press outweighs any prejudice to the fairness of the trial. By contrast, a party seeking disclosure must demonstrate: that the questions are relevant, and not simply a fishing expedition; that there is no other means of obtaining the information; that the cause of action or defence is well-founded in law; that the questions do not infringe unnecessarily on the right to privacy; and that the failure to answer the questions will necessarily jeopardize the fairness of the trial.

#### B. *The Scope and Reach of R. v. National Post*

[19] In *R. v. National Post*, this Court recently addressed the question of whether journalist-source privilege exists in Canada and, more importantly, the methodological framework through which it

que, selon les faits, les avantages du maintien du privilège l'emportent sur des effets préjudiciales sur les droits des parties à un litige civil et sur ceux de la société à la recherche de la vérité et à la bonne administration de la justice. Pour le Groupe Polygone, selon cette approche, la divulgation deviendrait la règle, et l'immunité testimoniale l'exception.

[18] Le procureur général du Canada argumente que, avant de déterminer si un privilège existe, le tribunal doit examiner la pertinence des questions proposées. Dans la négative, il n'y aurait pas lieu d'examiner la question de l'existence d'un privilège. À propos de la nature du privilège du secret des sources des journalistes, le procureur général ajoute que, dans le contexte d'une instance civile régie par le *Code civil*, le tribunal ne peut avoir recours au test de Wigmore. Pour lui, le cadre applicable doit être ancré dans le *Code civil* et la *Charte québécoise* et suppose l'évaluation et la mise en balance d'intérêts opposés. Le journaliste qui demande la reconnaissance du privilège devrait démontrer : qu'il effectuait le travail d'un journaliste; que la source a demandé l'anonymat et qu'il a accepté de protéger son identité; que la source n'a pas renoncé à la protection; que les questions posées au journaliste, s'il y répond, permettraient de divulguer l'identité de la source; et que le préjudice causé à la liberté de presse l'emporte sur toute atteinte à l'équité du procès. Pour sa part, la partie qui tente d'obtenir la divulgation devrait établir : que les questions sont pertinentes et qu'elles ne constituent pas simplement une recherche d'informations à l'aveuglette; qu'aucun autre moyen ne permet d'obtenir les renseignements; que la cause d'action ou la défense est bien fondée en droit; que les questions ne portent pas atteinte inutilement au droit à la vie privée; et que le défaut de répondre aux questions compromettrait forcément l'équité du procès.

#### B. *La portée de l'arrêt R. c. National Post*

[19] Dans *R. c. National Post*, la Cour s'est récemment penchée sur la question de l'existence du privilège du secret des sources des journalistes au Canada et, surtout, sur celle du cadre

should be assessed. *R. v. National Post* involved the sending to the *National Post* newspaper, and its investigative reporter Andrew McIntosh, of a document that appeared to implicate then Prime Minister Jean Chrétien in a serious financial conflict of interest. The document in question, upon further investigation, appeared to be a forgery. The *National Post* found itself in possession of physical evidence, which in the view of the Crown was reasonably linked to a serious crime, and possibly the *actus reus* or *corpus delicti* of the alleged offences. The RCMP sought and obtained a search warrant and assistance order, which compelled the *National Post* to assist in locating the document, in order to conduct forensic and DNA testing on it and, it was hoped, identify the alleged forger. The *National Post* applied to have the warrant and assistance order quashed, partly on the basis that its disclosure, and the subsequent forensic testing, would “out” Mr. McIntosh’s confidential source.

[20] The Court was presented with three possibilities for recognizing the journalist-source privilege in the context of a criminal investigation: a constitutional privilege rooted in s. 2(b) of the *Canadian Charter*; a class-based privilege, analogous to solicitor-client privilege; or a privilege recognized on a case-by-case basis according to the four-factored Wigmore framework. The Court, unanimously, rejected the first two options. With respect to a constitutional privilege, Justice Binnie, writing for the majority, found that it carried the argument too far to suggest that specific newsgathering techniques are constitutionally entrenched. Furthermore, this Court had avoided conferring constitutional status on testimonial immunities more generally. Finally, the Court was unprepared “[t]o throw a constitutional immunity around the interactions of such a heterogeneous and ill-defined group of writers and speakers and whichever ‘sources’ they deem worthy of a promise of confidentiality and on whatever terms they may choose to offer it” (para. 40). The Court also held that, while there was a need for the law to protect the identity of confidential sources in some

méthodologique destiné à régir sa mise en œuvre. Cet arrêt concernait l’envoi au quotidien *National Post*, et à son journaliste d’enquête Andrew McIntosh, d’un document qui semblait impliquer le premier ministre d’alors, Jean Chrétien, dans un grave conflit d’intérêts financiers. Une enquête plus approfondie a permis de conclure que le document en question paraissait être un faux. Le *National Post* s’est retrouvé alors en possession d’un élément de preuve matériel qui, selon le ministère public, était raisonnablement lié à un crime grave et peut-être à l’*actus reus* ou au *corpus delicti* des crimes reprochés. La GRC a demandé et obtenu un mandat de perquisition et une ordonnance d’assistance qui enjoignait au *National Post* d’aider à trouver le document afin de le soumettre à des analyses criminalistique et génétique et, avec un peu de chance, d’identifier le présumé faussaire. Le *National Post* a réclamé l’annulation du mandat et de l’ordonnance d’assistance, entre autres parce que la divulgation du document et l’analyse criminalistique subséquente révéleraient l’identité de la source confidentielle de M. McIntosh.

[20] On a proposé à la Cour trois options pour reconnaître le privilège du secret des sources des journalistes dans le contexte d’une enquête criminelle : un privilège constitutionnel qui découlerait de l’al. 2b) de la *Charte canadienne*, un privilège générique semblable au secret professionnel ou un privilège fondé sur les circonstances de l’espèce selon les quatre volets du test de Wigmore. La Cour a unanimement rejeté les deux premières options. S’agissant du privilège constitutionnel, le juge Binnie, au nom de la majorité, a conclu que la thèse selon laquelle certaines méthodes de cueillette de l’information seraient protégées par la Constitution pousse l’argument trop loin. De plus, la Cour a voulu éviter d’élever les immunités testimoniales au rang de protections constitutionnelles plus généralement. Enfin, la Cour n’était pas disposée à « [c]onferer une immunité constitutionnelle aux interactions entre un groupe de rédacteurs et d’orateurs aussi hétérogène et mal défini et toute “source” que ces derniers estiment digne d’une promesse de confidentialité, assortie de conditions qu’ils déterminent » (par. 40). La Cour a également conclu que, bien que le droit doive protéger l’identité

circumstances, the purpose of free expression guaranteed in s. 2(b) could be met without granting a broad constitutional immunity to journalistic sources. Therefore, an order compelling a journalist to identify a source would generally not violate s. 2(b) (para. 41).

[21] The Court also rejected the existence of a class-based privilege, on the basis that there is no formal accreditation or licensing process for journalists in place, as there is for lawyers for example, and no professional organization regulates the profession and maintains professional standards (para. 43). Nor is it clear, when dealing with this type of privilege, whether the journalist or the source is the “holder” of the privilege (para. 44), and no one had been able to suggest “workable criteria for the creation or loss of the claimed immunity” (para. 45). Finally, because a class-based privilege is more rigid than a privilege recognized on a case-by-case basis, it would “not lend itself to the same extent to be tailored to fit the circumstances” (para. 46) as they arise in individual cases.

[22] The Court concluded that the case-by-case approach, based on the Wigmore criteria and infused with *Canadian Charter* values, provided “a mechanism with the necessary flexibility to weigh and balance competing public interests in a context-specific manner” (para. 51), and would allow the “opportunity for growth that is essential to the proper function of the common law” (para. 55). Therefore, in order for journalist-source privilege to be recognized in a particular case, the claimant must satisfy all four Wigmore factors: (1) the relationship must originate in a confidence that the source’s identity will not be disclosed; (2) anonymity must be essential to the relationship in which the communication arises; (3) the relationship must be one that should be sedulously fostered in the public interest; and (4) the public interest served by protecting the identity of the informant must outweigh the public interest in getting at the truth (para. 53).

des sources confidentielles dans certaines circonstances, l’objectif de la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) pourrait être atteint sans qu’il devienne nécessaire de reconnaître une immunité constitutionnelle générale aux sources des journalistes. Par conséquent, en règle générale, une ordonnance enjoignant à un journaliste de divulguer sa source ne violerait pas l’al. 2b) (par. 41).

[21] La Cour a également rejeté la thèse de l’existence d’un privilège générique parce que les journalistes ne sont assujettis à aucun processus d’agrément officiel, contrairement aux avocats par exemple, et qu’aucune organisation professionnelle ne régit la profession et ne veille au respect des normes professionnelles (par. 43). De plus, dans le cas de ce type de privilège, il est difficile de déterminer qui se trouve titulaire du privilège, le journaliste ou la source (par. 44), et aucun « critère pratique n’a été proposé pour définir les circonstances entraînant la création ou la perte de l’immunité revendiquée » (par. 45). Enfin, comme un privilège générique est plus rigide qu’un privilège reconnu au cas par cas, il ne serait « pas possible de le redéfinir aussi librement pour l’adapter aux circonstances » (par. 46) particulières de chaque cas.

[22] La Cour a conclu que l’approche fondée sur les circonstances de chaque cas, basée sur le test de Wigmore et imprégnée des valeurs de la *Charte canadienne* fournissait « un mécanisme suffisamment flexible pour soupeser et mettre en balance les intérêts publics contradictoires, selon le contexte » (par. 51), et offrirait « une occasion propice à l’évolution, qui est indispensable au bon fonctionnement de la common law » (par. 55). Par conséquent, pour que le privilège du secret des sources des journalistes soit reconnu dans un cas donné, le demandeur doit satisfaire aux quatre volets du test de Wigmore : (1) les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l’assurance que l’identité de la source ne sera pas divulguée; (2) l’anonymat doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise; (3) les rapports doivent être, dans l’intérêt public, entretenus assidûment; et (4) l’intérêt public protégé par le refus de la divulgation de l’identité doit l’emporter sur l’intérêt public dans la recherche de la vérité (par. 53).

[23] Justice Binnie put particular emphasis on the significance of the third and fourth factors, in the journalist-source context. The third factor, whether the relationship is one that the community should sedulously foster (para. 57), introduces a certain degree of flexibility in the evaluation of the different types of sources and different types of journalists. He suggested that whether the relationship is between a source and a blogger, or between a source and a professional journalist, will impact upon the court's weighing exercise. But, according to Justice Binnie, the fourth factor does the lion's share of the work, and the court's task is to "achieve proportionality in striking a balance among the competing interests" (para. 59).

[24] As in this case, the Court in *National Post* was presented with an argument that, after a journalist has established the first three Wigmore criteria, the onus ought to shift to the party seeking disclosure to demonstrate, on a balance of probabilities, why it should be ordered. The Court rejected this argument. Given that the evidence is presumptively compellable and admissible, the burden of persuasion remains on the media to show that the public interest in protecting a secret source outweighs the public interest in criminal investigations. The Court ultimately concluded that every claim to journalist-source privilege — be it in the face of testimonial compulsion or the production of documents — is situation specific, with the public's interest in the freedom of expression always weighing heavily in the court's balancing exercise.

[25] While this appeal raises issues similar to those addressed in *National Post*, the context is nevertheless different. This case involves civil litigation, not the criminal investigative process. It involves testimonial compulsion, and not the production of documents or other physical evidence. The parties' dispute is subject to the laws of Quebec and the *Quebec Charter*. These factors must be

[23] Le juge Binnie a porté une attention particulière à la portée des troisième et quatrième volets, dans le contexte d'une relation entre un journaliste et sa source. Le troisième volet, celui selon lequel les rapports doivent être entretenus assidûment (par. 57), introduit un certain degré de souplesse dans l'évaluation des différents types de sources et de journalistes. Par exemple, il a suggéré que la différence dans la nature des rapports entre une source et un blogueur, d'une part, ou entre un informateur et un journaliste professionnel pourrait influencer l'exercice du pouvoir d'appréciation du tribunal. Toutefois, selon le juge Binnie, le quatrième volet est le plus déterminant et la tâche du tribunal est guidée par « l'objectif d'une certaine proportionnalité dans la recherche d'un équilibre entre les intérêts qui s'opposent » (par. 59).

[24] Comme en l'espèce, on a plaidé dans *National Post* que lorsqu'un journaliste a établi les trois premiers volets du test de Wigmore, il incombe ensuite à la partie cherchant à obtenir la divulgation de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, les raisons justifiant cette divulgation. Cependant, notre Cour a rejeté cet argument. En raison de la présomption selon laquelle on peut imposer la production de la preuve et que celle-ci est admissible, il incombe aux médias de démontrer que l'intérêt public à la protection de la source l'emporte sur celui qui veut que les enquêtes criminelles soient menées à bonne fin. La Cour a finalement conclu que chaque revendication du privilège du secret des sources des journalistes — que ce soit au sujet d'une obligation de témoigner ou de la production de documents — est liée aux faits de l'espèce, et que l'intérêt du public à l'égard de la liberté d'expression pèse toujours lourd dans l'exercice de mise en balance du tribunal.

[25] Bien que le présent pourvoi soulève des questions similaires à celles examinées dans l'arrêt *National Post*, le contexte diffère. En effet, la présente affaire concerne un litige civil, non un processus d'enquête criminelle. Elle porte sur l'obligation de témoigner et non sur la production de documents ou d'autres éléments de preuve matériels. Finalement, les lois du Québec et la *Charte*

considered in determining how, and to what extent, the majority reasons in *National Post* are equally applicable to the issues raised by this appeal.

C. *National Post and the Law of Civil Procedure and Evidence in the Context of the Civil Law of Quebec*

[26] There is no question that the Wigmore case-by-case approach to journalist-source privilege applies in the context of ordinary civil litigation subject to the laws of the common law provinces. However, it was argued before us that, given the civil law tradition in the province of Quebec, it would be inappropriate for this Court to introduce into the Quebec law of civil procedure and evidence a framework for considering journalist-source privilege which originates entirely in the common law.

[27] The question of how to address the problem of the relationship between the media and their sources, in the context of civil litigation in Quebec, raises difficult issues and warrants careful consideration. It requires yet another examination of the sources of the law of civil procedure and evidence in the province of Quebec. At issue is the relationship between Quebec's civil law, its *Civil Code*, its system of procedure and its *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), the *Quebec Charter* and, in some instances, the *Canadian Charter*. An added dimension of the problem is that Quebec's rules of procedure and evidence are nevertheless applied by a court system that reflects the British common law tradition, and is largely similar to the court organization in the common law provinces of Canada.

[28] As in the criminal law, the relationship between journalists and their sources in the context of civil litigation may engage basic constitutional and societal values relating to freedom of expression and the right to information in a democratic society. A proper framework to address them must be established, which is consistent with the

*québécoise* régissent le différend. Ces facteurs doivent donc être examinés pour déterminer comment et dans quelle mesure les motifs particuliers de la majorité dans l'arrêt *National Post* s'appliquent également aux questions soulevées en l'espèce.

C. *L'arrêt National Post et le droit de la procédure civile et de la preuve dans le contexte du droit civil du Québec*

[26] Il ne fait aucun doute que l'approche au cas par cas de Wigmore à l'égard du privilège du secret des sources des journalistes s'applique dans le contexte d'un litige civil ordinaire régi par le droit des provinces de common law. Toutefois, on a argumenté devant la Cour que, compte tenu de la tradition civiliste au Québec, notre Cour devait se garder d'introduire un cadre d'analyse issu uniquement de la common law dans le droit de la procédure civile et de la preuve du Québec, pour examiner le privilège du secret des sources des journalistes.

[27] La question de la solution du problème des rapports entre les médias et leurs sources, dans le contexte d'un litige civil au Québec, s'avère complexe et mérite un examen attentif. Elle nécessite, elle aussi, une étude des sources du droit de la procédure civile et de la preuve au Québec. Sont en cause la relation entre le droit civil québécois, son *Code civil*, son régime procédural et son *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), la *Charte québécoise* et, dans certains cas, la *Charte canadienne*. Toutefois, les règles de procédure et de preuve appliquées au Québec, bien qu'elles lui demeurent propres, sont toujours mises en œuvre par un système judiciaire empreint de la tradition de la common law britannique et très semblable à celui des provinces de common law du Canada.

[28] De plus, comme en droit criminel, les rapports entre les journalistes et leurs sources dans le contexte d'un litige civil peuvent mettre en jeu des valeurs constitutionnelles et sociétales fondamentales relatives à la liberté d'expression et au droit à l'information dans une société démocratique. Il faut donc concevoir un bon cadre d'analyse

normative structure of Quebec law and with its civil tradition. But it must be acknowledged that the law of procedure and civil evidence in the province of Quebec reflects a hybrid legal tradition and culture, with rules and principles originating in both the common law and the civil law (D. Jutras, “Culture et droit processuel: le cas du Québec” (2009), 54 *McGill L.J.* 273). This is also an area of the law which is deeply influenced by constitutional and quasi-constitutional instruments.

[29] Section 2(b) of the *Canadian Charter* applies in the province of Quebec, within the scope of s. 32. The *Quebec Charter* enjoys quasi-constitutional status (s. 52) (see *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665, at paras. 27-28), and protects several important rights that may be at stake in a claim of journalist-source privilege: s. 3, freedom of expression; ss. 4 and 5, the protection of the dignity of the person and of his private life; and s. 9, professional secrecy. Under the *Quebec Charter*, these rights are both public and private. In addition, the *Civil Code*, in force since 1994, constitutes a fundamental component of the legal structure. Its preliminary provision affirms that it is the “*jus commune*” of Quebec:

The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication.

(See also *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862.)

Several provisions of the *Civil Code* itself protect aspects of the fundamental rights of the person, such as the right to life and integrity of the person (art. 3) and his reputation (art. 35). It also includes a whole book, Book Seven, arts. 2803 to 2874, on the law of civil evidence.

pour examiner ces rapports, un cadre conforme à la structure normative du droit québécois et à sa tradition civiliste. On doit cependant reconnaître que le droit de la procédure civile et de la preuve au Québec provient d’une tradition et d’une culture juridiques mixtes, dont les règles et les principes sont issus tant de la common law que du droit civil (D. Jutras, « Culture et droit processuel : le cas du Québec » (2009), 54 *R.D. McGill* 273). Ce domaine du droit se trouve en outre fortement influencé par les instruments constitutionnels et quasi constitutionnels.

[29] L’alinéa 2b) de la *Charte canadienne* s’applique au Québec dans le domaine d’application visé par son art. 32. Par ailleurs, la *Charte québécoise* bénéficie d’un statut quasi constitutionnel (art. 52) (voir *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 27-28) et protège plusieurs droits importants susceptibles d’entrer en jeu lorsque le privilège du secret des sources des journalistes est invoqué : la liberté d’expression (art. 3), la protection de la dignité d’une personne et de sa vie privée (art. 4 et 5), et le secret professionnel (art. 9). Suivant la *Charte québécoise*, ces droits sont à la fois publics et privés. De plus, le *Code civil* du Québec, en vigueur depuis 1994, constitue un élément fondamental de la structure juridique de cette province. Sa disposition préliminaire indique qu’il établit le « droit commun » au Québec :

Le code est constitué d’un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l’esprit ou l’objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun.

(Voir également *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862.)

Ainsi, plusieurs dispositions du *Code civil* protègent certains aspects des droits fondamentaux de la personne, comme le droit à la vie et à l’intégrité de sa personne (art. 3) et le droit au respect de sa réputation (art. 35). Il comprend également un livre entier sur le droit de la preuve (livre septième, art. 2803-2874).

[30] Civil procedure is also codified. Civil procedure in Quebec is primarily made up of the laws adopted by the National Assembly, found in the *C.C.P.*, and not of judge-made rules. In *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743, this Court confirmed the fundamental importance of the *C.C.P.* It is the primary source of the principles and rules of the law of civil procedure in Quebec. But the codification of civil procedure does not mean that civil procedure, as administered by the courts of Quebec, is completely detached from the common law model. The structure of the court system itself remains basically the same, as I mentioned above. Superior courts enjoy the constitutional protection of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Moreover, as this Court indicated in *Lac d'Amiante*, not everything is found in the *C.C.P.* It leaves room for rules of practice. It also allows for targeted judicial intervention, and the authority to issue orders that address the particular context of court cases, particularly under arts. 20 and 46 of the *C.C.P.*

[31] The law of evidence is applied by the Quebec courts in this context. With respect to the problems raised by freedom of expression and the right to information, the judges of the province of Quebec must address the same challenge of reconciling conflicting values and interests as their colleagues in other provinces. The *Civil Code* sets out the legal framework and the essential rules of the law of civil evidence. But it does not resolve every issue that the application of the laws of evidence and procedure may ultimately give rise to. General principles and rules that belong to other areas of the law, particularly constitutional law, may have to be considered or should inform the solution crafted by the courts. A solution to the complex problem of the existence, nature and scope of journalist-source privilege will have to be found within this complex environment, bringing together its many strands.

[30] La procédure civile est également codifiée. Au Québec, elle est composée principalement de dispositions adoptées par l'Assemblée nationale, et figurant dans le *C.p.c.*, et non de règles établies par les tribunaux. Dans l'arrêt *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, la Cour a confirmé l'importance fondamentale du *C.p.c.* Il s'agit de la principale source des principes et des règles du droit de la procédure civile au Québec. La codification de la procédure civile, appliquée par les cours du Québec n'a pas pour autant détaché complètement celle-ci du modèle de common law. Comme je l'ai déjà rappelé, la structure du système judiciaire demeure pratiquement la même. Les cours supérieures bénéficient de la protection constitutionnelle de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De plus, comme notre Cour l'a indiqué dans *Lac d'Amiante*, le *C.p.c.* ne contient pas toute la procédure civile. Il laisse place aux règles de pratique. Il permet également aux tribunaux d'intervenir de manière ciblée et leur confère le pouvoir de rendre des ordonnances adaptées au contexte particulier des causes dont ils sont saisis, notamment en vertu des art. 20 et 46 du *C.p.c.*

[31] Les tribunaux du Québec appliquent le droit de la preuve dans ce contexte. S'agissant des questions soulevées par la liberté d'expression et le droit à l'information, les juges du Québec doivent relever le même défi de concilier des valeurs et des intérêts opposés que leurs collègues des autres provinces. Pour sa part, le *Code civil* prévoit le cadre législatif et les règles essentielles du droit de la preuve civile. Cependant, il ne résout pas toutes les questions que pourrait ultimement soulever l'application des règles de preuve et de procédure. De plus, les tribunaux peuvent juger nécessaire l'étude des règles et des principes généraux appartenant à d'autres domaines de droit, particulièrement au droit constitutionnel, ou de s'en inspirer pour élaborer des solutions aux problèmes qu'ils sont appelés à résoudre. Il faudra dégager de ce cadre complexe, en rattachant ses composantes diverses les unes aux autres, la solution au problème également complexe que posent l'existence, la nature et la portée du privilège du secret des sources des journalistes.

D. *Journalist-Source Privilege Under the Quebec Charter*

[32] It was argued before us that ss. 3, 9 and 44 of the *Quebec Charter* can constitute the basis for a class-based, quasi-constitutional journalist-source privilege in the province of Quebec, analogous to the claim of a constitutional class privilege rooted in the *Canadian Charter* that was argued in *National Post*.

[33] Section 3 of the *Quebec Charter* protects, among other rights, freedom of expression:

Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

However, for the reasons set out in *National Post*, and in particular the difficulty in defining such a “heterogeneous and ill-defined group of writers and speakers” subject to the privilege in the province of Quebec with the necessary degree of certainty, freedom of expression under the *Quebec Charter* cannot constitute the basis for recognizing a class-based, quasi-constitutional journalist-source privilege. It can, of course, inform the analysis.

[34] But the *Globe and Mail* also suggests that another provision of the *Quebec Charter* is relevant to the analysis. It argues that unlike the *Canadian Charter*, s. 44 of the *Quebec Charter* expressly protects access to information: “Every person has a right to information to the extent provided by law.” However, s. 44 does not confer a fundamental right. Rather, it belongs to a class of social and economic rights, the scope of which is defined by the law itself (*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429). This right is limited to the extent that access to information is already provided for by law. Section 44 does not broaden the scope of the right, and cannot be the source of a quasi-constitutional right to the protection of journalists’ sources. While the s. 44 right

D. *Le privilège du secret des sources des journalistes fondé sur la Charte québécoise*

[32] On a plaidé devant notre Cour que les art. 3, 9 et 44 de la *Charte québécoise* peuvent constituer le fondement d’un privilège générique et quasi constitutionnel du secret des sources des journalistes au Québec. Ce privilège serait semblable au privilège générique constitutionnel fondé sur la *Charte canadienne* dont la reconnaissance a été proposée dans l’affaire *National Post*.

[33] L’article 3 de la *Charte québécoise* protège notamment la liberté d’expression :

Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d’opinion, la liberté d’expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d’association.

Toutefois, pour les motifs exposés dans *National Post*, et en particulier en raison de la difficulté à définir avec le degré de certitude nécessaire un « groupe de rédacteurs et d’orateurs aussi hétérogène et mal défini » jouissant du privilège au Québec, la liberté d’expression garantie par la *Charte québécoise* ne peut servir de fondement pour reconnaître un privilège générique et quasi constitutionnel du secret des sources des journalistes. Bien entendu, elle demeure néanmoins capable d’en influencer l’analyse.

[34] Cela dit, le *Globe and Mail* plaide également qu’une autre disposition de la *Charte québécoise* est pertinente dans l’analyse. En effet, selon lui, contrairement à la *Charte canadienne*, l’art. 44 de la *Charte québécoise* protège expressément l’accès à l’information : « Toute personne a droit à l’information, dans la mesure prévue par la loi. » Or, l’article 44 ne confère pas un droit fondamental. Il appartient plutôt à une catégorie de droits sociaux et économiques, dont la portée est définie par la loi elle-même (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429). L’étendue de ce droit demeure limitée à celle du droit d’accès que reconnaît déjà la loi. Ainsi, l’article 44 n’élargit pas la portée du droit et ne peut servir de fondement à un droit quasi constitutionnel à la protection des

can also inform the protection of the confidential relationship between journalists and their sources, it cannot constitute the basis for recognizing that privilege.

[35] That leaves a consideration of s. 9, which protects professional secrecy:

Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected.

Professional secrecy applies only to those professionals bound to it by law, and is currently restricted to the 45 professional orders subject to the Quebec *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26 (see, e.g., N. Vallières, “Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec” (1985), 26 *C. de D.* 1019, at pp. 1022-23). This list does not include journalists, even though their inclusion was contemplated, but yet ultimately rejected, by the National Assembly (see *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3rd Sess., 30th Leg., No. 6, January 22, 1975, at p. B-322; Ministry of Justice, *Justice Today*, by J. Choquette (1975), at pp. 232-35). Accordingly, professional secrecy cannot ground a quasi-constitutional right to the protection of media sources.

[36] In my view, there is no basis for drawing an analogy between professional secrecy and journalist-source privilege. Firstly, the associations of journalists are not regulated. Any person can become a member, and importantly not all journalists are members of the associations that exist, like the Fédération professionnelle des journalistes du Québec (see online: [www.fpqj.org](http://www.fpqj.org)). The Fédération has no monopoly over the practice and regulation

sources des journalistes. Bien que le droit garanti par l’art. 44 puisse aussi influencer la protection des rapports confidentiels entre un journaliste et sa source, il ne peut servir de fondement à la reconnaissance de ce privilège.

[35] Je passerai maintenant à l’étude de l’art. 9, qui protège le secret professionnel :

Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu’ils n’y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d’office, assurer le respect du secret professionnel.

Le secret professionnel s’applique seulement aux professionnels qui y sont tenus par la loi et son application se limite actuellement aux 45 ordres professionnels régis par le *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26 (voir, p. ex., N. Vallières, « Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec » (1985), 26 *C. de D.* 1019, p. 1022-1023). Cette liste de professions ne vise pas les journalistes, puisque même si leur inclusion avait été envisagée, elle a finalement été rejetée par l’Assemblée nationale (voir *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3<sup>e</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., n<sup>o</sup> 6, 22 janvier 1975, p. B-322; Ministère de la justice, *La justice contemporaine*, par J. Choquette (1975), p. 261-263). Ainsi, le secret professionnel ne peut justifier la reconnaissance d’un droit quasi constitutionnel à la protection des sources des journalistes.

[36] À mon avis, il n’existe aucun fondement à l’établissement d’une analogie entre le secret professionnel et le privilège du secret des sources des journalistes. Tout d’abord, les associations de journalistes ne sont pas réglementées. Toute personne peut devenir membre et, fait important, les journalistes n’appartiennent pas tous aux associations existantes, comme la Fédération professionnelle des journalistes du Québec (voir en ligne :

of journalism in the province. Nor is journalism a profession which the legislature has, in the public interest, sought to regulate directly or to which it has sought to delegate the authority of self-regulation.

[37] More importantly, journalism is not a profession of the type that professional secrecy traditionally purports to protect. Professor Ducharme has described the two criteria that must be satisfied before a professional will be made subject to professional secrecy:

[TRANSLATION] First, there must be a law that imposes an obligation of silence on an individual and, second, that obligation must be rooted in a helping relationship. In our view, only members of professional orders governed by the Professional Code meet this twofold condition. [Emphasis added.]

(*L'administration de la preuve* (3rd ed. 2001), at p. 94)

The second criterion is an important one: that the obligation of silence be rooted in a relationship where the beneficiary of the privilege seeks out the professional for personal help or assistance. In other words, the obligation of confidentiality is [TRANSLATION] “in the exclusive interest of the person who disclosed [the information], and in the context of a helping relationship” (Ducharme, at p. 97). Given this emphasis on “helping relationship”, and the fact that some 45 professions are already by law subject to s. 9, Ducharme suggests that [TRANSLATION] “no member of any other profession would meet this twofold condition” (p. 97).

[38] The relationship between journalists and their sources is not one that would often result in such a “helping relationship”. What is more, the legislature has not seen fit to include journalists in the list of professions subject to professional secrecy. It has spoken, and done so clearly.

[39] In my view, there is no basis for recognizing journalist-source privilege in the rest of the *Quebec*

www.fpq.org). La Fédération ne détient aucun monopole sur la pratique et la réglementation de la profession de journaliste dans la province. De plus, le législateur n’a pas, au nom de l’intérêt public, cherché à réglementer directement la profession de journaliste ou à lui déléguer un pouvoir d’autoréglementation.

[37] De plus, le journalisme ne correspond pas au type de profession habituellement visé par le secret professionnel. Le professeur Ducharme a décrit les deux conditions auxquelles il faut satisfaire avant qu’un professionnel ne soit tenu au secret professionnel :

Il faut, d’une part, qu’une loi vienne imposer à une personne une obligation au silence et, d’autre part, que cette obligation prenne sa source dans une relation d’aide. Seuls, à notre avis, les membres des ordres professionnels régies par le Code des professions sont en mesure de satisfaire à cette double condition. [Je souligne.]

(*L'administration de la preuve* (3<sup>e</sup> éd. 2001), p. 94)

La deuxième condition — soit que l’obligation au silence doit résulter d’une relation où le bénéficiaire du privilège demande l’aide du professionnel — est importante. Autrement dit, l’obligation de confidentialité vise l’information obtenue « dans l’intérêt exclusif de celui qui l’a communiquée et dans le cadre d’une relation d’aide » (Ducharme, p. 97). Compte tenu de l’accent mis sur la notion de « relation d’aide » et du fait que 45 professions sont déjà visées par l’art. 9 en application de diverses lois, le professeur Ducharme estime qu’« aucun membre d’une autre profession ne satisfait à cette double condition » (p. 97).

[38] Les rapports entre un journaliste et sa source seront rarement de nature à établir une telle « relation d’aide ». De plus, le législateur n’a pas jugé opportun d’inclure le journalisme dans la liste des professions dont les membres sont tenus au secret professionnel. Il s’est exprimé, et l’a fait clairement.

[39] À mon avis, rien dans le reste de la *Charte québécoise* ne permet de reconnaître le privilège

*Charter*. The basis for recognizing the privilege must be found in other parts of the law.

E. *Testimonial Privilege Under the Civil Law of Quebec*

[40] This Court has on many occasions recognized the mixed nature of Quebec procedural law (see, e.g., *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456; *Lac d'Amiante; Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60). Generally speaking, the sources of the *Civil Code's* substantive evidentiary rules are derived from the French law tradition (see J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at pp. 22-23 and 39). However, many of the procedural and evidentiary rules — those dealing with testimony, the administration of justice, and the exclusion of evidence, for example — have their source in the old common law rules (see Royer, at pp. 317-18; *Bisailon; Foster Wheeler*, at paras. 28-29). As was noted in *Foster Wheeler*, “[t]hese mixed origins are without doubt at the root of the semantic, if not conceptual problems that continue to affect this field of law” (para. 23).

[41] Article 1206 of the *Civil Code of Lower Canada* (“*C.C.L.C.*”) explicitly allowed Quebec judges, in commercial matters, to resort to common law rules and principles of evidence when there was no otherwise applicable Code provision relating to the proof of a particular fact. When the *C.C.L.C.* was repealed and replaced with the *C.C.Q.*, no substantive equivalent to art. 1206 was included. The parties all argue that the effect of the repeal of the *C.C.L.C.*, and its replacement with the *C.C.Q.*, is that it is now impossible to resort to common law legal principles to fill any gaps present in the *Civil Code*. It is on this basis, primarily, that they argue that the Wigmore framework cannot be imported into the law of Quebec as a basis for recognizing journalist-source privilege.

du secret des sources des journalistes. Il faudra examiner d'autres lois pour déterminer si on peut y trouver le fondement nécessaire à sa reconnaissance.

E. *Le privilège du témoin en droit civil québécois*

[40] La Cour a reconnu à plusieurs reprises la mixité du droit procédural québécois (voir, p. ex., *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Lac d'Amiante; Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60). En général, les règles de preuve essentielles du *Code civil* découlent du droit français (voir J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4<sup>e</sup> éd. 2008), p. 22-23 et 39). Toutefois, bon nombre de règles de procédure et de preuve — comme celles portant sur les témoignages, l'administration de la justice et l'exclusion de la preuve, par exemple — trouvent leur origine dans les règles anciennes de common law (voir Royer, p. 317-318; *Bisailon; Foster Wheeler*, par. 28-29). Comme le constate l'arrêt *Foster Wheeler*, « [c]ette mixité explique sans doute les difficultés sémantiques, sinon conceptuelles qui continuent de marquer la vie de ce secteur du droit » (par. 23).

[41] L'article 1206 du *Code civil du Bas Canada* (« *C.c.B.C.* ») permettait expressément aux juges du Québec, en matière commerciale, de recourir aux règles et aux principes de la preuve de common law lorsqu'aucune autre disposition du Code relative à la preuve d'un fait particulier n'était applicable. Lors de l'abrogation du *C.c.B.C.* et de son remplacement par le *C.c.Q.*, aucune disposition équivalente à l'art. 1206 n'a été prévue. Toutes les parties soutiennent que, en raison de l'abrogation du *C.c.B.C.* et de son remplacement par le *C.c.Q.*, il est devenu désormais impossible de recourir aux principes juridiques de common law pour combler les lacunes du *Code civil*. C'est principalement sur cette base qu'elles prétendent que le cadre d'analyse fondé sur le test de Wigmore ne peut être importé dans le droit québécois pour reconnaître le privilège du secret des sources des journalistes.

[42] There is an academic and jurisprudential divide on this particular issue. On the one hand, Ducharme is of the view that [TRANSLATION] “when it came into force, the Code repealed the old French law and English law as the suppletive law of evidence” (*Précis de la preuve* (6th ed. 2005), at p. 5). By contrast, Royer states that [TRANSLATION] “[t]he new provisions of the *Civil Code of Québec* that apply to such matters do not alter the former law. They merely restate it and clarify it. They are therefore interpretive rules that can apply even to juridical acts from before January 1, 1994” (p. 41).

[43] From a jurisprudential perspective, the Quebec Court of Appeal has accepted Wigmore as the appropriate framework for dealing with claims of privilege raised on a case-by-case basis: *Société d'énergie de la Baie James v. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637 (litigation privilege); *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada v. Corporation municipale de la paroisse de St-Louis de France*, [1994] R.D.J. 95 (litigation privilege). However, these cases predate the coming into force of the *Civil Code*.

[44] The Superior Court is divided on whether Wigmore is applicable in Quebec, in a number of judgments rendered since the coming into force of the *Civil Code*. The doctrine was explicitly rejected in *Grenier v. Arthur*, [2001] R.J.Q. 674, *Centre de réadaptation en déficience intellectuelle de Québec v. Groupe TVA inc.*, [2005] R.J.Q. 2327, and *Drouin v. La Presse ltée*, [1999] R.J.Q. 3023. In each case the court preferred to rely on the *Civil Code* and a balancing of applicable *Quebec Charter* rights. By contrast, Wigmore was expressly used to recognize a case-by-case privilege in *Tremblay v. Hamilton*, [1995] R.J.Q. 2440, and *Landry v. Southam Inc.*, 2002 CanLII 20587. *Tremblay* dealt specifically with the recognition of journalist-source privilege.

[45] When the mixed source of the Quebec law of procedure and evidence, and in particular the

[42] La doctrine et les tribunaux ne s'entendent pas sur cette question. D'une part, M. Ducharme est d'avis que « l'entrée en vigueur de ce Code a eu pour effet d'abroger l'ancien droit français et le droit anglais en tant que droits supplétifs en matière de preuve » (*Précis de la preuve* (6<sup>e</sup> éd. 2005), p. 5). D'autre part, M. Royer affirme que « [l]es nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* dans ces matières ne modifient pas le droit antérieur. Elles ne font que le préciser et le clarifier. Ce sont donc des règles interprétatives qui peuvent s'appliquer même à des actes juridiques antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1994 » (p. 41).

[43] D'un point de vue jurisprudentiel, la Cour d'appel du Québec a reconnu qu'il convient d'appliquer le cadre d'analyse établi par le test de Wigmore pour traiter au cas par cas, les revendications de privilège : *Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 637 (privilège relatif au litige); *Boiler Inspection and Insurance Company of Canada c. Corporation municipale de la paroisse de St-Louis de France*, [1994] R.D.J. 95 (privilège relatif au litige). Ces décisions sont toutefois antérieures à l'entrée en vigueur du *C.c.Q.*

[44] Un grand nombre de jugements rendus depuis l'entrée en vigueur du *Code civil* mettent en lumière les divergences des juges de la Cour supérieure quant à l'applicabilité du test de Wigmore au Québec. Cette thèse a été expressément rejetée dans *Grenier c. Arthur*, [2001] R.J.Q. 674, *Centre de réadaptation en déficience intellectuelle de Québec c. Groupe TVA inc.*, [2005] R.J.Q. 2327, et *Drouin c. La Presse ltée*, [1999] R.J.Q. 3023. Dans ces décisions, le tribunal a préféré s'en remettre au *Code civil* et à une appréciation des droits applicables garantis par la *Charte québécoise*. Par contre, d'autres juges ont expressément eu recours au test de Wigmore pour reconnaître un privilège fondé sur les circonstances de l'espèce dans *Tremblay c. Hamilton*, [1995] R.J.Q. 2440, et *Landry c. Southam Inc.*, 2002 CanLII 20587. La décision *Tremblay* portait précisément sur la reconnaissance du privilège du secret des sources des journalistes.

[45] Si la mixité du droit de la procédure et de la preuve au Québec, et en particulier la source de

common law source of many exclusionary rules of evidence, is properly recognized, it becomes difficult to accept the argument that there is no residual role for common law legal principles in the development of this part of Quebec law. Quebec is, after all, a mixed jurisdiction. If the ultimate source of a legal rule is the common law, then it would be only logical to resort to the common law, in the process of interpreting and articulating that same rule in the civil law. Even if the rule was transplanted and naturalized in the civil law context, it remains interesting and relevant to consider how the rule is evolving in the Canadian common law system, in order to frame an appropriate interpretation in the civil law system:

[TRANSLATION] However, the rules set out in the *Civil Code of Québec* are rooted in French law and in the common law, which means that French law and the common law can continue to be used to interpret those rules.

This could justify maintaining certain common law privileges associated with the accusatorial and adversarial nature of trials even though those privileges are not formally recognized in the articles of the *Code of Civil Procedure*.

(Royer, at p. 39)

This is, of course, premised on the fact that the interpretation and articulation of such a rule would not otherwise be contrary to the overarching principles set out in the *C.C.Q.* and the *Quebec Charter*.

#### F. *Development of an Analytical Framework*

[46] Neither the *Civil Code* nor the *Code of Civil Procedure* explicitly provides for the recognition in the civil litigation context of journalist-source privilege, which now exists in the common law jurisdictions. A gap in the codified law exists, and the question becomes one of determining the appropriate way of filling it. Of course, the judiciary's authority to go beyond the written codes and legislation, in the event of a gap, is far more

common law de diverses règles d'exclusion de la preuve, est dûment reconnue, il est difficile d'admettre que les principes juridiques de common law ne sauraient jouer aucun rôle résiduel dans l'évolution de cet aspect du droit québécois. Après tout, le Québec est une province de droit mixte. Si une règle juridique découle en définitive de la common law, il demeure logique de recourir à celle-ci dans l'interprétation et l'élaboration de cette même règle en droit civil. Même si une règle a été transplantée et adaptée dans le contexte du droit civil, l'examen de son évolution dans le système de common law du Canada reste pertinent et intéressant pour établir l'interprétation correcte de la règle en question dans le contexte du système de droit civil :

Par ailleurs, les règles contenues dans le *Code civil du Québec* ont leur source dans le droit français et la common law. Aussi, le droit français et la common law peuvent continuer d'être utilisés pour interpréter ces règles.

Cela pourrait justifier le maintien de certains privilèges de la common law, qui sont liés au caractère accusatoire et contradictoire du procès et ce, même s'ils ne sont pas formellement reconnus dans des articles du *Code de procédure civile*.

(Royer, p. 39)

Cette conclusion doit cependant reposer sur le principe fondamental selon lequel l'interprétation et l'élaboration d'une telle règle doivent rester conformes aux principes généraux énoncés dans le *C.c.Q.* et dans la *Charte québécoise*.

#### F. *Élaboration d'un cadre d'analyse*

[46] Ni le *Code civil* ni le *Code de procédure civile* ne prévoient expressément, dans le domaine de la justice civile, la reconnaissance du privilège relatif aux sources des journalistes qui existe maintenant dans les provinces de common law. Cependant, ce droit codifié comporte des lacunes, et il s'agit maintenant de déterminer comment il convient de les remplir. Bien entendu, le pouvoir des tribunaux de statuer au-delà des codes écrits

circumscribed under the civil law tradition than it is under the common law:

A Quebec court may not create a positive rule of civil procedure simply because it considers it appropriate to do so. In this respect, a Quebec court does not have the same creative power in relation to civil procedure as a common law court, although intelligent and creative judicial interpretation is often able to ensure that procedure remains flexible and adaptable. Although Quebec civil procedure is mixed, it is nonetheless codified, written law, governed by a tradition of civil law interpretation. (See J.-M. Brisson, “La procédure civile au Québec avant la codification: un droit mixte, faute de mieux”, in *La formation du droit national dans les pays de droit mixte* (1989), 93, at pp. 93 to 95; also by the same author: *La formation d’un droit mixte: l’évolution de la procédure civile de 1774 à 1867, supra*, at pp. 32-33.) In the civil law tradition, the Quebec courts must find their latitude for interpreting and developing the law within the legal framework comprised by the Code and the general principles of procedure underlying it. The dissenting opinion written by Biron J.A. quite correctly reminds us of these characteristics of a codified legal system and accurately identifies the nature of the method of analysis and examination that applies in this case.

(*Lac d’Amiante*, at para. 39; see also *Foster Wheeler*.)

[47] The only provision in the *C.C.Q.* dealing with the discretion of a judge to exclude otherwise relevant evidence is art. 2858:

The court shall, even of its own motion, reject any evidence obtained under such circumstances that fundamental rights and freedoms are breached and that its use would tend to bring the administration of justice into disrepute.

The latter criterion is not taken into account in the case of violation of the right of professional privilege.

Because journalist-source privilege is not a quasi-constitutional privilege under the *Quebec Charter*, a judge cannot exempt a journalist from testifying as to the identity of a confidential source, on the basis that doing so would constitute a violation of either s. 3 or s. 44 of the *Quebec Charter*.

et de la législation, lorsque des vides apparaissent demeure beaucoup plus limité dans la tradition civiliste que dans la common law :

Un tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu’il l’estime opportune. À cet égard, dans le domaine de la procédure civile, le tribunal québécois ne possède pas le même pouvoir créateur qu’une cour de common law, quoique l’intelligence et la créativité de l’interprétation judiciaire puissent souvent assurer la flexibilité et l’adaptabilité de la procédure. Bien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d’interprétation civiliste. (Voir J.-M. Brisson, « La procédure civile au Québec avant la codification : un droit mixte, faute de mieux », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte* (1989), 93, p. 93-95; aussi du même auteur : *La formation d’un droit mixte : l’évolution de la procédure civile de 1774 à 1867, op. cit.*, p. 32-33.) Suivant la tradition civiliste, les tribunaux québécois doivent donc trouver leur marge d’interprétation et de développement du droit à l’intérieur du cadre juridique que constituent le Code et les principes généraux de procédure qui le sous-tendent. La dissidence du juge Biron rappelle à juste titre ces caractéristiques d’un régime de droit codifié et souligne pertinemment la nature de la méthode d’analyse et d’examen applicable en l’espèce.

(*Lac d’Amiante*, par. 39; voir également *Foster Wheeler*.)

[47] Dans le *C.c.Q.*, seul l’art. 2858 traite du pouvoir discrétionnaire d’un juge d’exclure des éléments de preuve par ailleurs pertinents :

Le tribunal doit, même d’office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l’utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

Il n’est pas tenu compte de ce dernier critère lorsqu’il s’agit d’une violation du droit au respect du secret professionnel.

Comme le privilège du secret des sources des journalistes ne constitue pas un privilège quasi constitutionnel reconnu par la *Charte québécoise*, le juge ne peut dispenser un journaliste de témoigner sur l’identité d’une source confidentielle parce qu’un tel témoignage constituerait un manquement à l’art. 3 ou à l’art. 44 de la *Charte québécoise*.

[48] Nevertheless, constitutional rights under the *Canadian Charter* and quasi-constitutional rights under the *Quebec Charter* are engaged by a claim of journalist-source privilege. Some form of legal protection for the confidential relationship between journalists and their anonymous sources is required. Conflicting rights and interests arise under the *Quebec Charter* and must be addressed and reconciled. This case also raises important questions related to the development of human rights in Quebec. The creation of a framework to address these issues represents a legitimate and necessary exercise of the power of the court to interpret and develop the law.

[49] In my view, a helpful analogy can be drawn between the journalist-source privilege at issue in this case, and police-informer privilege, which is also a judicially created “rule of public policy” (*Bisaillon*, at p. 90, citing *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), at p. 498). Indeed, I find that, admittedly in a very broad sense, police-informer privilege is more analogous to journalist-source privilege than is the professional secrecy contemplated by s. 9 of the *Quebec Charter*, although it arose in the context of criminal procedure within the common law.

[50] Police-informer privilege, like professional secrecy and solicitor-client privilege, is a class-based privilege. In this sense, it is unlike journalist-source privilege, which is clearly a case-by-case privilege. However, it has its roots as a common law rule of public policy, aimed at facilitating the investigation of crime. As Beetz J. noted in *Bisaillon*:

The rationale of the rule as it applies to police informers is plain. If their identity were liable to be disclosed in a court of law, these sources of information would dry up and the police would be hindered in their duty of preventing and detecting crime. So the public interest

[48] Néanmoins, les droits constitutionnels garantis par la *Charte canadienne* et les droits quasi constitutionnels garantis par la *Charte québécoise* sont visés par la revendication du privilège du secret des sources des journalistes. Les rapports confidentiels entre les journalistes et leurs sources anonymes doivent bénéficier d’une certaine forme de protection juridique. Le présent pourvoi soulève des droits et des intérêts opposés sur le fondement de la *Charte québécoise* qui doivent être examinés et conciliés. Il soulève également des questions importantes liées à l’évolution des droits de la personne au Québec. La création d’un cadre permettant de répondre à ces questions représente un exercice légitime et nécessaire par les tribunaux de leur pouvoir d’interpréter le droit et de le faire évoluer.

[49] À mon avis, on peut établir une analogie entre le privilège du secret des sources des journalistes en cause en l’espèce et le privilège relatif aux indicateurs de police, qui constitue également une « règle d’intérêt public » créée par les tribunaux (*Bisaillon*, p. 90, citant *Marks c. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), p. 498). J’estime en effet, certes dans un sens très général, que le privilège du secret des sources des journalistes ressemble davantage au privilège relatif aux indicateurs de police qu’au secret professionnel garanti par l’art. 9 de la *Charte québécoise*, même si ce privilège s’est développé dans le contexte de la procédure criminelle en common law.

[50] Le privilège relatif aux indicateurs de police, comme le secret professionnel et le privilège avocat-client, constitue un privilège générique. En ce sens, il diffère du privilège du secret des sources des journalistes, qui est sans contredit un privilège fondé sur les circonstances de l’espèce. Cependant, le privilège relatif aux indicateurs de police trouve son fondement dans une règle d’intérêt public de common law, apparue pour faciliter les enquêtes criminelles. Comme le juge Beetz l’a indiqué dans *Bisaillon* :

La raison d’être de la règle dans son application aux indicateurs de police est évidente. Si leur identité pouvait être divulguée devant une cour de justice, ces sources de renseignements tariraient, ce qui entraverait la police dans l’exercice de ses fonctions de prévention et

in preserving the anonymity of police informers had to be weighed against the public interest that information which might assist a judicial tribunal to ascertain facts relevant to an issue upon which it is required to adjudicate should be withheld from that tribunal. [pp. 91-92]

(Quoting *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171 (H.L.), at p. 218, *per* Lord Diplock.)

[51] In *Bisaillon*, Beetz J. also took note of the structure of the privilege: “. . . at common law the secrecy rule regarding police informers’ identity has chiefly taken the form of rules of evidence based on the public interest . . .” (p. 93). When police-informer privilege is successfully established, “relevant evidence is excluded in the name of a public interest regarded as superior to that of the administration of justice” (p. 96). Therefore, the manner in which the exclusionary rule operates is also analogous to journalist-source privilege.

[52] Importantly, for the purposes of this appeal, this Court held in *Bisaillon* that the common law rule of police-informer privilege applies in the province of Quebec. An issue in that case, among others, was whether the Commissioner investigating aspects of police conduct during the F.L.Q. crisis could compel the disclosure of an informant’s identity, contrary to the common law rule. It had been argued that the *C.C.P.* was comprehensive, and because a testimonial exception for police informants was not included, the Commissioner could compel the disclosure. Beetz J., for a unanimous Court, disagreed. Notably, the *C.C.P.* provision relied upon as displacing police-informer privilege was not nearly specific enough:

However, in my opinion the scope of this codification is limited to these two aspects which it mentions expressly: it does not extend to the secrecy rule regarding police informers’ identity, as to which it is silent. In other words, the codification of art. 308 applies only to the part of the common law which is included in the law

de dépistage du crime. Il a donc fallu évaluer l’intérêt public à la préservation de l’anonymat des indicateurs de police par rapport à l’intérêt public au refus de communiquer à un tribunal judiciaire les renseignements susceptibles de l’aider à déterminer les faits se rapportant à un litige qu’il doit trancher. [p. 91-92]

(Citant les propos de lord Diplock dans *D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171 (H.L.), p. 218.)

[51] Dans l’arrêt *Bisaillon*, le juge Beetz a également pris note de la structure du privilège : « [E]n *common law* le principe du secret relatif à l’identité des indicateurs de police s’est manifesté principalement par des règles de preuve que dicte l’intérêt public . . . » (p. 93). Lorsque ce privilège est établi avec succès, « il y a exclusion d’une preuve pertinente au nom d’un intérêt public considéré supérieur à celui de l’administration de la justice » (p. 96). Par conséquent, le mode d’application de la règle de l’exclusion est également similaire à celui du privilège du secret des sources des journalistes.

[52] Fait important pour le présent pourvoi, la Cour a conclu dans *Bisaillon* que la règle de *common law* relative au privilège relatif aux indicateurs de police s’applique au Québec. En particulier, notre Cour devait décider si le commissaire chargé d’une enquête sur la conduite de la police durant la crise du F.L.Q. pouvait obtenir la divulgation forcée de l’identité d’un informateur, contrairement à la règle de *common law*. On avait soutenu que le *C.p.c.* constituait un ensemble législatif complet par lui-même. Parce que ce code ne dispensait pas expressément les indicateurs de police de l’obligation de témoigner, on avait plaidé que le commissaire pouvait exiger la divulgation de leur identité. Le juge Beetz, au nom de la Cour unanime, ne partageait pas cette opinion. Il estimait, notamment, que la disposition du *C.p.c.* invoquée pour écarter le privilège relatif aux indicateurs de police n’était pas suffisamment explicite :

Mais, à mon avis, la portée de cette codification s’arrête à ces deux aspects sur lesquels elle statue expressément et elle ne s’étend pas au principe du secret relatif à l’identité de l’indicateur de police à propos duquel elle reste silencieuse. En d’autres termes, la codification de l’art. 308 porte uniquement sur cette partie de

on Crown privilege, but not to the specific legal system relating to the secrecy rule regarding police informers.

The law had itself decided that it is always contrary to the public interest for a peace officer to be required to disclose the identity of a police informer, and that this aspect of the public interest must always take precedence over the need to do more complete justice, subject to a single exception in criminal law. To decide as the Court of Appeal did would mean that by adopting such a general provision as art. 308, the legislator intended simply to obliterate this final judgment made by the law and the absolute rule which results from it . . . [pp. 102-3]

Beetz J. concluded that, because the origin of police-informer privilege is the common law, the rule remained a part of Quebec law unless it had been overturned by a validly adopted statutory provision:

Unless overturned by validly adopted statutory provisions, these common law rules must be applied in an inquiry into the administration of justice, which is thus a matter of public law. Moreover, the point at issue concerns the power to compel a witness to answer, by contempt of court proceedings if necessary, the source for which is also the common law . . . [p. 98]

Beetz J. then turned to a consideration of whether the common law rule had been altered by the *C.C.P.* Having found that it had not, Beetz J. concluded that the common law rule remained a part of Quebec law in its original form.

[53] There is therefore a basis in the laws of Quebec for a journalist-source privilege or an exemption from the general obligation to give evidence in civil cases. Despite its common law origins, the use of a Wigmore-like framework to recognize the existence of the privilege in the criminal law context, as established in *National Post*, is equally relevant for litigation subject to the laws of Quebec. This approach conforms both with s. 2(b) of the *Canadian Charter* and ss. 3 and 44 of the *Quebec Charter*. Indeed, I reject the submission of the intervener Canadian Civil Liberties Association that the Wigmore framework cannot

la *common law* qui est comprise dans le droit relatif au privilège de la Couronne, mais pas sur le régime juridique spécifique réservé au principe du secret relatif à l'indicateur de police.

Le droit lui-même avait jugé qu'il est toujours contraire à l'intérêt public qu'un agent de la paix soit contraint de divulguer l'identité d'un indicateur de police et que cet aspect de l'intérêt public doit toujours l'emporter sur la nécessité de rendre une meilleure justice, sous réserve d'une seule exception en droit criminel. Décider comme la Cour d'appel l'a fait signifierait que par l'adoption d'une disposition aussi générale que l'art. 308, le législateur a voulu anéantir purement et simplement ce jugement définitif porté par le droit ainsi que la règle absolue qui en est la conséquence . . . [p. 102-103]

Le juge Beetz a conclu que, comme le privilège relatif aux indicateurs de police découle de la common law, la règle faisait toujours partie du droit québécois, à moins d'avoir été écartée par une disposition législative validement adoptée :

À moins d'être écartées par des dispositions législatives validement adoptées, ces règles de la *common law* doivent être appliquées dans une enquête qui porte sur l'administration de la justice et qui est donc de droit public. Au surplus, la question en litige porte sur le pouvoir de contraindre un témoin à répondre, au besoin par des procédures en outrage au tribunal, dont la source est également la *common law* . . . [p. 98]

Le juge Beetz s'est ensuite penché sur la question de savoir si la règle de common law avait été affectée par le *C.p.c.* Ayant conclu par la négative, il a estimé que la règle de common law demeurerait une partie du droit du Québec avec ses caractéristiques originales.

[53] Par conséquent, le droit du Québec peut servir de fondement à un privilège de protection du secret des sources des journalistes ou pour reconnaître une exception à l'obligation générale de fournir des éléments de preuve ou de témoigner dans une instance civile. Même s'il découle de la common law, le recours à un cadre d'analyse semblable au test de Wigmore — qui permet de reconnaître l'existence du privilège en droit criminel, comme il a été établi dans *National Post* — s'avère tout aussi valable dans le contexte d'un litige régi par le droit du Québec. Cette approche respecte tant l'al. 2b) de la *Charte canadienne* que les art. 3 et 44 de la *Charte*

differentiate between relationships that have a constitutional dimension and those that do not. It is clear that it does so already (*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *National Post*). This approach also accords with the law of evidence in Quebec. The *C.C.Q.* grants judges the authority to exclude evidence or testimony in the event of a breach of the *Quebec Charter*. It is not inconsistent, either in principle or in fact, to give judges the authority to exempt a journalist from testifying, when his s. 2(b) *Canadian Charter* and s. 3 *Quebec Charter* rights are found to be paramount. Indeed, I would add that art. 46 of the *C.C.P.*, which provides for the general powers of the Superior Court, appears to provide its judges with the necessary authority to do so on a case-by-case basis:

The courts and judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction.

They may, at any time and in all matters, whether in first instance or in appeal, issue orders to safeguard the rights of the parties, for such time and on such conditions as they may determine. As well, they may, in the matters brought before them, even on their own initiative, issue injunctions or reprimands, suppress writings or declare them libellous, and make such orders as are appropriate to deal with cases for which no specific remedy is provided by law.

[54] Whether they rely explicitly on the Wigmore framework or not, what the lower court decisions ultimately demonstrate is the need for a balancing exercise between the competing rights or interests at stake. To paraphrase my colleague Justice Binnie in *National Post*, this all sounds very much like Wigmore where, at the crucial fourth step, the question is whether the public interest served by protecting the identity of the informant outweighs the public interest in getting at the truth. Indeed, the Wigmore framework itself, when stripped to its core, is simply a taking into account of competing interests. The Wigmore criteria can therefore shape the structure of the analysis and the elements to be

*québécoise*. En effet, je rejette la prétention de l'intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles, d'après laquelle le cadre d'analyse fondé sur le test de Wigmore ne permet pas de différencier les relations qui possèdent une dimension constitutionnelle de celles qui n'en revêtent pas. En effet, il ne fait aucun doute qu'il permet déjà de distinguer ces relations (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *National Post*). Cette approche est également conforme au droit de la preuve au Québec. Le *C.c.Q.* confère aux juges le pouvoir d'exclure des éléments de preuve ou un témoignage en cas de violation de la *Charte québécoise*. En principe ou en fait, il paraît logique de reconnaître aux juges le pouvoir de dispenser un journaliste de témoigner lorsqu'on conclut que les droits garantis pour l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et l'art. 3 de la *Charte québécoise* doivent primer. D'ailleurs, j'ajouterais que l'art. 46 du *C.p.c.* qui énonce les pouvoirs généraux de la Cour supérieure, semble conférer à ses juges le pouvoir nécessaire d'accorder une telle exemption à un journaliste selon les circonstances de l'espèce :

Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence.

Ils peuvent, en tout temps et en toutes matières, tant en première instance qu'en appel, prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties, pour le temps et aux conditions qu'ils déterminent. De plus, ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions ou des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.

[54] Qu'elles aient eu recours explicitement ou non au cadre d'analyse fondé sur le test de Wigmore, les décisions rendues par le tribunal inférieur ont démontré, en définitive, la nécessité de mettre en équilibre les droits et les intérêts alors en conflit. Pour paraphraser mon collègue le juge Binnie dans *National Post*, cette méthode s'apparente tout à fait à l'approche de Wigmore lorsque, à la quatrième étape cruciale, le tribunal doit déterminer si l'intérêt public que servirait le refus de divulguer l'identité de l'informateur l'emporte sur l'intérêt public à la découverte de la vérité. En effet, le test de Wigmore se résume essentiellement à un examen et à une mise en équilibre des intérêts opposés. Il peut

considered, in claims of journalist-source privilege brought in matters engaging the laws of Quebec.

[55] It is also a framework that is sufficiently flexible to take into account the variety of interests that may arise in any particular case, and those that are certain to arise in civil proceedings taking place in the common law provinces. The overarching issues raised by this appeal are of course not unique to the province of Quebec. The news media's reach is borderless. This is further support for an approach that would result in consistency across the country, while preserving the distinctive legal context under the *Civil Code*.

[56] As mentioned at the outset, this case deals with testimonial compulsion and not, as in *National Post*, with the production of documents or other physical evidence. Nevertheless, in civil litigation proceedings, the presumption is that all relevant evidence is admissible and that all those called to testify with respect to relevant evidence are compellable. On this point, art. 2857 of the *Civil Code* is relevant: "All evidence of any fact relevant to a dispute is admissible and may be presented by any means." It therefore goes almost without saying that if the party seeking disclosure of the identity of the source cannot establish that this fact is relevant, then there will be no need to go on to consider whether the privilege exists. The threshold test of relevance plays, as it does in many other contexts, an important gatekeeping role in the prevention of fishing expeditions. (See, e.g., *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647 (holding that the production of medical records must be inextricably linked to the ability to prepare a full defence and go to the central issue in the proceeding, and that there must be no other means for proving the case). See also *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81, at para. 3, *per* Sharpe J.A.; *Charkaoui (Re)*, 2008 FC 61, [2009] 1 F.C.R. 507, at paras. 70-71 and 74, *per* Noël J.; *Tremblay*, at p. 2442.) It also constitutes an added buffer against

donc former la structure de l'analyse et des facteurs à examiner lorsque le privilège du secret des sources des journalistes est invoqué dans un litige régi par le droit du Québec.

[55] De plus, ce cadre s'avère suffisamment souple pour prendre en compte la diversité des intérêts en jeu dans un cas donné comme ceux qui seront assurément mis en jeu dans une instance civile engagée dans une province de common law. Les questions fondamentales que soulève le présent pourvoi ne sont évidemment pas propres au Québec. La portée du rôle des médias ne connaît pas de frontière. C'est pourquoi il convient d'adopter une approche capable d'assurer une protection similaire aux intérêts en cause dans l'ensemble du pays tout en préservant le caractère distinct du milieu juridique régi par le *Code civil*.

[56] Comme je l'ai souligné au début de mes motifs, le présent pourvoi porte sur l'obligation de témoigner et non, comme dans *National Post*, sur la production de documents ou d'autres éléments de preuve matériels. Cependant, dans une instance civile, il faut présumer que l'ensemble des éléments de preuve pertinents sont recevables et que toutes les personnes appelées à témoigner à leur sujet peuvent être contraintes à rendre témoignage. À cet égard, l'art. 2857 du *Code civil* est pertinent : « La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens. » Par conséquent, il paraît évident que si la partie désirant obtenir la divulgation de l'identité de la source ne peut établir la pertinence de ce fait, il sera inutile d'examiner si le privilège existe. Comme dans beaucoup d'autres contextes, l'exigence minimale de pertinence joue un rôle important pour prévenir le recours à des interrogatoires menés à l'aveuglette. (Voir, p. ex., *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, où la Cour a conclu que l'obligation de produire des dossiers médicaux doit être inextricablement liée à la capacité de préparer une défense pleine et entière, dans une situation se rattachant à la principale question en litige et où une partie ne saurait prouver ses allégations par un autre moyen. Voir également *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81, par. 3, le juge Sharpe; *Charkaoui (Re)*,

any unnecessary intrusion into aspects of the s. 2(b) newsgathering rights of the press.

[57] As Justice Binnie noted in *National Post*, it is the fourth Wigmore factor that will do most of the grunt work in the analysis of any claim for journalist-source privilege. He set out a number of relevant considerations in the determination of whether physical evidence must be disclosed in the criminal context (see paras. 61-62). It is therefore helpful, particularly given that this issue is being remitted to the Superior Court for reconsideration, to highlight some of the considerations that will be relevant to the court's balancing exercise at the fourth Wigmore stage, in claims arising in the context of civil litigation.

[58] The first two considerations are related: the stage of the proceedings, and the centrality of the issue to the dispute between the parties. With respect to the stage of the proceedings, several points may be observed. On the one hand, the early stage of the proceedings — such as the examination for discovery stage in this case — might militate in favour of recognizing the privilege. The case will be at its preliminary stages only, and will yet to have reached the stage of determining the liability or the rights of the parties. This is a variation on the U.K. “newspaper rule” (*Attorney-General v. Mulholland*, [1963] 2 Q.B. 477), whereby journalists are allowed to protect their sources during the discovery stage, because at this point the procedural equities do not outweigh the freedom of the press, but may be required to disclose at trial. On the other hand, given the overall exploratory aims of examinations for discovery and the confidentiality with which they are cloaked, in principle, the testimony may be capable of providing a more complete picture of the case and have the potential to resolve certain issues prior to going to trial.

2008 CF 61, [2009] 1 R.C.F. 507, par. 70-71 et 74, le juge Noël; *Tremblay*, p. 2442.) Cette exigence de pertinence constitue en outre une protection additionnelle contre toute atteinte inutile à la liberté de la presse de recueillir des nouvelles garantie à celle-ci par l'al. 2b).

[57] Comme le juge Binnie l'a affirmé dans *National Post*, le quatrième volet du test de Wigmore en constitue la partie la plus importante pour l'analyse de toute revendication du privilège du secret des sources des journalistes. Ses motifs ont énuméré un certain nombre de facteurs pertinents qui devront être examinés pour déterminer si des éléments de preuve matériels doivent être communiqués dans le contexte du droit criminel (voir les par. 61-62). Par conséquent, en particulier en raison du renvoi de cette question à la Cour supérieure pour nouvel examen, il devient utile d'attirer l'attention sur certains facteurs pertinents à l'exercice de mise en balance prescrit par le quatrième volet du test de Wigmore, lors de l'étude des revendications de privilèges présentées à l'occasion de litiges civils.

[58] Les deux premiers facteurs sont connexes : l'étape de l'instance et le caractère essentiel de la question dans le cadre du différend entre les parties. Au sujet de l'étape de l'instance, plusieurs remarques s'avèrent pertinentes. D'une part, le fait de se trouver en début d'instance — par exemple à l'étape de l'interrogatoire préalable en l'espèce — pourrait militer en faveur de la reconnaissance du privilège. Le débat judiciaire vient de s'engager. Il n'a pas encore atteint l'étape de la détermination de la responsabilité ou des droits des parties. Il s'agirait d'une nuance apportée à la « règle relative aux journaux » appliquée au R.-U. (*Attorney-General c. Mulholland*, [1963] 2 Q.B. 477). Selon cette règle, les journalistes sont autorisés à protéger leurs sources durant l'étape de l'interrogatoire préalable — parce que l'équité procédurale ne l'emporte pas sur la liberté de presse à cette étape — mais peuvent être contraints de divulguer leur identité lors du procès. Toutefois, la nature exploratoire des interrogatoires préalables et leur confidentialité peuvent en principe permettre aux parties de mieux concevoir le litige et de régler certaines questions avant

This would militate in favour of not recognizing the privilege at this stage.

[59] I recognize that, pursuant to art. 398.1 *C.C.P.*, the party conducting the discovery may file the transcript in evidence. Therefore, should a situation arise where a court orders the journalist to answer questions on examination for discovery, and the opposing party later in fact decides to file the transcript pursuant to art. 398.1, then, given that the testimony would no longer be confidential, the journalist should be entitled to again raise the issue of privilege before the court and highlight any change in circumstances that the filing of the transcript would have made.

[60] The centrality of the question to the dispute will also be a relevant consideration. While the identity of a confidential source may be relevant to the dispute, particularly given the broad definition of relevancy in civil proceedings, that fact may nevertheless be so peripheral to the actual legal and factual dispute between the parties that the journalist ought not to be required to disclose the source's identity.

[61] Another consideration, related to the centrality of the question to the dispute, is whether the journalist is a party to the litigation, or simply an ordinary witness. For example, whether it is in the public interest to require a journalist to testify as to the identity of a confidential source will no doubt differ if the journalist is a defendant in a defamation action, for example, as opposed to a third party witness, compelled by subpoena to testify in a matter in which he or she has no personal stake in the outcome. In the former context, the identity of the source is more likely to be near the centre of the dispute between the parties. When a journalist is called as a third party witness, there is likely to be more of a question whether the source's identity is central to the dispute.

[62] A crucial consideration in any court's determination of whether the privilege has been made out will be whether the facts, information or

le procès. Cet argument inciterait à ne pas reconnaître le privilège à cette étape.

[59] Je reconnais, de plus, que suivant l'art. 398.1 du *C.p.c.*, la partie qui a procédé à un interrogatoire peut introduire en preuve la transcription des dépositions. En conséquence, si un tribunal ordonnait à un journaliste de répondre à des questions lors d'un interrogatoire au préalable et que l'autre partie décidait ensuite de déposer la transcription comme le lui permet l'art. 398.1, le témoignage perdrait son caractère confidentiel. En pareil cas, le journaliste devrait pouvoir soulever de nouveau la question du privilège devant la cour et souligner les changements de circonstances causés par le dépôt de la transcription.

[60] Le caractère essentiel de la question pour le débat judiciaire représentera aussi l'un des facteurs pertinents dans le cadre du différend. En effet, la question de l'identité peut être tellement secondaire par rapport à l'objet véritable du débat judiciaire en fait et en droit que l'on devra se garder de forcer le journaliste à témoigner au sujet de sa source, bien que l'identité de celle-ci puisse être pertinente au litige, en raison de la conception large de la pertinence applicable dans les affaires civiles.

[61] Toujours à propos du caractère essentiel de la question pour le litige, il faut aussi se demander si le journaliste est une partie à l'instance ou simplement un témoin ordinaire. Par exemple, le problème de l'existence d'un intérêt public à contraindre un journaliste à témoigner sur l'identité d'une source confidentielle se réglera sans doute différemment si le journaliste se trouve un défendeur dans une action en diffamation, plutôt que d'être un tiers assigné à témoigner dans une affaire où il n'a aucun intérêt personnel. L'identité de la source se situera plus probablement au cœur du litige qui oppose les parties dans le premier de ces cas, mais non dans le second.

[62] Lorsqu'un tribunal est appelé à déterminer si le privilège a été établi, il doit vérifier si les faits, les renseignements ou les témoignages peuvent

testimony are available by any other means. As the Court recognized in *National Post*, “[t]he ‘alternate sources’ principle has been part of Canadian law since *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (B.C.S.C.), as it has been in the U.K.” (para. 66). Indeed, courts in the United Kingdom have endorsed this necessity requirement, and held that mere administrative convenience is insufficient (*Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.*, [1985] 1 A.C. 339; *In re An Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985*, [1988] 1 A.C. 660; *Cross and Tapper on Evidence* (11th ed. 2007), at p. 501).

[63] This, of course, makes perfect sense. If relevant information is available by other means and, therefore, could be obtained without requiring a journalist to break the undertaking of confidentiality, then those avenues ought to be exhausted. The necessity requirement, like the earlier threshold requirement of relevancy, acts as a further buffer against fishing expeditions and any unnecessary interference with the work of the media. Requiring a journalist to breach a confidentiality undertaking with a source should be done only as a last resort.

[64] Other considerations that may be relevant in a particular case include the degree of public importance of the journalist’s story, and whether the story has been published and is therefore already in the public domain. This list is, of course, not comprehensive. In the end, context is critical.

#### G. *Summary of the Proposed Test*

[65] In summary, to require a journalist to answer questions in a judicial proceeding that may disclose the identity of a confidential source, the requesting party must demonstrate that the questions are relevant. If the questions are irrelevant, that will end the inquiry and there will be no need to consider the issue of journalist-source privilege. However, if the questions are relevant, then the court must go on to consider the four Wigmore factors and determine whether the journalist-source privilege

être connus par d’autres moyens. Comme la Cour l’a reconnu dans *National Post*, « [l]e principe des “autres sources” est reconnu en droit canadien depuis l’arrêt *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (C.S.C.-B.), tout comme au Royaume-Uni » (par. 66). En effet, selon les tribunaux du Royaume-Uni l’exigence de nécessité s’impose et ont conclu que la simple commodité administrative ne suffit pas (*Secretary of State for Defence c. Guardian Newspapers Ltd.*, [1985] 1 A.C. 339; *In re An Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985*, [1988] 1 A.C. 660; *Cross and Tapper on Evidence* (11<sup>e</sup> éd. 2007), p. 501).

[63] Ce principe est tout à fait logique. Si des renseignements pertinents peuvent être obtenus par d’autres moyens, il faut recourir à ces derniers avant de contraindre un journaliste à briser sa promesse de confidentialité. L’exigence de nécessité, tout comme la condition préalable de pertinence, agit comme une protection additionnelle contre les interrogatoires à l’aveuglette et les ingérences inutiles dans le travail des médias. Les tribunaux ne devraient contraindre un journaliste à rompre une promesse de confidentialité faite à une source qu’en dernier recours.

[64] D’autres facteurs, comme le degré d’importance de la nouvelle du journaliste pour le public et la question de savoir si elle a été publiée et relève donc déjà du domaine public, peuvent être pertinents dans un cas donné. Cette liste n’est évidemment pas exhaustive. En définitive, l’examen de tout le contexte demeure crucial.

#### G. *Résumé du test proposé*

[65] En résumé, pour exiger qu’un journaliste, dans une instance judiciaire, réponde à des questions susceptibles de permettre d’identifier une source confidentielle, la partie requérante doit démontrer leur pertinence. À défaut, l’enquête s’arrêtera là et il ne sera pas nécessaire d’examiner la question du privilège du secret des sources des journalistes. Toutefois, si les questions sont pertinentes, le tribunal examinera ensuite les quatre volets du test de Wigmore et déterminera si le privilège

should be recognized in the particular case. At the crucial fourth factor, the court must balance (1) the importance of disclosure to the administration of justice against (2) the public interest in maintaining journalist-source confidentiality. This balancing must be conducted in a context-specific manner, having regard to the particular demand for disclosure at issue. It is for the party seeking to establish the privilege to demonstrate that the interest in maintaining journalist-source confidentiality outweighs the public interest in the disclosure that the law would normally require.

[66] The relevant considerations at this stage of the analysis, when a claim to privilege is made in the context of civil proceedings, include: how central the issue is to the dispute; the stage of the proceedings; whether the journalist is a party to the proceedings; and, perhaps most importantly, whether the information is available through any other means. As discussed earlier, this list is not comprehensive. I will now consider whether a claim of privilege could be established in this case.

#### H. *Application of the Framework*

[67] After a cursory mention of the four Wigmore factors, de Grandpré J. rejected the *Globe and Mail's* claim of journalist-source privilege. His oral reasons on this issue, in their entirety, are as follows (A.R. (32975 and 33114), at pp. 13-14):

[TRANSLATION]

MARK BANTEY:

But . . . so, you're dismissing them only . . .

THE COURT:

On the basis that the answers to the questions will be relevant, regardless of the . . .

MARK BANTEY:

Regardless of the privilege.

THE COURT:

. . . the privilege invoked by the witness. Are we agreed? So, I have very quickly (*vite, vite, vite*) analysed the four (4) criteria from . . .

devrait être reconnu dans ce cas particulier. À l'importante quatrième étape de l'analyse, le tribunal mettra en balance (1) l'importance de la divulgation pour l'administration de la justice et (2) l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source du journaliste. Cet exercice de mise en balance s'effectuera en fonction du contexte, compte tenu de la demande de divulgation particulière en cause. Il incombera à la partie qui invoque le privilège de démontrer que l'intérêt à préserver la confidentialité de la source du journaliste l'emporte sur l'intérêt public à la divulgation, que la loi impose normalement.

[66] À cette étape de l'analyse, lorsque le privilège est invoqué dans le contexte d'une instance civile, il faut tenir compte notamment des facteurs suivants : le caractère essentiel de la question dans le cadre du litige, l'étape de l'instance, ensuite si le journaliste est partie à l'instance et, ce qui est le plus important peut-être, si les renseignements peuvent être obtenus par un autre moyen. Je le répète, cette liste n'est pas exhaustive. J'examinerai maintenant si le privilège peut être établi en l'espèce.

#### H. *Application du cadre d'analyse*

[67] Après avoir brièvement fait mention des quatre volets du test de Wigmore, le juge de Grandpré a rejeté la revendication du privilège du secret des sources des journalistes du *Globe and Mail*. Je reproduis intégralement les motifs qu'il a prononcés de vive voix sur cette question (d.a. (32975 et 33114), p. 13-14) :

M<sup>c</sup> MARK BANTEY :

Mais [. . .] donc, vous les rejetez seulement . . .

LA COUR :

Sur la base que c'est pertinent d'obtenir les réponses aux questions, peu importe le . . .

M<sup>c</sup> MARK BANTEY :

Peu importe le privilège.

LA COUR :

. . . le privilège qui est invoqué par le témoin. D'accord? Alors, j'ai fait vite, vite, vite l'analyse des quatre (4) critères de . . .

SYLVAIN LUSSIER:

*Wigmore.*

THE COURT:

... from *Wigmore*, and I conclude that, in the circumstances, it would be preferable that the evidence be entered in the record. Is that all right? [Emphasis added.]

[68] I agree with the *Globe and Mail* that de Grandpré J. erred in concluding, [TRANSLATION] “very quickly”, that it was “preferable” to compel Mr. Leblanc’s answers on cross-examination. Mr. Leblanc was entitled to have the questions put to him challenged for relevancy, and his claim for privilege rigorously tested against the *Wigmore* criteria, rather than having his claims left to the simple determination that it would be “preferable” that the questions be answered (*St. Elizabeth Home Society*, at paras. 38 and 52). In particular, if de Grandpré J. concluded that the first three factors favoured disclosure, he was then required to ask whether, on balance, the public interest in maintaining journalist-source confidentiality outweighed the importance of disclosure to the administration of justice.

[69] In the present case, it appears that the public interest in confidentiality would be based largely on the degree to which specific questions would tend to reveal the identity of MaChouette. It therefore follows that Mr. Leblanc could not refuse to answer a question that could materially advance Groupe Polygone’s prescription defence, but which could not threaten the identity of MaChouette. Accordingly, evidence as to the likelihood that an answer to a particular question would tend to reveal MaChouette’s identity would be of assistance. Only where there would be a real risk that Mr. Leblanc’s answer would disclose MaChouette’s identity, should the judge ask himself whether, after an assessment of the relevant considerations, the balance of interests favours privilege over disclosure. For example, at the far end of the spectrum, if Mr. Leblanc’s answers were almost certain to identify MaChouette then, bearing in mind the high societal interest in investigative journalism, it might

M<sup>e</sup> SYLVAIN LUSSIER :

*Wigmore.*

LA COUR :

... de *Wigmore* puis j’en viens à la conclusion que, dans les circonstances, c’est préférable que la preuve entre dans le dossier. Ça va? [Je souligne.]

[68] Je conviens avec le *Globe and Mail* que le juge de Grandpré a commis une erreur en concluant, « vite, vite, vite », qu’il était « préférable » d’obliger M. Leblanc à répondre aux questions posées en contre-interrogatoire. M. Leblanc avait le droit de contester la pertinence des questions qu’on lui avait posées, et le juge de Grandpré aurait dû examiner rigoureusement sa revendication du privilège en fonction du test de *Wigmore* plutôt que de simplement décider qu’il serait « préférable » que le journaliste réponde aux questions (*St. Elizabeth Home Society*, par. 38 et 52). Plus particulièrement, si le juge de Grandpré avait conclu que les trois premiers facteurs favorisaient la divulgation, il aurait été tenu de se demander si, tout bien considéré, l’intérêt public à préserver la confidentialité de la source du journaliste l’emportait sur l’importance de la divulgation pour l’administration de la justice.

[69] En l’espèce, il semble que l’intérêt public à préserver la confidentialité de MaChouette soit largement fondé sur le risque de dévoilement de l’identité de celle-ci, que créeraient des réponses précises aux questions posées. Par conséquent, M. Leblanc ne pourrait refuser de répondre à une question capable d’étayer significativement la défense de prescription du Groupe Polygone et qui ne révélerait pas l’identité de MaChouette. Dans ce contexte, une preuve établissant la probabilité qu’une réponse à une question particulière puisse révéler l’identité de MaChouette serait utile. Ce n’est que dans le cas où la réponse de M. Leblanc risquerait réellement de divulguer l’identité de MaChouette que le juge devrait se demander, après avoir analysé les considérations pertinentes, si la balance des intérêts penche en faveur du privilège plutôt que de la divulgation. Par exemple, à cette extrémité du spectre où les réponses de M. Leblanc permettraient presque assurément d’identifier MaChouette, le

be that he could only be compelled to speak if his response was vital to the integrity of the administration of justice. Ultimately, these matters will be for the judge to determine, but he must consider them.

[70] I would therefore allow the appeal, with costs throughout, and quash the decision of the Superior Court. Given that neither party was permitted to make submissions or tender evidence on the issue of journalist-source privilege, particularly with respect to the balancing of interests at the fourth stage, I would remit the matter to the Superior Court for a consideration of Mr. Leblanc's claim, in accordance with these reasons.

#### IV. The Publication Ban (33097)

##### A. *Overview*

[71] During the course of the discontinuance proceedings incidental to the revocation motion, counsel for Groupe Polygone provided de Grandpré J. with a copy of an article written by Mr. Leblanc and published by the *Globe and Mail* on October 21, 2008, entitled "Sponsorship firm moves to settle with Ottawa". Counsel for Groupe Polygone then proceeded with the following complaint, in respect of the breach of confidentiality with respect to the negotiations between his client and the federal government (reproduced in *Globe and Mail v. Canada (Procureur général)*, 2008 QCCA 2516 (CanLII), at para. 9, per Bich J.A.):

[TRANSLATION] Not only do I not have the right to defend myself, but now I also have a problem even negotiating because, as you and I both know, when . . . the very principle of confidentiality of negotiations, it's to allow parties to discuss things freely, say things to each other that they would not say in public, to explain their positions, which they would not necessarily state in public. And that is also why mediation is strictly confidential, and why agreements to that effect must be signed.

juge, gardant à l'esprit que le public a un intérêt élevé dans le journalisme d'enquête, ne pourrait l'obliger à témoigner que si sa réponse s'avérait essentielle à l'intégrité de l'administration de la justice. En dernière analyse, ces questions devront être réglées par le juge, mais il doit les examiner auparavant.

[70] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens dans toutes les cours, et d'annuler la décision de la Cour supérieure. Puisqu'aucune des parties n'a été autorisée à présenter des observations ou des éléments de preuve sur la question du privilège du secret des sources des journalistes, particulièrement au sujet de la mise en balance des intérêts à la quatrième étape du test, je renverrais l'affaire à la Cour supérieure pour qu'elle procède à un nouvel examen de la revendication de M. Leblanc, conformément aux présents motifs.

#### IV. L'ordonnance de non-publication (33097)

##### A. *Aperçu*

[71] À l'occasion de la requête en rétractation, l'avocat du Groupe Polygone a remis au juge de Grandpré une copie d'un article écrit par M. Leblanc, publié par le *Globe and Mail* le 21 octobre 2008 et intitulé : « *Sponsorship firm moves to settle with Ottawa* » (Une société de commandites négocie un règlement avec Ottawa). L'avocat du Groupe Polygone s'est alors plaint de la publication de cet article qui portait atteinte à la confidentialité des négociations entre son client et le gouvernement fédéral (ses propos sont reproduits au par. 9 de la décision *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2008 QCCA 2516 (CanLII), la juge Bich) :

Non seulement je n'ai pas le droit de me défendre, mais maintenant, j'ai un problème même à négocier, parce que vous savez comme moi que lorsque des [. . .] le principe même de la confidentialité des négociations, c'est pour permettre aux parties de discuter librement, de se dire des choses qu'elles ne diraient pas en public, de se raconter leurs positions, qu'elles n'émettraient pas nécessairement en public. C'est pour ça, d'ailleurs, que la médiation est absolument confidentielle et qu'on doit signer des ententes à cet effet-là.

So I can't defend myself, and I can no longer negotiate because Mr. Leblanc still has a source in the government who is leaking information whose truth I can neither confirm nor deny, but, you know, we don't even have the right to put it before a judge. The trial judge shouldn't even see it. In your case, it's a bit different, you aren't the trial judge.

But can you see the sort of prejudice – and this is something I must bring to your attention – the sort of prejudice that my client has to suffer in the circumstances? At some point, we have to put our foot down and draw the line. To what extent can journalist-source privilege, when anonymous sources are quoted, prevent parties from defending themselves, throwing a wrench in the works when they try to negotiate? How far can it go before it tears the basic fabric of the proper administration of justice?

And I think I have a serious problem with what's happening here, especially with the way my colleague's client is exercising its right to journalist-source privilege. It's doing so in such a way as to trample on my client's rights, whether the right to defend itself or the right to negotiate in confidence.

[72] Counsel for Groupe Polygone made no specific request, and appeared content at this point simply to voice his obvious frustration. Counsel for the Globe and Mail offered no response, and the discontinuance proceedings proceeded accordingly. At its conclusion, de Grandpré J. made the following order, which included a complete publication ban on all proceedings then pending before the court (A.R. (33097), at p. 55):

[TRANSLATION] So, although I am most reluctant to let cases be managed through procedural wrangling, I'm going to let you go across the street. And as for Mr. Leblanc, I'm going to prohibit you from publishing anything whatsoever regarding the proceedings pending before the Court.

[73] The order was made without notice, without an application, and without the benefit of formal submissions from either party. Moreover, de Grandpré J. insisted that it was not a publication ban. Both the fact of the order and its characterization were met with understandable surprise by counsel for the Globe and Mail. The transcript

Alors, je ne peux plus me défendre puis je ne peux plus négocier, parce que monsieur Leblanc a encore une source au gouvernement qui coule de l'information dont je ne peux pas ni confirmer ni infirmer la véracité, mais, vous savez, on n'a même pas le droit de mettre ça devant un juge. Le juge du procès ne devrait même pas voir ça. Dans votre cas, c'est un peu différent, vous n'êtes pas le juge du procès.

Mais voyez-vous le genre de préjudice – puis ça, j'ai le mandat de porter ça à votre attention – le genre de préjudice que ma cliente subit dans les circonstances? À un moment donné, il va falloir qu'on mette notre pied à terre puis qu'on tire la ligne. Jusqu'où le privilège journalistique citant des sources anonymes peut-il empêcher une partie de se défendre, lui mettre des bâtons dans les roues quand elle cherche à négocier? Jusqu'à quel point est-ce que ça, ça ne détruit par la fibre fondamentale, de la bonne administration de la justice?

Et je pense que j'ai un sérieux problème avec la façon dont se déroulent les événements ici et surtout la façon dont la cliente de mon confrère exerce son droit au privilège journalistique. Elle le fait de façon à détruire les droits de ma cliente, que ce soit le droit de se défendre, le droit de négocier de façon confidentielle.

[72] Toutefois, l'avocat du Groupe Polygone n'a présenté aucune demande précise, semblant à ce stade se contenter de manifester un mécontentement évident. L'avocat du *Globe and Mail* n'a pas répondu aux propos de son confrère, et l'audience sur le désistement a donc été entendue. Au terme de l'audience sur cette requête, le juge de Grandpré a prononcé une ordonnance de non-publication complète visant toutes les procédures alors en suspens devant le tribunal (d.a. (33097), p. 55) :

Alors, malgré toute la réticence que j'ai à voir que les dossiers se gèrent à coups de procédures, je vais vous permettre de traverser l'autre côté de la rue. Et, quant à monsieur Leblanc, je vais vous interdire de publier quoi que ce soit en rapport avec les procédures qui sont pendantes devant le tribunal.

[73] L'ordonnance a été rendue sans préavis et sans que les parties ne la demandent ni n'aient l'occasion de présenter des observations en bonne et due forme à cet égard. De plus, le juge de Grandpré a affirmé avec insistance qu'il ne s'agissait pas d'une ordonnance de non-publication. L'avocat du *Globe and Mail* a eu raison de se sentir pris par

reveals the following exchange (A.R. (33097), at pp. 55-56):

[TRANSLATION]

MARK BANTEY:

Then, Mr. Justice, before that, I'm going to have some submissions to make. That . . .

THE COURT:

No, no. That, I . . .

MARK BANTEY:

. . . you're issuing -- Mr. Justice, pardon me, with respect, you're issuing a publication ban. Before issuing a publication ban, you have to . . .

THE COURT:

It is not a publication ban.

MARK BANTEY:

Mr. Justice, before issuing a publication ban, you have to give us a chance to make submissions.

THE COURT:

What I don't want to hear and what I don't want to read in the newspapers is an article like the one that appeared in *The Globe and Mail* on October 21.

MARK BANTEY:

Mr. Leblanc has an absolute right to publish what he did, Mr. Justice.

THE COURT:

If he does it, he must do it in accordance with the strict letter of the law. In that regard, you'll inform me when the Court of Appeal has made its decision.

MARK BANTEY:

So, Mr. Justice, just to make sure I understand, you've issued a publication ban?

THE COURT:

Yes.

[74] By proceeding in this manner, in a case where there was no suggestion of urgency or delay inherent in hearing submissions that would prejudice either

surprise, tant par la nature de l'ordonnance que par la manière dont elle a été rendue. Voici la transcription de l'échange qui a alors eu lieu (d.a. (33097), p. 55-56) :

M<sup>e</sup> MARK BANTEY :

Alors, Monsieur le juge, avant de faire ça, j'aurai des représentations à faire. Ça . . .

LA COUR :

Non, non. Ça je . . .

M<sup>e</sup> MARK BANTEY :

. . . vous rendez -- là, Monsieur le juge, je m'excuse, avec respect, vous rendez une ordonnance de non-publication. Avant de rendre une ordonnance de non-publication, vous devez . . .

LA COUR :

C'est pas une ordonnance de non-publication.

M<sup>e</sup> MARK BANTEY :

Monsieur le juge, avant de rendre une ordonnance de non-publication, vous devez nous donner la chance de faire des représentations.

LA COUR :

Ce que je veux pas entendre et ce que je veux pas lire dans les journaux, c'est l'article comme celui qui a paru le 21 octobre dans le *Globe and Mail*.

M<sup>e</sup> MARK BANTEY :

Monsieur Leblanc a le droit absolu de publier ce qu'il a publié, Monsieur le juge.

LA COUR :

S'il le fait, il le fera avec toute la rigueur que la loi pourra lui imposer. Là-dessus, vous m'informerez quand la Cour d'appel aura décidé.

M<sup>e</sup> MARK BANTEY :

Alors, Monsieur le juge, juste pour ma compréhension, vous avez rendu une ordonnance de non-publication?

LA COUR :

Oui.

[74] En procédant ainsi, dans une affaire où rien ne suggérait qu'il y avait urgence ni que les parties subiraient un préjudice à cause des délais inhérents

party, de Grandpré J. violated one of the fundamental rules of the adversarial process: he denied the parties an opportunity to be heard before deciding an issue that affected their rights. In so concluding, I should not be taken as departing from *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, and *National Post*, where it was held that, in some cases, the question of journalist-source privilege may be determined without hearing from the media in advance of making the order. However, as I stated at the outset of these reasons, the *Globe and Mail*, which was representing Mr. Leblanc's interests, was already a party to these proceedings. The circumstances for the exemption from notice and hearing contemplated by *Toronto Star* and *National Post* are simply not present in this appeal.

[75] Given these circumstances, the fact that de Grandpré J. made the impugned order on his own motion and without having heard submissions from either party is sufficient to allow the appeal. While I recognize that art. 46 of the *C.C.P.* gives Superior Court judges the authority to make orders *ex proprio motu*, it is incumbent on the judge to do so to “safeguard the rights of the parties”. A publication ban, which by its very nature infringes the constitutional rights of the party against whom it is imposed, cannot, absent extraordinary circumstances not present here, be imposed *ex proprio motu*. However, because the question of the publication ban has yet to be considered on its merits, I will proceed with a complete analysis.

#### B. *Fundamental Questions Raised by This Appeal*

##### (1) The Importance of Confidentiality at the Pre-Trial Stage

[76] It is important to pause and reiterate here the importance placed, by both the judiciary and the

à la présentation de plaidoiries devant un tribunal, le juge de Grandpré a enfreint une des règles fondamentales du processus accusatoire : il a privé les parties de la possibilité de se faire entendre avant de trancher une question affectant leurs droits. En concluant ainsi, je ne voudrais pas que l'on pense que je me dissocie des arrêts *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, et *National Post*, où notre Cour a conclu que, dans certains cas, la question du privilège du secret des sources des journalistes peut être tranchée sans que le juge n'entende le journaliste avant de rendre son ordonnance. De toute manière, comme je l'ai noté au début des présents motifs, le *Globe and Mail*, qui représentait les intérêts de M. Leblanc, était déjà partie à l'instance. Les circonstances donnant lieu à l'exception aux exigences de préavis et d'audience prévues dans les arrêts *Toronto Star* et *National Post* ne se présentent tout simplement pas en l'espèce.

[75] Compte tenu des circonstances, le prononcé de l'ordonnance contestée par le juge de Grandpré, *ex proprio motu* sans avoir entendu les observations des parties, constitue un motif suffisant pour accueillir le pourvoi. Certes, je reconnais que l'art. 46 du *C.p.c.* confère aux juges de la Cour supérieure le pouvoir de rendre des ordonnances *ex proprio motu*. Il est toutefois nécessaire que ces dernières soient des « ordonnances de sauvegarde des droits des parties ». Une ordonnance de non-publication, dont la nature même violerait les droits constitutionnels de la partie à l'égard de laquelle elle est imposée, ne saurait, en l'absence de circonstances extraordinaires qui ne se présentaient pas en l'espèce, être imposée *ex proprio motu*. Toutefois, puisque la question de l'ordonnance de non-publication n'a pas encore été examinée sur le fond, j'en ferai une analyse complète.

#### B. *Questions fondamentales soulevées par le présent pourvoi*

##### (1) L'importance de la confidentialité à l'étape préparatoire au procès

[76] Il est important de s'arrêter et de réitérer ici l'importance accordée, tant par les tribunaux que

legislature, on confidentiality at the pre-trial stage, whether the proceedings are examinations for discovery, mediation or settlement negotiations. It is also important to note that the rationale animating the confidentiality undertaking in all of these contexts is the same.

[77] In *Lac d'Amiante*, this Court concluded that there was an implied undertaking of confidentiality concerning the evidence obtained or provided in examinations on discovery. This undertaking is meant to allow the parties to obtain as full a picture of the case as possible, without the fear that disclosure of the information will be harmful to their interests, privacy-related or otherwise:

It appears that the preferred approach is a far-reaching and liberal exploration that allows the parties to obtain as complete a picture of the case as possible. In return for this freedom to investigate, an implied obligation of confidentiality has emerged in the case law, even in cases where the communication is not the subject of a specific privilege. . . . The aim is to avoid a situation where a party is reluctant to disclose information out of fear that it will be used for other purposes. The aim of this procedure is also to preserve the individual's right to privacy.

. . . the purpose of the examination is to encourage the most complete disclosure of the information available, despite the privacy imperative. On the other hand, if a party is afraid that information will be made public as a result of an examination, that may be a disincentive to disclose documents or answer certain questions candidly, which would be contrary to the proper administration of justice and the objective of full disclosure of the evidence. [paras. 60 and 74]

It is difficult for the parties, at the examination on discovery stage, to assess the relevancy of the evidence, and the confidentiality undertaking helps to ensure that the parties will be full and frank in exercising their examination on discovery obligations.

[78] This same rationale applies in the context of pre-trial settlement negotiations and mediation. In

par le législateur, à la confidentialité durant les étapes de la procédure préparatoire au procès, qu'il s'agisse de l'interrogatoire préalable, de la médiation ou des négociations en vue d'un règlement. Il importe aussi de souligner que la raison d'être de l'engagement de confidentialité est la même pour toutes ces étapes.

[77] Dans *Lac d'Amiante*, la Cour a conclu qu'un engagement implicite de confidentialité s'appliquait à la preuve obtenue ou fournie lors des interrogatoires préalables. Cet engagement vise à permettre aux parties d'obtenir une vue aussi complète que possible du litige, sans craindre que la divulgation de ces renseignements porte préjudice notamment à leurs droits à la vie privée :

On semble privilégier une exploration étendue et libérale pour permettre aux parties d'obtenir une vue aussi complète que possible du litige. En contrepartie de cette liberté d'investigation est apparue en jurisprudence une obligation implicite de confidentialité, même dans les cas où la communication ne fait pas l'objet d'un privilège spécifique [. . .] On veut éviter qu'une partie hésite à dévoiler une information par crainte de l'usage accessoire qui en serait fait. Par cette procédure, on entend également préserver le droit des individus à la vie privée.

. . . [M]algré l'impératif de protection de la vie privée, à cette occasion, cette finalité de l'interrogatoire favorise le dévoilement le plus complet des informations disponibles. Par contre, lorsqu'une partie redoute que des informations soient rendues publiques à la suite d'un tel interrogatoire, cette situation peut l'inciter à ne pas dévoiler des documents ou à ne pas répondre franchement à certaines questions, au détriment de la bonne administration de la justice et de l'objectif de communication complète de la preuve. [par. 60 et 74]

À l'étape de l'interrogatoire préalable, il est difficile pour les parties d'évaluer la pertinence de la preuve. L'engagement de confidentialité favorise la communication franche et complète des renseignements dont elles disposent à cette étape de l'instance.

[78] Ce même facteur joue à l'égard des négociations en vue d'un règlement et de la médiation avant

*Kosko v. Bijimine*, 2006 QCCA 671 (CanLII), the Quebec Court of Appeal commented on the rationale animating confidentiality undertakings — similar to those in the context of examination on discovery — in the context of judicial mediation:

The protection of the confidentiality of these “settlement discussions” is the most concrete manifestation in the law of evidence of the importance that the courts assign to the settlement of disputes by the parties themselves. This protection takes the form of a rule of evidence or a common law privilege, according to which settlement talks are inadmissible in evidence.

The courts and commentators have unanimously recognized that, first, settlement talks would be impossible or at least ineffective without this protection and, second, that it is in the public interest and a matter of public order for the parties to a dispute to hold such discussions. [paras. 49-50]

[79] In Quebec, the *C.C.P.* provides a mechanism for settlement conferencing presided over by a judge of the Superior Court (art. 151.14). Article 151.16 provides that those conferences are meant to facilitate a dialogue, aimed at exploring mutually satisfactory solutions to the dispute, and are to be held in private. Article 151.21 more specifically provides that “[a]nything said or written during a settlement conference is confidential”. Similar rules exist in the common law provinces (*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-1(2) (offers to settle), r. 9-2(1) and (3) (settlement conferences); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 173 (compromise using court process); Saskatchewan, *The Queen’s Bench Rules*, r. 181(3) (offer to settle), r. 191(14) and (15) (judicial pre-trials); *Queen’s Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, r. 49.06(1) and (2) (offer to settle), r. 50.01(9) and (10) (judicial pre-trials); *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 24.1.14 (mandatory mediation), r. 49.06 (offer to settle), rr. 50.09 and 50.10 (judicial pre-trial); Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, r. 10.13(4)(a) (ordinary settlement), r. 10.14(4)(a) (judicial pre-trial), and r. 10.16).

l’instruction. Dans *Kosko c. Bijimine*, 2006 QCCA 671, [2006] R.J.Q. 1539, la Cour d’appel du Québec a formulé des observations sur la raison d’être des engagements de confidentialité — semblables à ceux pris dans le contexte d’un interrogatoire préalable — dans le contexte de la médiation :

La protection du caractère confidentiel de ces « échanges de règlement » est la manifestation la plus concrète, en droit de la preuve, de l’importance qu’accordent les tribunaux au règlement des différends par les parties elles-mêmes. Cette protection prend la forme d’une règle de preuve ou d’un privilège en common law, par lequel les pourparlers de règlement ne sont pas admissibles en preuve.

Les tribunaux et la doctrine reconnaissent unanimement, d’une part, que sans cette protection aucun pourparler de règlement ne serait possible ou à tout le moins efficace et, d’autre part, qu’il y va de l’intérêt et de l’ordre public que les parties à un litige puissent procéder à de telles discussions. [par. 49-50]

[79] Au Québec, le *C.p.c.* prévoit qu’un juge de la Cour supérieure peut présider une conférence de règlement à l’amiable (art. 151.14). L’article 151.16 indique que cette conférence vise à aider les parties à communiquer et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes, et qu’elle a lieu à huis clos. L’article 151.21 dispose plus précisément que « [t]out ce qui est dit ou écrit au cours de la conférence est confidentiel ». Des règles semblables s’appliquent dans les provinces de common law (*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-1(2) (offres de règlement), r. 9-2(1) et (3) (conférences en vue d’un règlement); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 173 (règlement avec intervention judiciaire); *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, r. 181(3) (offre de règlement), r. 191(14) et (15) (conférences préparatoires au procès); *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, r. 49.06(1) et (2) (offre de règlement), r. 50.01(9) et (10) (conférences préparatoires avec le juge); *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 24.1.14 (médiation obligatoire), r. 49.06 (offre de règlement), r. 50.09 et 50.10 (conférences préparatoires au procès); *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse, r. 10.13(4)(a) (règlement ordinaire), r. 10.14(4)(a) (conférence préparatoire au procès) et r. 10.16).

[80] Even in the absence of a legislated rule of procedure, the common law has long recognized that, in order to encourage parties to resolve their disputes through settlement negotiations, those negotiations must remain confidential. Indeed, the privilege dates back to at least the 1790s when, in *Waldrige v. Kennison* (1794), 1 Esp. 143, 170 E.R. 306, Lord Kenyon C.J. observed:

. . . any admission or confession made by the party respecting the subject matter of the action, obtained while a treaty was depending, under faith of it, and into which the party might have been led, by the confidence of a compromise taking place, could not be admitted to be given in evidence to his prejudice . . . .

This approach has translated into a rule of evidence, whereby the contents and substance of settlement negotiations are, should a dispute ultimately proceed to trial, inadmissible (*Histed v. Law Society of Manitoba*, 2005 MBCA 106, 195 Man. R. (2d) 224, at para. 44; *Canadian Broadcasting Corp. v. Paul*, 2001 FCA 93, 198 D.L.R. (4th) 633). In Quebec, the Court of Appeal in *Gesca* held recently that settlement negotiations held outside the framework provided by the *C.C.P.* — in other words those not presided over by a judicial mediator — similarly benefit from the protection of confidentiality (para. 47).

[81] Maintaining the confidentiality of settlement negotiations is a public policy goal of the utmost importance, and nothing in these reasons should be interpreted as derogating from that position. However, it must be noted that these confidentiality undertakings bind only the parties to settlement negotiations and their agents. Provided a journalist has not participated in the breach of confidentiality, a publication ban will only be appropriate in cases where the balancing test otherwise favours non-publication.

(2) Preliminary Questions and Legal Framework

[82] As a preliminary matter, I must address Groupe Polygone's submission that Mr. Leblanc,

[80] Même en l'absence d'une règle de procédure adoptée par voie législative, la common law a reconnu depuis longtemps que, pour inciter les parties à régler leurs différends au moyen de négociations en vue d'un règlement, celles-ci doivent demeurer confidentielles. En effet, ce privilège de confidentialité remonte au moins aux années 1790, lorsque le lord juge en chef Kenyon a affirmé dans *Waldrige c. Kennison* (1794), 1 Esp. 143, 170 E.R. 306 :

[TRADUCTION] . . . les confessions ou les aveux faits par une partie concernant l'objet du litige, obtenus en vue d'un règlement et sur la foi de celui-ci, et que cette partie a pu être amenée à faire sur la foi d'un compromis imminent, ne peuvent être admis en preuve contre elle . . . .

Les propos du juge sont à l'origine d'une règle de preuve suivant laquelle le contenu et l'essence des négociations en vue d'un règlement sont inadmissibles en preuve si l'affaire débouche sur un procès (*Histed c. Law Society of Manitoba*, 2005 MBCA 106, 195 Man. R. (2d) 224, par. 44; *Société Radio-Canada c. Paul*, 2001 CAF 93, [2001] A.C.F. n° 542 (QL)). Dans l'arrêt *Gesca*, la Cour d'appel du Québec a récemment conclu que les négociations en vue d'un règlement tenues en dehors du cadre législatif prévu par le *C.p.c.* — autrement dit, celles qui ne sont pas présidées par un juge qui agit à titre de médiateur — bénéficiaient également de la protection de la confidentialité (par. 47).

[81] La préservation de la confidentialité des négociations en vue d'un règlement constitue un objectif d'ordre public d'une importance capitale, et rien dans les présents motifs ne devrait être interprété comme dérogeant à ce principe. Toutefois, il convient de souligner que les engagements de confidentialité ne lient que les parties aux négociations en vue d'un règlement et leurs mandataires. À condition qu'un journaliste n'ait pas manqué à une promesse de confidentialité, une interdiction de publication ne se justifiera que dans les cas où le test de mise en balance favorise par ailleurs la non-publication.

(2) Questions préliminaires et cadre législatif

[82] Je dois d'abord me pencher sur la prétention de Groupe Polygone selon laquelle M. Leblanc

in publishing the content of the confidential settlement negotiations between itself and the federal government, committed a civil fault. Groupe Polygone relies on art. 36(2) of the *C.C.Q.*:

36. The following acts, in particular, may be considered as invasions of the privacy of a person:

. . .

(2) intentionally intercepting or using his private communications;

Groupe Polygone argues that the *Globe and Mail* and its journalist “interfered” with its privacy rights, and have therefore committed the civil wrong contemplated by art. 36(2). I cannot accept this submission.

[83] The wrong contemplated by art. 36(2) in this case was committed by the government source, whoever he or she may be, who provided Mr. Leblanc with the information that ultimately made its way into the article published on October 21, 2008. Nothing in the record suggests that Mr. Leblanc was anything other than a beneficiary of the source’s desire to breach confidentiality. There is no “interference”, as suggested by Groupe Polygone, on the part of Mr. Leblanc in the confidential negotiations and communications of the parties. No proof was made of any illegal acts on the part of the *Globe and Mail* or Mr. Leblanc leading to the discovery of the information. Groupe Polygone’s remedy, in terms of the commission of a civil fault, is more properly viewed as being against the source, or its negotiating partner more generally.

[84] Moreover, there are sound policy reasons for not automatically subjecting journalists to the legal constraints and obligations imposed on their sources. The fact of the matter is that, in order to bring to light stories of broader public importance, sources willing to act as whistleblowers and bring these stories forward may often be required to breach legal obligations in the process. History is riddled with examples. In my view, it would also be

aurait commis une faute civile en publiant le contenu des négociations confidentielles en vue d’un règlement engagées entre le Groupe et le gouvernement fédéral. Le Groupe Polygone s’appuie sur le par. 36(2) du *C.c.Q.* :

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d’une personne les actes suivants :

. . .

2° Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;

Le Groupe Polygone argumente que le *Globe and Mail* et son journaliste « ont porté atteinte » à ses droits à la vie privée et ont par conséquent commis la faute civile visée au par. 36(2). Je ne peux souscrire à cette prétention.

[83] En l’espèce, la source gouvernementale — quelle que soit l’identité de l’informateur — aurait commis le délit visé par le par. 36(2) lorsqu’elle a fourni à M. Leblanc les renseignements visés par l’article publié le 21 octobre 2008. Rien dans le dossier n’indique que M. Leblanc a fait autre chose que de profiter de la volonté de la source de communiquer des renseignements confidentiels. Contrairement à ce qu’affirme le Groupe Polygone, M. Leblanc n’a pas « porté atteinte » aux droits des parties que soit préservé le caractère confidentiel de leurs négociations et communications. Rien n’indique que les renseignements ont été obtenus par suite d’agissements illégaux de la part du *Globe and Mail* ou de M. Leblanc. Dans le cas de la commission d’une faute civile, un recours contre la source ou contre l’autre partie engagée dans la négociation paraîtrait plus approprié.

[84] De plus, de solides raisons de principe militent en faveur du rejet de l’assujettissement automatique des journalistes aux contraintes et obligations juridiques auxquelles leurs sources sont tenues. Force est de constater que, pour mettre au jour des nouvelles d’une grande importance pour le public, les sources désireuses de révéler ces informations doivent souvent violer des obligations juridiques. Les exemples abondent dans l’histoire. À mon sens,

a dramatic interference with the work and operations of the news media to require a journalist, at the risk of having a publication ban imposed, to ensure that the source is not providing the information in breach of any legal obligations. A journalist is under no obligation to act as legal adviser to his or her sources of information.

[85] Such a legal policy is consistent with what has come to be known as the U.S. “*Daily Mail* principle”. In *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979), the United States Supreme Court held that if a newspaper obtains truthful information about a matter of public importance, and does so in a lawful manner, then, absent a higher order public interest, the state cannot punish the publication of that information. This principle was extended, in *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001), to situations where the published information about an important public issue had been unlawfully intercepted, and where the press knew or ought to have known that the information had been intercepted by a third party, but had not participated in the interception. Justice Stevens, for the majority, held that “a stranger’s illegal conduct does not suffice to remove the First Amendment shield from speech about a matter of public concern” (p. 535).

[86] I must also address Groupe Polygone’s submission that de Grandpré J.’s order was not a publication ban and, therefore, the *Dagenais/Mentuck* framework is both inapplicable and inappropriate (see *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442). Groupe Polygone says that the remedy sought was a ceasing of a serious violation of privacy and reputation, caused by the media. I cannot accept this submission.

[87] De Grandpré J.’s order must be assessed for what it looks like, sounds like and in fact is: a court-ordered publication ban. As this Court held in *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2

le travail et les activités des médias seraient par ailleurs dramatiquement perturbés si on obligeait un journaliste, au risque de lui imposer une ordonnance de non-publication, à s’assurer que sa source ne viole aucune obligation juridique en lui fournissant des renseignements. Le journaliste n’est pas tenu d’agir comme conseiller juridique auprès de ses sources de renseignements.

[85] Cette règle est conforme à ce qu’on appelle aujourd’hui le « principe du *Daily Mail* » américain. Dans *Smith c. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979), la Cour suprême des États-Unis a conclu que si un journal obtient légalement des renseignements véridiques sur une question importante pour le public, en l’absence d’un intérêt public supérieur, l’État ne peut interdire la publication de ces renseignements. La portée de ce principe a été étendue dans *Bartnicki c. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001), aux situations où les renseignements publiés concernant une question importante pour le public avaient été interceptés illégalement et où la presse savait ou aurait dû savoir que les renseignements avaient été interceptés par un tiers, mais n’avait pas participé à l’interception. S’exprimant au nom de la majorité, le juge Stevens a conclu que [TRADUCTION] « la conduite illégale d’un étranger ne suffit pas à révoquer la protection du Premier amendement à l’égard d’un discours sur une question d’intérêt public » (p. 535).

[86] Je dois également examiner l’argument du Groupe Polygone selon lequel l’ordonnance du juge de Grandpré n’était pas une ordonnance de non-publication et que, par conséquent, le test de *Dagenais/Mentuck* était inapplicable et inopportun (voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442). Le Groupe Polygone affirme que l’ordonnance visait en fait à faire cesser une atteinte grave à sa vie privée et à sa réputation dont les médias portaient la responsabilité. Je ne peux souscrire à cette prétention.

[87] L’ordonnance du juge de Grandpré doit être évaluée en fonction de sa véritable nature : une ordonnance de non-publication. Comme notre Cour l’a conclu dans *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43,

S.C.R. 332, the *Dagenais/Mentuck* framework “is equally applicable to all discretionary actions by a trial judge to limit freedom of expression by the press during judicial proceedings” (para. 31). In my view, Groupe Polygone takes too narrow a view of “judicial proceedings”. The impugned order in this case was made in the context of discontinuance proceedings incidental to a revocation motion. While its target or substance — the content of the parties’ settlement negotiations — is indeed not a judicial proceeding, that is no matter. The order itself was made in the context of a judicial proceeding, and had the effect of infringing on the *Globe and Mail*’s and Mr. Leblanc’s respective s. 2(b) rights. The order was issued in a civil proceeding, is a publication ban and therefore engages s. 2(b) *Canadian Charter* rights.

[88] Groupe Polygone cites a number of trial level cases from across the country, which it says demonstrate that the *Dagenais/Mentuck* framework is both inappropriate and inapplicable in this context. Using *Dagenais/Mentuck* in this case, Groupe Polygone says, would be unprecedented. I disagree. All of the jurisprudence cited by Groupe Polygone is distinguishable on the basis of having been decided before the release of *Dagenais (Peat Marwick Thorne v. Canadian Broadcasting Corp.)* (1991), 5 O.R. (3d) 747 (Gen. Div.); *Amherst (Town) v. Canadian Broadcasting Corp.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 277 (C.A.); the nature of the legal issue (*Canada (Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board) v. Canadian Press*, [2000] N.S.J. No. 139 (QL) (S.C.): the media breached a statutory confidentiality obligation, and challenged the constitutionality of the provision itself); or the facts (*Calgary Regional Health Authority v. United Western Communications Ltd.*, 1999 ABQB 516, 75 Alta. L.R. (3d) 326: the media were in physical possession of confidential hospital records, of which the hospital sought the return, and the case involved the safety and security concerns of doctors who performed abortions). *K. v. K. (E.)*, 2004 ABQB 847, 37 Alta. L.R. (4th) 118,

[2004] 2 R.C.S. 332, le test de *Dagenais/Mentuck* « s’applique également chaque fois qu’un juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d’expression de la presse durant les procédures judiciaires » (par. 31). De plus, à mon avis, le Groupe Polygone interprète trop restrictivement les « procédures judiciaires ». L’ordonnance contestée en l’espèce a été prononcée dans le contexte du débat sur le désistement relatif à la requête en rétractation. Le fait que son objet ou son essence — le contenu des négociations en vue d’un règlement entre les parties — ne soit effectivement pas une procédure judiciaire reste sans importance. L’ordonnance elle-même a été prononcée dans le contexte d’une procédure judiciaire et a porté atteinte aux droits respectifs du *Globe and Mail* et de M. Leblanc que leur garantit l’al. 2b). L’ordonnance, rendue dans une instance civile, constitue alors une ordonnance de non-publication et, par conséquent, met en jeu les droits garantis par l’al. 2b) de la *Charte canadienne*.

[88] Le Groupe Polygone cite diverses décisions de première instance rendues un peu partout dans notre pays. Selon lui, ces décisions démontrent que le test de *Dagenais/Mentuck* est inopportun et inapplicable en l’espèce. Il affirme que l’application de ce test en l’espèce n’aurait aucun précédent. Je ne suis pas d’accord. Il est possible d’établir une distinction entre le présent dossier et toutes les décisions citées par le Groupe Polygone puisqu’elles ont été rendues avant la publication de l’arrêt *Dagenais (Peat Marwick Thorne c. Canadian Broadcasting Corp.)* (1991), 5 O.R. (3d) 747 (Div. gén.); *Amherst (Town) c. Canadian Broadcasting Corp.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 277 (C.A.); puisque la nature de la question en litige différerait (*Canada (Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board) c. Canadian Press*, [2000] N.S.J. No. 139 (QL) (C.S.) : parce que les médias ont enfreint une obligation de confidentialité imposée par la loi et ont contesté la constitutionnalité de la disposition même); puisque les faits sont différents (*Calgary Regional Health Authority c. United Western Communications Ltd.*, 1999 ABQB 516, 75 Alta. L.R. (3d) 326 : parce que les médias étaient en possession physique de dossiers médicaux confidentiels que l’hôpital désirait avoir, et

involved the review of a previously ordered publication ban, and did in fact analyse the issue by way of the *Dagenais/Mentuck* framework.

[89] De Grandpré J.'s order was a discretionary one, made pursuant to his authority under art. 46 of the *C.C.P.*, and had the effect of limiting the s. 2(b) rights of Mr. Leblanc and the *Globe and Mail*. He therefore erred in not applying the *Dagenais/Mentuck* framework prior to making the order.

(3) Application of the *Dagenais/Mentuck* Framework

[90] I now move on to a consideration of the *Dagenais/Mentuck* framework:

- (a) Is the order necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk?
- (b) Do the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the right to free expression and the efficacy of the administration of justice?

I will assess each of these elements in turn.

[91] The article that prompted de Grandpré J. to order the publication ban was published on October 21, 2008. However, on August 27, 2008, lawyers for Groupe Polygone filed with the Registrar of the Quebec Superior Court a motion requesting a change in the trial dates. The trial between Groupe Polygone and the Attorney General had originally been set to run between September and December 2008. The principal reason given for the requested postponement was that the parties wanted to attempt

le litige portait sur la sécurité de médecins pratiquant l'avortement et sur les préoccupations quant à leur sécurité). Enfin, l'arrêt *K. c. K. (E.)*, 2004 ABQB 847, 37 Alta. L.R. (4th) 118, visait l'examen d'une ordonnance de non-publication déjà rendue et, en fait, le juge a analysé la question en appliquant le cadre d'analyse établi par *Dagenais/Mentuck*.

[89] L'ordonnance du juge de Grandpré était discrétionnaire, et il l'a prononcée en vertu du pouvoir que lui confère l'art. 46 du *C.p.c.* Elle a eu pour effet de limiter les droits de M. Leblanc et du *Globe and Mail* que leur garantit l'al. 2b). Par conséquent, le juge de Grandpré a commis une erreur en n'appliquant pas le test de *Dagenais/Mentuck* avant de prononcer l'ordonnance.

(3) Application du test de *Dagenais/Mentuck*

[90] J'examinerai maintenant le test de *Dagenais/Mentuck* :

- a) L'ordonnance est-elle nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque?
- b) Les effets bénéfiques de l'ordonnance de non-publication sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment sur le droit à la libre expression et sur l'efficacité de l'administration de la justice?

J'examinerai chacun de ces éléments à tour de rôle.

[91] L'article à l'origine de l'ordonnance de non-publication prononcée par le juge de Grandpré a été publié le 21 octobre 2008. Or, le 27 août 2008, les avocats du Groupe Polygone ont déposé auprès du greffier de la Cour supérieure du Québec une requête sollicitant la modification des dates du procès. Le procès entre le Groupe Polygone et le procureur général devait initialement se dérouler entre septembre et décembre 2008. Cette requête a été présentée principalement parce que

settlement negotiations. It was anticipated that the negotiations would be long and complex, and therefore not likely to be completed before September 2008. The motion was granted on October 14, 2008, by Wery A.C.J., [TRANSLATION] “[f]or the reasons set out in the motion”. Therefore, when the impugned article was published on October 21, 2008, the *fact* that Groupe Polygone and the Attorney General were engaged in settlement negotiations was already a matter of public record, by virtue of the public court file. It is only the contents of those negotiations — the amount being discussed and the federal government’s position with respect to it — that could be said to be confidential. Furthermore, the Attorney General has authorized disclosure, by virtue of publication on the Public Works and Government Services Canada website, of the full terms of any settlement that it reaches in Sponsorship Scandal-related litigation.

[92] Groupe Polygone also argues that its reputation has been irreparably harmed in the eyes of the public, who will interpret Groupe Polygone’s willingness to engage in settlement negotiations as an admission of fault or liability. Again, this submission cannot be supported by the record. Firstly, Groupe Polygone offers no evidence of this specific harm. Secondly, and more importantly, the fact that the parties intended to pursue settlement negotiations was already a matter of public record, by virtue of Groupe Polygone’s own motion in the Superior Court to postpone the trial dates.

[93] I am not prepared to accept Groupe Polygone’s bald assertions, without more, that its ability to negotiate a settlement with the federal government has been irreparably harmed. That it is now in the public domain that the parties are attempting to negotiate a settlement cannot affect the discussions between the parties themselves. Moreover, as I indicated above, at the time when Mr. Leblanc’s article was published, the fact that the parties were engaged in settlement negotiations was already a matter of public record, because it was the reason given by Groupe Polygone as the basis for a request

les parties voulaient tenter de négocier un règlement. Il était prévu que les négociations seraient longues et complexes et qu’elles ne seraient probablement pas terminées avant septembre 2008. La requête a été accueillie le 14 octobre 2008 par le juge en chef adjoint Wery, « [p]our les motifs contenus à la requête ». Par conséquent, lorsque l’article contesté a été publié le 21 octobre 2008, le *fait* que le Groupe Polygone et le procureur général étaient en train de négocier un règlement était déjà connu du public, en raison du dossier public de la cour. Seule la teneur de ces négociations — soit la somme dont il était question ainsi que la position du gouvernement fédéral à l’égard de celle-ci — pouvait être considérée ecomme confidentielle. De plus, le procureur général avait autorisé la divulgation, puisque les modalités des règlements conclus dans les litiges visant le scandale des commandites étaient publiées sur le site Web de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada.

[92] Le Groupe Polygone prétend également que sa réputation a été irrémédiablement entachée aux yeux du public, qui interprétera son désir de négocier un règlement comme un aveu de faute ou de responsabilité. Là encore, la preuve au dossier ne supporte pas cette prétention. Tout d’abord, le Groupe Polygone n’a présenté aucune preuve de ce préjudice en particulier. Ensuite, et surtout, le fait que les parties avaient l’intention de négocier un règlement était déjà connu du public puisque le Groupe Polygone avait lui-même présenté une requête devant la Cour supérieure en vue d’ajourner le procès.

[93] Je ne suis pas disposé à accepter les simples affirmations du Groupe Polygone offertes, sans plus de détails ni de justification, voulant que la publication de l’article ait irrémédiablement nui à sa capacité de négocier un règlement avec le gouvernement fédéral. En effet, la divulgation du fait que les parties avaient entrepris des négociations en vue d’un règlement ne pouvait avoir d’incidence sur leurs échanges. De plus, comme je l’ai déjà souligné, les négociations en vue d’un règlement relevaient déjà du domaine public au moment de la publication de l’article de M. Leblanc, car

to postpone the trial dates. Groupe Polygone suspended its negotiations on its own initiative.

[94] Groupe Polygone has offered no tangible proof that its ability to effectively engage with the government has been irreparably harmed. Nor has it offered any evidence or proof of a serious risk to the administration of justice. Groupe Polygone's failure to do so is not surprising, given that it did not specifically apply for the ban imposed by de Grandpré J. But even if the parties did not ask for the production of evidence and did not apply for a remand of the case to the motion judge, the positions of both the *Globe and Mail* and Groupe Polygone with respect to the propriety of the ban were prejudiced by the manner in which de Grandpré J. chose to proceed. The conduct of the matter by de Grandpré J. deprived them of the opportunity, at the time, to make argument about the application of the *Dagenais/Mentuck* test.

[95] I note again that the breach of confidentiality in this case was made not by Mr. Leblanc, but by someone bound by the undertaking. Other avenues available to Groupe Polygone, which would not have any effect on freedom of the press, could have been directed against its negotiating partner, in the form of an injunction or an order for costs. Some other form of relief could also have been directed against the party directly responsible for the breach in this case, if its identity could be accurately established. Finally, the ban imposed by de Grandpré J. is, if nothing more, clearly overbroad. It is a blanket prohibition, and no indication was given as to when it would expire.

[96] Even if I were convinced that the publication ban was necessary to prevent a serious risk to the administration of justice, I would not be convinced that its salutary effects outweigh its deleterious effects. The salutary effects of the ban are, primarily, a cessation of the breach of Groupe Polygone's s. 5 *Quebec Charter* privacy rights and, indirectly,

le Groupe Polygone avait présenté une requête en ajournement du procès, en invoquant l'ouverture de ces négociations. Le Groupe Polygone a suspendu les négociations de sa propre initiative.

[94] Le Groupe Polygone n'a pas démontré que la publication de l'article a irréparablement compromis sa capacité de discuter avec le gouvernement. Il n'a pas non plus établi ou prouvé que la publication entraînait un risque sérieux pour l'administration de la justice. Son échec à cet égard n'est pas surprenant puisqu'il n'a pas spécifiquement demandé l'interdiction prononcée par le juge de Grandpré. Cela dit, même si les parties n'ont pas demandé à produire des éléments de preuve ni à ce que l'affaire soit renvoyée au juge des requêtes, la procédure suivie par le juge de Grandpré a nui aux positions tant du *Globe and Mail* que du Groupe Polygone au sujet de l'opportunité de l'interdiction. De fait, la façon dont le juge de Grandpré a mené l'affaire les a privés de la chance, à l'époque, de présenter leurs observations quant à l'application du test de *Dagenais/Mentuck*.

[95] Là encore, je souligne que le manquement à la confidentialité en l'espèce n'a pas été commis par M. Leblanc, mais bien par une personne liée par l'engagement. Le Groupe Polygone aurait pu intenter d'autres recours qui n'auraient eu aucune incidence sur la liberté de presse, par exemple contre son partenaire de négociation, par voie d'injonction, ou une demande d'attribution de dépens. Un autre recours aurait également pu être exercé contre la partie directement responsable du manquement en l'espèce, si son identité avait pu être correctement établie. Enfin, la portée de l'interdiction imposée par le juge de Grandpré est pour le moins clairement excessive. Il s'agit d'une interdiction générale, et rien n'indiquait à quel moment elle prendrait fin.

[96] Même si j'étais convaincu de la nécessité de l'ordonnance de non-publication pour écarter un risque sérieux pour l'administration de la justice, je ne serais pas pour autant persuadé que ses effets bénéfiques l'emporteraient sur ses effets préjudiciables. Les effets bénéfiques de l'ordonnance sont principalement les suivants : la cessation des atteintes

a breach of its right to negotiate a settlement confidentially. I say indirectly, of course, because the media are not the party responsible for the breach of confidentiality. However, I am not convinced that such a breach, in the circumstances of this case, led to a failure in the negotiations and can therefore justify a publication ban.

[97] On the other hand, the deleterious effects of the ban are serious. The *Globe and Mail* received information about settlement negotiations involving, as a party, the Government of Canada, which is seeking to recover a considerable amount of taxpayer money, on the basis of an alleged fraud against a government program. There is clearly an overarching public interest in the outcome of this dispute, and barring the *Globe and Mail* from publishing the information that it obtained in this regard would prevent the story from coming to light. In other words, upholding de Grandpré J.'s order would be to stifle the media's exercise of their constitutionally mandated role.

[98] While not in any way wanting to diminish the importance that this Court places on the confidentiality of settlement negotiations, I again emphasize that the confidentiality undertakings are a binding only on the parties to negotiation. The obligation does not, and cannot, extend to the media. Neither Mr. Leblanc nor the *Globe and Mail* did anything — illegal or otherwise — to obtain the information published in the article. Mr. Leblanc did not even have to make any requests in this regard. As discussed earlier in these reasons, I am reluctant to endorse a situation where the media or individual journalists are automatically prevented from publishing information supplied to them by a source who is in breach of his or her confidentiality obligations. This would place too onerous an obligation on the journalist to verify the legality of the source's information. It would also invite considerable interference by the courts in the workings of the media. Furthermore, such an approach ignores

au droit à la vie privée que lui garantit l'art. 5 de la *Charte québécoise* et, indirectement, à son droit de négocier un règlement en toute confidentialité. Bien entendu, j'écris indirectement parce que les médias ne sont pas la partie responsable du manquement à la confidentialité. Toutefois, je ne crois pas qu'un tel manquement, dans les circonstances de l'espèce, a nui aux négociations et peut par conséquent justifier une ordonnance de non-publication.

[97] En revanche, les effets préjudiciables de l'ordonnance sont graves. Le *Globe and Mail* a reçu des renseignements sur des négociations en vue d'un règlement visant, en tant que partie à cette instance, le gouvernement du Canada, qui cherche à recouvrer une importante somme d'argent appartenant aux contribuables, sur le fondement d'une fraude présumée contre un de ses programmes. Il ne fait aucun doute que le public possède un intérêt général à connaître l'issue du présent litige. Le fait d'empêcher le *Globe and Mail* de publier les renseignements qu'il a obtenus à cet égard empêcherait l'information d'être communiquée au public. Autrement dit, confirmer l'ordonnance du juge de Grandpré reviendrait à museler les journalistes dans l'exercice du rôle qui leur appartient, en vertu de la Constitution.

[98] Bien que je n'entende aucunement minimiser l'importance que la Cour accorde à la confidentialité des négociations en vue d'un règlement, je répète que les engagements de confidentialité lient uniquement les parties aux négociations. L'obligation ne s'applique pas, et ne peut s'appliquer, aux médias. Ni M. Leblanc ni le *Globe and Mail* n'ont fait quoi que ce soit — d'illégal ou non — pour obtenir les renseignements publiés dans l'article. M. Leblanc n'a même pas eu besoin de faire une demande à cet égard. Comme je l'ai indiqué plus tôt dans les présents motifs, je ne saurais accepter une situation où les médias et les journalistes seraient automatiquement empêchés de publier de l'information communiquée par une source, laquelle aurait violé des obligations de confidentialité. L'imposition d'une obligation de vérifier la légalité des renseignements fournis par leurs informateurs imposerait un fardeau trop lourd aux journalistes. Cette solution inciterait en outre les tribunaux à intervenir fréquemment

the fact that the breach of a legal duty on the part of a source is often the only way that important stories, in the public interest, are brought to light. Imposing a publication ban in this case would be contrary to all these interests.

[99] As we have seen, on the factual record before us, the ban was not necessary to prevent a serious risk to the proper administration of justice. Moreover, the salutary effects of the publication ban imposed in the court below do not outweigh its deleterious effects. I would thus allow the appeal and quash the publication ban imposed by de Grandpré J.

[100] For all these reasons, the *Globe and Mail's* appeal is allowed, with costs throughout, and the order prohibiting the publication of anything relating to the settlement negotiations between the parties is quashed, with costs throughout.

#### V. The Discontinuance Proceedings (32975)

[101] Given the appellant's success in the other two appeals, it is unnecessary to consider this issue. The appeal from the dismissal of the discontinuance proceeding is moot and is dismissed, without costs.

#### VI. Disposition

[102] For these reasons, the appeals with respect to the confidentiality of journalist sources (33114) and the publication ban (33097) are allowed, with costs throughout. The issue of journalist-source privilege is remitted to the Superior Court for consideration in light of these reasons. The order prohibiting the publication of information relating to the settlement negotiations is quashed. The appeal concerning the discontinuance proceeding (32975) is dismissed as moot, without costs.

dans le travail des médias et ne tiendrait pas compte du fait que pour rendre publiques des informations importantes, les sources ne peuvent souvent le faire sans enfreindre une obligation juridique de confidentialité. Imposer une ordonnance de non-publication en l'espèce ne tiendrait aucun compte de tous ces intérêts.

[99] Comme nous l'avons vu, en raison du dossier factuel dont nous sommes saisis, l'ordonnance n'était pas nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice. En outre, les effets bénéfiques de l'ordonnance de non-publication rendue par le tribunal inférieur ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance de non-publication rendue par le juge de Grandpré.

[100] Pour tous ces motifs, le pourvoi du *Globe and Mail* est accueilli, avec dépens dans toutes les cours, et l'ordonnance interdisant la publication de tout renseignement relatif aux négociations en vue d'un règlement entre les parties est annulée, avec dépens dans toutes les cours.

#### V. La procédure en désistement (32975)

[101] Comme l'appelant a eu gain de cause dans les deux autres pourvois, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question. Le pourvoi à l'encontre de la décision de rejeter la procédure en désistement est théorique et est rejeté, sans dépens.

#### VI. Dispositif

[102] Pour ces motifs, les pourvois concernant la confidentialité des sources des journalistes (33114) et l'ordonnance de non-publication (33097) sont accueillis, avec dépens dans toutes les cours. La question du privilège du secret des sources des journalistes est renvoyée à la Cour supérieure pour nouvel examen à la lumière des présents motifs. L'ordonnance interdisant la publication de tout renseignement relatif aux négociations en vue d'un règlement entre les parties est annulée. Le pourvoi concernant la requête en désistement (32975) est rejeté en raison de son caractère théorique, sans dépens.

*Appeals 33114 and 33097 allowed with costs. Appeal 32975 dismissed without costs.*

*Solicitors for the appellant: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Groupe Polygone Éditeurs inc.: Stikeman Elliott, Montréal.*

*Solicitors for the interveners Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, Astral Media Radio Inc., Groupe TVA inc., La Presse ltée, Médias Transcontinental inc., the Canadian Broadcasting Corporation, Gesca ltée and Joël-Denis Bellavance: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osgoode Hall Law School of York University, North York, Ontario.*

*Solicitors for the intervener Barreau du Québec: Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, Saint-Pierre, Québec.*

*Pourvois 33114 et 33097 accueillis avec dépens. Pourvoi 32975 rejeté sans dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé le Groupe Polygone Éditeurs inc. : Stikeman Elliott, Montréal.*

*Procureurs des intervenants la Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, Astral Media Radio Inc., le Groupe TVA inc., La Presse ltée, Médias Transcontinental Inc., Société Radio-Canada, Gesca ltée et Joël-Denis Bellavance : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osgoode Hall Law School of York University, North York, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, Saint-Pierre, Québec.*

**George William Allen** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ALLEN

2010 SCC 42

File No.: 33558.

2010: October 8; 2010: October 27.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Trial — Charge to jury — Adequacy of trial judge's instructions — Charge adequate — Jury instruction fair, balanced and accurate on matters of postoffence conduct.*

*Held:* The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt and Watson J.J.A. and Belzil J. (*ad hoc*)), 2009 ABCA 341, 15 Alta. L.R. (5th) 1, 464 A.R. 208, 467 W.A.C. 208, 249 C.C.C. (3d) 296, 71 C.R. (6th) 226, [2010] 2 W.W.R. 63, [2009] A.J. No. 1116 (QL), 2009 CarswellAlta 1780, upholding the accused's conviction. Appeal dismissed.

*Hersh Wolch, Q.C.*, for the appellant.

*David C. Marriott, Q.C.*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — Following his trial by judge and jury, George William Allen was convicted of first degree murder in respect of the death of Garry Joseph McGrath. He appealed his conviction, alleging error in the trial judge's instructions to the jury respecting the evidence of his post-offence conduct. More specifically, the appellant argued before the Court of Appeal of Alberta that it was legally objectionable and prejudicial for the jury to be told

**George William Allen** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. ALLEN

2010 CSC 42

N<sup>o</sup> du greffe : 33558.

2010 : 8 octobre; 2010 : 27 octobre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Caractère adéquat des directives du juge du procès — Directives adéquates — Exposé au jury équitable, mesuré et exact à l'égard des points relatifs au comportement postérieur à l'infraction.*

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Hunt et Watson et le juge Belzil (*ad hoc*)), 2009 ABCA 341, 15 Alta. L.R. (5th) 1, 464 A.R. 208, 467 W.A.C. 208, 249 C.C.C. (3d) 296, 71 C.R. (6th) 226, [2010] 2 W.W.R. 63, [2009] A.J. No. 1116 (QL), 2009 CarswellAlta 1780, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Hersh Wolch, c.r.*, pour l'appelant.

*David C. Marriott, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — À l'issue d'un procès devant juge et jury, George William Allen a été déclaré coupable de meurtre au premier degré relativement au décès de Garry Joseph McGrath. Il a porté en appel cette déclaration de culpabilité, invoquant une erreur dans les directives au jury de la juge de première instance concernant la preuve de son comportement postérieur à l'infraction. Plus précisément, l'appelant a soutenu devant la Cour d'appel

that they could consider whether his conduct after the offence was consistent with the existence of a pre-existing plan and intention to kill McGrath. Watson J.A., Belzil J. (*ad hoc*) concurring, rejected the appellant's argument and affirmed his conviction (2009 ABCA 341, 15 Alta. L.R. (5th) 1). Hunt J.A. dissented, holding that the trial judge failed to explain sufficiently to the jury the limited way in which the appellant's post-offence conduct might relate to the issue of planning and deliberation. Mr. Allen appeals to this Court as of right.

[2] We are not persuaded that the jury instructions, read as a whole and in the context of the issues at trial, contained any such error. As the majority in the Court of Appeal concluded, it is our view that the trial judge's "charge to the jury was fair, balanced and accurate on the challenged topics of post-offence conduct" (para. 93). The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

de l'Alberta qu'il était légalement inadmissible et préjudiciable de dire aux jurés qu'ils pouvaient se demander si son comportement postérieur à l'infraction était compatible ou non avec l'existence d'un plan préexistant et l'intention de tuer M. McGrath. Le juge Watson, à l'opinion duquel a souscrit le juge Belzil (*ad hoc*), a rejeté l'argument de l'appellant et confirmé la déclaration de culpabilité (2009 ABCA 341, 15 Alta. L.R. (5th) 1). Selon la juge Hunt, dissidente, la juge de première instance n'avait pas suffisamment expliqué au jury que le comportement de l'appellant postérieur à l'infraction ne pouvait être relié que d'une manière limitée à la question de la préméditation et du propos délibéré. M. Allen se pourvoit de plein droit devant la Cour.

[2] Nous ne sommes pas convaincus que, considérées dans leur intégralité et dans le contexte des questions faisant l'objet du procès, les directives au jury renfermaient une telle erreur. À l'instar de la majorité de la Cour d'appel, nous sommes d'avis que [TRADUCTION] « l'exposé [de la juge de première instance] au jury était équitable, mesuré et exact à l'égard des points contestés relatifs au comportement postérieur à l'infraction » (par. 93). Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant : Wolch, Hursh, deWit, Silverberg & Watts, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Rio Tinto Alcan Inc. and British Columbia  
Hydro and Power Authority** *Appellants*

v.

**Carrier Sekani Tribal Council** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General of Ontario, Attorney General  
of British Columbia, Attorney General  
of Alberta, British Columbia Utilities  
Commission, Mikisew Cree First Nation,  
Moosomin First Nation, Nunavut Tunngavik  
Inc., Nlaka'pamux Nation Tribal Council,  
Okanagan Nation Alliance, Upper Nicola  
Indian Band, Lakes Division of the  
Secwepemc Nation, Assembly of First Nations,  
Standing Buffalo Dakota First Nation, First  
Nations Summit, Duncan's First Nation,  
Horse Lake First Nation, Independent Power  
Producers Association of British Columbia,  
Enbridge Pipelines Inc. and TransCanada  
Keystone Pipeline GP Ltd.** *Interveners*

**INDEXED AS: RIO TINTO ALCAN INC. v. CARRIER  
SEKANI TRIBAL COUNCIL**

**2010 SCC 43**

File No.: 33132.

2010: May 21; 2010: October 28.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Honour of the Crown — Ab-  
original peoples — Aboriginal rights — Right to consul-  
tation — British Columbia authorized project altering  
timing and flow of water in area claimed by First Nations*

**Rio Tinto Alcan Inc. et British Columbia  
Hydro and Power Authority** *Appelantes*

c.

**Conseil tribal Carrier Sekani** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur  
général de l'Ontario, procureur général  
de la Colombie-Britannique, procureur  
général de l'Alberta, British Columbia  
Utilities Commission, Première nation crie  
Mikisew, Première nation de Moosomin,  
Nunavut Tunngavik Inc., Conseil tribal de  
la nation Nlaka'pamux, Alliance des nations  
de l'Okanagan, Bande indienne d'Upper  
Nicola, Division des Grands lacs de la nation  
Secwepemc, Assemblée des Premières  
Nations, Première nation Standing Buffalo  
Dakota, Sommet des Premières nations,  
Première nation Duncan's, Première nation  
de Horse Lake, Independent Power Producers  
Association of British Columbia, Enbridge  
Pipelines Inc. et TransCanada Keystone  
Pipeline GP Ltd.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : RIO TINTO ALCAN INC. c. CONSEIL  
TRIBAL CARRIER SEKANI**

**2010 CSC 43**

N° du greffe : 33132.

2010 : 21 mai; 2010 : 28 octobre.

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

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

*Droit constitutionnel — Honneur de la Couronne —  
Peuples autochtones — Droits ancestraux — Droit à la  
consultation — La Colombie-Britannique a autorisé la  
construction d'un ouvrage modifiant le débit d'un cours*

*without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Duty to consult arises when Crown knows of potential Aboriginal claim or right and contemplates conduct that may adversely affect it — Whether Commission reasonably declined to consider adequacy of consultation in context of assessing whether agreement is in public interest — Whether duty to consult arose — What constitutes "adverse effect" — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.*

*Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — British Columbia authorized project altering timing and flow of water in area claimed by First Nations without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Commission empowered to decide questions of law and to determine whether agreement is in public interest — Whether Commission had jurisdiction to discharge Crown's constitutional obligation to consult — Whether Commission had jurisdiction to consider adequacy of consultation — If so, whether it was required to consider adequacy of consultation in determining whether agreement is in public interest — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.*

In the 1950s, the government of British Columbia authorized the building of a dam and reservoir which altered the amount and timing of water flows in the Nechako River. The First Nations claim the Nechako Valley as their ancestral homeland, and the right to fish in the Nechako River, but, pursuant to the practice at the time, they were not consulted about the dam project.

Since 1961, excess power generated by the dam has been sold by Alcan to BC Hydro under Energy Purchase Agreements ("EPAs") which commit Alcan to supplying and BC Hydro to purchasing excess electricity. The government of British Columbia sought the

*d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydroélectricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — L'obligation de consulter naît lorsque la Couronne a connaissance de l'existence éventuelle d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet défavorable sur cette revendication ou ce droit — La Commission a-t-elle agi raisonnablement en refusant de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation alors qu'elle était appelée à déterminer si le contrat servait l'intérêt public? — L'obligation de consulter a-t-elle pris naissance? — Que faut-il entendre par « effet défavorable »? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.*

*Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — La Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un ouvrage modifiant le débit d'un cours d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydroélectricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — La Commission avait le pouvoir de trancher des questions de droit et de décider si un contrat était dans l'intérêt public — Avait-elle compétence pour s'acquitter de l'obligation de la Couronne de consulter? — Avait-elle le pouvoir de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation? — Dans l'affirmative, lui incombait-il de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation pour décider si le contrat servait l'intérêt public? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.*

Dans les années 1950, le gouvernement de la Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un barrage et d'un réservoir qui ont modifié les débits d'eau dans la rivière Nechako. Les Premières nations prétendent que la vallée de la Nechako fait partie de leurs terres ancestrales et elles revendiquent le droit de pêcher dans la rivière Nechako, mais comme ce n'était pas l'usage à l'époque, elles n'ont pas été consultées relativement au barrage projeté.

Depuis 1961, Alcan vend le surplus d'électricité du barrage à BC Hydro au moyen de contrats d'achat d'électricité (« CAÉ ») dans lesquels elle s'engage à vendre l'électricité excédentaire, et BC Hydro à l'acheter. Le gouvernement de la Colombie-Britannique a demandé

Commission's approval of the 2007 EPA. The First Nations asserted that the 2007 EPA should be subject to consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

The Commission accepted that it had the power to consider the adequacy of consultation with Aboriginal groups, but found that the consultation issue could not arise because the 2007 EPA would not adversely affect any Aboriginal interest. The British Columbia Court of Appeal reversed the Commission's orders and remitted the case to the Commission for evidence and argument on whether a duty to consult the First Nations exists and, if so, whether it had been met. Alcan and BC Hydro appealed.

*Held:* The appeal should be allowed and the decision of the British Columbia Utilities Commission approving the 2007 EPA should be confirmed.

The Commission did not act unreasonably in approving the 2007 EPA. Governments have a duty to consult with Aboriginal groups when making decisions which may adversely impact lands and resources to which Aboriginal peoples lay claim. The duty to consult is grounded in the honour of the Crown and is a corollary of the Crown's obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process. While the treaty claims process is ongoing, there is an implied duty to consult with Aboriginal claimants on matters that may adversely affect their treaty and Aboriginal rights, and to accommodate those interests in the spirit of reconciliation. The duty has both a legal and a constitutional character, and is prospective, fastening on rights yet to be proven. The nature of the duty and the remedy for its breach vary with the situation.

The duty to consult arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. This test can be broken down into three elements. First, the Crown must have real or constructive knowledge of a potential Aboriginal claim or right. While the existence of a potential claim is essential, proof that the claim will succeed is not. Second, there must be Crown conduct or a Crown decision. In accordance with the generous, purposive approach that must be brought to the duty to consult, the required decision or conduct is not confined to government exercise of statutory powers or to decisions or conduct which have an immediate impact

à la Commission d'approuver le CAÉ de 2007. Les Premières nations ont fait valoir que ce dernier devait faire l'objet d'une consultation suivant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La Commission a reconnu avoir le pouvoir d'examiner le caractère adéquat de la consultation des groupes autochtones, mais elle a conclu que la question de la consultation ne pouvait se poser étant donné que le CAÉ de 2007 n'allait pas avoir d'effet préjudiciable sur quelque intérêt autochtone. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé ses ordonnances et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle entende preuve et arguments sur la question de savoir s'il existait ou non une obligation de consulter les Premières nations et, dans l'affirmative, si elle avait été respectée. Alcan et BC Hydro ont interjeté appel.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli, et la décision de la British Columbia Utilities Commission approuvant le CAÉ de 2007 est confirmée.

La Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en approuvant le CAÉ de 2007. Un gouvernement a l'obligation de consulter les peuples autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les terres et les ressources revendiquées par eux. L'obligation de consulter s'origine de l'honneur de la Couronne et c'est un corollaire de celle d'arriver à un règlement équitable des revendications autochtones au terme du processus de négociation de traités. Lorsque ce processus est en cours, la Couronne a l'obligation tacite de consulter les demandeurs autochtones sur ce qui est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits issus de traités et leurs droits ancestraux, et de trouver des mesures d'accommodement dans un esprit de conciliation. L'obligation revêt un caractère à la fois juridique et constitutionnel. Elle est de nature prospective et prend appui sur des droits dont l'existence reste à prouver. La nature de l'obligation et le recours pour manquement à celle-ci varient en fonction de la situation.

L'obligation de consulter prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci. Cette condition comporte trois éléments. Premièrement, la Couronne doit avoir connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral. L'existence possible d'une revendication est essentielle, mais il n'est pas nécessaire de prouver que la revendication connaîtra une issue favorable. Deuxièmement, il doit y avoir une mesure ou une décision de la Couronne. Conformément à l'approche généreuse et téléologique que commande l'obligation de

on lands and resources. The duty to consult extends to “strategic, higher level decisions” that may have an impact on Aboriginal claims and rights. Third, there must be a possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right. The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, speculative impacts, and adverse effects on a First Nation’s future negotiating position will not suffice. Moreover, the duty to consult is confined to the adverse impacts flowing from the current government conduct or decision, not to larger adverse impacts of the project of which it is a part. Where the resource has long since been altered and the present government conduct or decision does not have any further impact on the resource, the issue is not consultation, but negotiation about compensation.

Tribunals are confined to the powers conferred on them by their constituent legislation, and the role of particular tribunals in relation to consultation depends on the duties and powers the legislature has conferred on them. The legislature may choose to delegate the duty to consult to a tribunal, and it may empower the tribunal to determine whether adequate consultation has taken place.

The power to engage in consultation itself, as distinct from the jurisdiction to determine whether a duty to consult exists, cannot be inferred from the mere power to consider questions of law. Consultation itself is not a question of law; it is a distinct, often complex, constitutional process and, in certain circumstances, a right involving facts, law, policy, and compromise. The tribunal seeking to engage in consultation must be expressly or impliedly empowered to do so and its enabling statute must give it the necessary remedial powers.

The duty to consult is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the legislature is incapable of dealing with a decision’s potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts. These remedies have proven time-consuming and expensive, are often ineffective, and serve the interest of no one.

consulter, cette mesure ou cette décision ne s’entend pas uniquement de l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi ni seulement d’une décision ou d’un acte qui a un effet immédiat sur des terres et des ressources. L’obligation de consulter naît aussi d’une « décision stratégique prise en haut lieu » qui est susceptible d’avoir un effet sur des revendications autochtones et des droits ancestraux. Troisièmement, il doit être possible que la mesure de la Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Le demandeur doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif antérieur, une simple répercussion hypothétique et un effet préjudiciable sur la position de négociation ultérieure d’une Première nation ne suffisent pas. Aussi, l’obligation de consulter ne vise que les effets préjudiciables de la mesure ou de la décision actuelle du gouvernement, à l’exclusion des effets préjudiciables globaux du projet dont elle fait partie. Lorsque la ressource est transformée depuis longtemps et que la mesure ou la décision actuelle du gouvernement n’a plus aucune incidence sur elle, il n’y a pas lieu de consulter, mais de négocier une indemnisation.

Un tribunal administratif doit s’en tenir à l’exercice des pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, et son rôle en ce qui a trait à la consultation tient à ses obligations et à ses attributions légales. Le législateur peut décider de déléguer à un tribunal administratif l’obligation de la Couronne de consulter, et il peut lui conférer le pouvoir de décider si une consultation adéquate a eu lieu.

Le pouvoir de consulter, qui est distinct du pouvoir de déterminer s’il existe une obligation de consulter, ne peut être inféré du simple pouvoir d’examiner des questions de droit. La consultation comme telle n’est pas une question de droit. Il s’agit d’un processus constitutionnel distinct, souvent complexe, et dans certaines circonstances, d’un droit mettant en jeu faits, droit, politique et compromis. Le tribunal administratif désireux d’entreprendre une consultation doit y être expressément ou tacitement autorisé, et sa loi habilitante doit lui conférer le pouvoir de réparation nécessaire.

L’obligation de consulter est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l’honneur de la Couronne. Elle doit être respectée. Si le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d’une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent alors s’adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue. L’expérience enseigne que la voie judiciaire est longue, coûteuse et souvent vaine et qu’elle ne sert l’intérêt de personne.

In this case, the Commission had the power to consider whether adequate consultation had taken place. The *Utilities Commission Act* empowered it to decide questions of law in the course of determining whether an EPA is in the public interest, which implied a power to decide constitutional issues properly before it. At the time, it also required the Commission to consider “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”, including the adequacy of consultation. This conclusion is not altered by the *Administrative Tribunals Act*, which provides that a tribunal does not have jurisdiction over any “constitutional question”, since the application for reconsideration does not fall within the narrow statutory definition of that term.

The Legislature did not delegate the Crown’s duty to consult to the Commission. The Commission’s power to consider questions of law and matters relevant to the public interest does not empower it to engage in consultation because consultation is a distinct constitutional process, not a question of law.

The Commission correctly accepted that it had the power to consider the adequacy of consultation with Aboriginal groups, and reasonably concluded that the consultation issue could not arise because the 2007 EPA would not adversely affect any Aboriginal interest. In this case, the Crown had knowledge of a potential Aboriginal claim or right and BC Hydro’s proposal to enter into an agreement to purchase electricity from Alcan is clearly proposed Crown conduct. However, the 2007 EPA would have neither physical impacts on the Nechako River or the fishery nor organizational, policy or managerial impacts that might adversely affect the claims or rights of the First Nations. The failure to consult on the initial project was an underlying infringement, and was not sufficient to trigger a duty to consult. Charged with the duty to act in accordance with the honour of Crown, BC Hydro’s representatives will nevertheless be required to take into account and consult as necessary with affected Aboriginal groups insofar as any decisions taken in the future have the potential to adversely affect them.

#### Cases Cited

**Followed:** *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC

En l’espèce, la Commission avait le pouvoir de déterminer si une consultation adéquate avait eu lieu. La *Utilities Commission Act* l’investissait du pouvoir de trancher des questions de droit aux fins de déterminer si un CAÉ servait l’intérêt public, ce qui emportait celui de trancher une question constitutionnelle dont elle était régulièrement saisie. Au moment considéré, elle exigeait également de la Commission qu’elle tienne compte de « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l’intérêt public », dont le caractère adéquat de la consultation. L’*Administrative Tribunals Act* ne modifie pas cette conclusion même si elle prévoit qu’un tribunal administratif n’a pas compétence à l’égard d’une « question constitutionnelle », car la demande de révision échappe à la définition restrictive de ce terme.

Le législateur n’a pas délégué à la Commission l’obligation de la Couronne de consulter. Le pouvoir de la Commission d’examiner les questions de droit et tout élément pertinent pour ce qui concerne l’intérêt public ne l’autorise pas à entreprendre la consultation, car celle-ci est un processus constitutionnel distinct, et non une question de droit.

La Commission a reconnu à juste titre avoir le pouvoir d’examiner le caractère adéquat de la consultation des groupes autochtones et elle a raisonnablement conclu que la question de la consultation ne pouvait se poser étant donné que le CAÉ de 2007 n’allait pas avoir d’effet préjudiciable sur quelque intérêt autochtone. Dans la présente affaire, la Couronne avait connaissance de l’existence possible d’une revendication autochtone ou d’un droit ancestral, et le projet de BC Hydro de conclure avec Alcan un contrat d’achat d’électricité constituait clairement une mesure projetée par la Couronne. Cependant, le CAÉ de 2007 n’allait pas avoir d’impact physique sur la rivière Nechako ou sur le poisson, ni entraîner de changements organisationnels, politiques ou de gestion susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations. L’omission de consulter relativement au projet initial constituait une atteinte sous-jacente et ne suffisait pas pour faire naître l’obligation de consulter. Vu leur obligation d’agir conformément à l’honneur de la Couronne, les représentants de BC Hydro devront néanmoins tenir compte des groupes autochtones touchés et les consulter au besoin lorsqu’une décision ultérieure sera susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur eux.

#### Jurisprudence

**Arrêt suivi :** *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation*

74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74; *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315; *Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110; *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, [2007] 1 C.N.L.R. 1, aff'd 2008 FCA 20, 35 C.E.L.R. (3d) 1; *An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203; *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

#### Statutes and Regulations Cited

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 1, 44(1), 58.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(12).  
*Constitution Act, 1982*, ss. 24, 35, 52.  
*Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68, s. 8.  
*Utilities Commission Act*, R.S.B.C. 1996, c. 473, ss. 2(4), 71, 79, 101(1), 105.

#### Authors Cited

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.  
 Slattery, Brian. "Aboriginal Rights and the Honour of the Crown" (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.  
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2010, release 4).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Huddart and Bauman J.J.A.), 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298, 266 B.C.A.C. 228, 449 W.A.C. 228, [2009] 2 C.N.L.R. 58, [2009] 4 W.W.R. 381, 76 R.P.R. (4th) 159, [2009] B.C.J. No. 259 (QL), 2009 CarswellBC 340, allowing an appeal from a decision of the British Columbia Utilities Commission, 2008 CarswellBC 1232, and remitting the consultation issue to the Commission. Appeal allowed; decision

*de projet*), 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Huu-Ay-Aht First Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74; *Wii'litswx c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315; *Klahoose First Nation c. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110; *Première nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354 (CanLII), conf. par 2008 CAF 20 (CanLII); *An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637; *R. c. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203; *R. c. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

#### Lois et règlements cités

*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 1, 44(1), 58.  
*Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 68, art. 8.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(12).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 24, 35, 52.  
*Utilities Commission Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 2(4), 71, 79, 101(1), 105.

#### Doctrine citée

Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon : Purich Publishing, 2009.  
 Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.  
 Woodward, Jack. *Native Law*, vol. 1. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2010, release 4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Huddart et Bauman), 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298, 266 B.C.A.C. 228, 449 W.A.C. 228, [2009] 2 C.N.L.R. 58, [2009] 4 W.W.R. 381, 76 R.P.R. (4th) 159, [2009] B.C.J. No. 259 (QL), 2009 CarswellBC 340, accueillant l'appel d'une décision de la British Columbia Utilities Commission, 2008 CarswellBC 1232, et renvoyant à la Commission la question de la consultation. Pourvoi accueilli; décision de la

of the British Columbia Utilities Commission approving 2007 EPA confirmed.

*Daniel A. Webster, Q.C., David W. Bursey and Ryan D. W. Dalziel*, for the appellant Rio Tinto Alcan Inc.

*Chris W. Sanderson, Q.C., Keith B. Bergner and Laura Bevan*, for the appellant the British Columbia Hydro and Power Authority.

*Gregory J. McDade, Q.C., and Maegen M. Giltrow*, for the respondent.

*Mitchell R. Taylor, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Malliha Wilson and Tamara D. Barclay*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Paul E. Yearwood*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Stephanie C. Latimer*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Gordon A. Fulton, Q.C.*, for the intervener the British Columbia Utilities Commission.

Written submissions only by *Robert C. Freedman and Rosanne M. Kyle*, for the intervener the Mikisew Cree First Nation.

Written submissions only by *Jeffrey R. W. Rath and Nathalie Whyte*, for the intervener the Moosomin First Nation.

*Richard Spaulding*, for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.

Written submissions only by *Timothy Howard and Bruce Stadfeld*, for the interveners the Nlaka'pamux Nation Tribal Council, the Okanagan Nation Alliance and the Upper Nicola Indian Band.

*Robert J. M. Janes*, for the intervener the Lakes Division of the Secwepemc Nation.

British Columbia Utilities Commission approuvant le CAÉ de 2007 confirmée.

*Daniel A. Webster, c.r., David W. Bursey et Ryan D. W. Dalziel*, pour l'appelante Rio Tinto Alcan Inc.

*Chris W. Sanderson, c.r., Keith B. Bergner et Laura Bevan*, pour l'appelante British Columbia Hydro and Power Authority.

*Gregory J. McDade, c.r., et Maegen M. Giltrow*, pour l'intimé.

*Mitchell R. Taylor, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Malliha Wilson et Tamara D. Barclay*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Paul E. Yearwood*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Stephanie C. Latimer*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Gordon A. Fulton, c.r.*, pour l'intervenante British Columbia Utilities Commission.

Argumentation écrite seulement par *Robert C. Freedman et Rosanne M. Kyle*, pour l'intervenante la Première nation crie Mikisew.

Argumentation écrite seulement par *Jeffrey R. W. Rath et Nathalie Whyte*, pour l'intervenante la Première nation de Moosomin.

*Richard Spaulding*, pour l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc.

Argumentation écrite seulement par *Timothy Howard et Bruce Stadfeld*, pour les intervenants le Conseil tribal de la nation Nlaka'pamux, l'Alliance des nations de l'Okanagan et la Bande indienne d'Upper Nicola.

*Robert J. M. Janes*, pour l'intervenante la Division des Grands lacs de la nation Secwepemc.

*Peter W. Hutchins* and *David Kalmakoff*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Written submissions only by *Mervin C. Phillips*, for the intervener the Standing Buffalo Dakota First Nation.

*Arthur C. Pape* and *Richard B. Salter*, for the intervener the First Nations Summit.

*Jay Nelson*, for the interveners the Duncan's First Nation and the Horse Lake First Nation.

*Roy W. Millen*, for the intervener the Independent Power Producers Association of British Columbia.

Written submissions only by *Harry C. G. Underwood*, for the intervener Enbridge Pipelines Inc.

Written submissions only by *C. Kemm Yates, Q.C.*, for the intervener the TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — In the 1950s, the government of British Columbia authorized the building of the Kenney Dam in Northwest British Columbia for the production of hydro power for the smelting of aluminum. The dam and reservoir altered the water flows to the Nechako River, which the Carrier Sekani Tribal Council (“CSTC”) First Nations have since time immemorial used for fishing and sustenance. This was done without consulting with the CSTC First Nations. Now, the government of British Columbia seeks approval of a contract for the sale of excess power from the dam to British Columbia Hydro and Power Authority (“BC Hydro”), a Crown corporation. The question is whether the British Columbia Utilities Commission (the “Commission”) is required to consider the issue of consultation with the CSTC First Nations in determining whether the sale is in the public interest.

*Peter W. Hutchins* et *David Kalmakoff*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Argumentation écrite seulement par *Mervin C. Phillips*, pour l'intervenante la Première nation Standing Buffalo Dakota.

*Arthur C. Pape* et *Richard B. Salter*, pour l'intervenant le Sommet des Premières nations.

*Jay Nelson*, pour les intervenantes la Première nation Duncan's et la Première nation de Horse Lake.

*Roy W. Millen*, pour l'intervenante Independent Power Producers Association of British Columbia.

Argumentation écrite seulement par *Harry C. G. Underwood*, pour l'intervenante Enbridge Pipelines Inc.

Argumentation écrite seulement par *C. Kemm Yates, c.r.*, pour l'intervenante TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Dans les années 1950, le gouvernement de la Colombie-Britannique a autorisé la construction du barrage Kenney dans le nord-ouest de la province en vue de la production d'électricité destinée à l'alimentation d'une aluminerie. Le barrage et le réservoir ont modifié les débits d'eau dans la rivière Nechako, dont les Premières nations du Conseil tribal Carrier Sekani (« CTCS ») tirent leur subsistance (notamment grâce à la pêche) depuis des temps immémoriaux. Ces Premières nations n'ont pas été consultées avant la construction du complexe. Le gouvernement de la Colombie-Britannique demande aujourd'hui l'approbation d'un contrat de vente des surplus d'électricité produits par le barrage à une société d'État, British Columbia Hydro and Power Authority (« BC Hydro »). La Cour doit déterminer si la British Columbia Utilities Commission (la « Commission ») est tenue de se pencher sur la question de la consultation des Premières nations du CTCS pour déterminer si la vente sert l'intérêt public.

[2] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, this Court affirmed that governments have a duty to consult with Aboriginal groups when making decisions which may adversely impact lands and resources to which Aboriginal peoples lay claim. In the intervening years, government-Aboriginal consultation has become an important part of the resource development process in British Columbia especially; much of the land and resources there are subject to land claims negotiations. This case raises the issues of what triggers a duty to consult, and the place of government tribunals in consultation and the review of consultation. I would allow the appeal, while affirming the duty of BC Hydro to consult the CSTC First Nations on future developments that may adversely affect their claims and rights.

## I. Background

### A. *The Facts*

[3] In the 1950s, Alcan (now Rio Tinto Alcan) dammed the Nechako River in northwestern British Columbia for the purposes of power development in connection with aluminum production. The project was one of huge magnitude. It diverted water from the Nechako River into the Nechako Reservoir, where a powerhouse was installed for the production of electricity. After passing through the turbines of the powerhouse, the water flowed to the Kemano River and on to the Pacific Ocean to the west. The dam affected the amount and timing of water flows into the Nechako River to the east, impacting fisheries on lands now claimed by the CSTC First Nations. Alcan effected these water diversions under Final Water Licence No. 102324 which gives Alcan use of the water on a permanent basis.

[4] Alcan, the Province of British Columbia, and Canada entered into a Settlement Agreement in

[2] Dans l'arrêt *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, la Cour affirme qu'un gouvernement a l'obligation de consulter les peuples autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les terres et les ressources revendiquées par eux. Depuis lors, la consultation des Autochtones par le gouvernement constitue un volet important du processus d'exploitation des ressources, spécialement en Colombie-Britannique où beaucoup de terres et de ressources font l'objet de revendications territoriales. Le pourvoi soulève les questions suivantes : d'où naît l'obligation de consulter et quel rôle joue un tribunal administratif dans la consultation et le contrôle de celle-ci? Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, tout en confirmant l'obligation de BC Hydro de consulter les Premières nations du CTCS sur les activités d'exploitation ultérieures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications et leurs droits.

## I. Contexte

### A. *Les faits*

[3] Dans les années 1950, Alcan (aujourd'hui Rio Tinto Alcan) a construit un barrage sur la rivière Nechako dans le nord-ouest de la Colombie-Britannique afin de produire de l'électricité destinée à la fabrication d'aluminium. Il s'agissait de travaux colossaux. L'eau de la rivière Nechako a été détournée dans le réservoir du même nom, où une centrale a été construite pour y produire de l'électricité. Après être passée dans les turbines de la centrale, l'eau se déversait ensuite dans la rivière Kemano, puis dans l'océan Pacifique à l'ouest. Le barrage a eu une incidence sur le débit de la rivière Nechako à l'est, ce qui a eu des répercussions sur les stocks de poissons dans les terres aujourd'hui revendiquées par les Premières nations du CTCS. Alcan a effectué ces dérivations d'eau conformément au permis d'exploitation hydraulique permanent n° 102324, qui lui accorde un droit perpétuel d'utilisation de l'eau.

[4] En 1987, Alcan, la province de la Colombie-Britannique et le Canada ont convenu de lâchers

1987 on the release of waters in order to protect fish stocks. Canada was involved because fisheries, whether seacoast-based or inland, fall within federal jurisdiction under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867*. The 1987 agreement directs the release of additional flows in July and August to protect migrating salmon. In addition, a protocol has been entered into between the Haisla Nation and Alcan which regulates water flows to protect eulachon spawning grounds.

[5] The electricity generated by the project has been used over the years primarily for aluminum smelting. Since 1961, however, Alcan has sold its excess power to BC Hydro, a Crown Corporation, for use in the local area and later for transmission to neighbouring communities. The Energy Purchase Agreement (“EPA”) entered into in 2007, which is the subject of this appeal is the latest in a series of power sales from Alcan to BC Hydro. It commits Alcan to supplying and BC Hydro to purchasing excess electricity from the Kemano site until 2034. The 2007 EPA establishes a Joint Operating Committee to advise the parties on the administration of the EPA and the operation of the reservoir.

[6] The CSTC First Nations claim the Nechako Valley as their ancestral homeland, and the right to fish in the Nechako River. As was the practice at the time, they were not consulted about the diversion of the river effected by the 1950s dam project. They assert, however, that the 2007 EPA for the power generated by the project should be subject to consultation. This, they say, is their constitutional right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, as defined in *Haida Nation*.

#### B. *The Commission Proceedings*

[7] The 2007 EPA was subject to review before the Commission. It was charged with determining whether the sale of electricity was in the public interest under s. 71 of the *Utilities Commission*

d'eau pour protéger les stocks de poissons. Le Canada était partie à l'accord, car les pêches, des côtes de la mer ou de l'intérieur, relèvent de la compétence fédérale suivant le par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'accord de 1987 prévoit des lâchers supplémentaires en juillet et en août afin de protéger le saumon anadrome. De plus, un protocole est intervenu entre la nation Haisla et Alcan pour régulariser les débits d'eau et protéger les frayères d'eulachons.

[5] Au fil des ans, l'électricité générée par la centrale a principalement servi à alimenter une aluminiumerie. Toutefois, depuis 1961, Alcan vend ses surplus d'électricité à une société d'État, BC Hydro. Ces surplus ont d'abord été consommés localement, puis acheminés vers des collectivités avoisinantes. Le contrat d'achat d'électricité (le « CAÉ ») conclu en 2007, qui fait l'objet du pourvoi, est le plus récent intervenu entre Alcan et BC Hydro. Alcan s'y engage à vendre l'électricité excédentaire produite par la centrale de Kemano, et BC Hydro à l'acheter, jusqu'en 2034. Le CAÉ de 2007 crée un comité conjoint d'exploitation appelé à conseiller les parties sur l'administration du contrat et l'exploitation du réservoir.

[6] Les Premières nations du CTCS prétendent que la vallée de la Nechako fait partie de leurs terres ancestrales et elles revendiquent le droit de pêcher dans la rivière Nechako. Comme ce n'était pas l'usage à l'époque, elles n'ont pas été consultées au sujet du détournement de la rivière occasionné par la construction du barrage dans les années 1950. Elles font toutefois valoir que le CAÉ de 2007 conclu relativement à l'énergie produite par ce barrage devrait faire l'objet d'une consultation. Selon elles, il s'agit d'un droit constitutionnel découlant de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, au sens où l'entend la Cour dans l'arrêt *Nation Haida*.

#### B. *Les procédures de la Commission*

[7] Le CAÉ de 2007 a été soumis à l'examen de la Commission, laquelle devait, en application de l'art. 71 de la *Utilities Commission Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 473, déterminer si la vente d'électricité

*Act*, R.S.B.C. 1996, c. 473. The Commission had the power to declare a contract for the sale of electricity unenforceable if it found that it was not in the public interest having regard to the quantity of energy to be supplied, the availability of supplies, the price and availability of any other form of energy, the price of the energy supplied to a public utility company, and “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”.

[8] The Commission began its work by holding two procedural conferences to determine, among other things, the “scope” of its hearing. “Scoping” is the process by which the Commission determines what “information it considers necessary to determine whether the contract is in the public interest” pursuant to s. 71(1)(b) of the *Utilities Commission Act*. The question of the role of First Nations in the proceedings arose at this stage. The CSTC was not party to the proceedings but the Haisla Nation was. The Haisla people submitted that the Province and BC Hydro “ha[d] failed to act on their legal obligation” to them, but refrained from asking the Commission “to assess the adequacy [of consultation] and accommodation afforded . . . on the 2007 EPA”: *Re: British Columbia Hydro & Power Authority Filing of Electricity Purchase Agreement with Alcan Inc. as an Energy Supply Contract Pursuant to Section 71*, British Columbia Utilities Commission, October 10, 2007 (the “Scoping Order”), unreported. The Commission’s Scoping Order therefore addressed the consultation issue as follows:

Evidence relevant to First Nations consultation may be relevant for the same purpose that the Commission often considers evidence of consultation with other stakeholders. Generally, insufficient evidence of consultation, including with First Nations is not determinative of matters before the Commission.

[9] On October 29, 2007, the CSTC requested late intervenor status on the issue of consultation on the basis that the Commission’s decision

était dans l’intérêt public. La Commission avait le pouvoir de déclarer inapplicable le contrat de vente d’électricité qui, selon elle, n’était pas dans l’intérêt public compte tenu de la quantité d’énergie fournie, de la disponibilité de l’approvisionnement, du prix et de la disponibilité de toute autre forme d’énergie, du prix de l’énergie fournie à une entreprise de services publics et de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l’intérêt public ».

[8] La Commission a entrepris ses travaux par la tenue de deux conférences de nature procédurale pour déterminer notamment le « cadre » de l’audience. Le « cadrage » est le processus par lequel la Commission détermine [TRADUCTION] « les données qu’elle estime nécessaires pour décider si le contrat est ou non dans l’intérêt public » en application de l’al. 71(1)b) de la *Utilities Commission Act*. C’est à cette étape qu’a été soulevée la question de la participation des Premières nations à l’audience. Le CTCS n’était pas partie à la procédure, contrairement à la Nation Haisla, qui soutenait que la province et BC Hydro [TRADUCTION] « avaient manqué à leur obligation légale envers elle », mais qui ne demandait pas à la Commission « de se prononcer sur le caractère adéquat [de la consultation] et des mesures d’accommodement prises [. . .] relativement au CAÉ de 2007 » : *Re: British Columbia Hydro & Power Authority Filing of Electricity Purchase Agreement with Alcan Inc. as an Energy Supply Contract Pursuant to Section 71*, British Columbia Utilities Commission, 10 octobre 2007 (l’« ordonnance sur le cadre de l’audience »), inédite. Dans son ordonnance, la Commission se prononce donc comme suit sur la question de la consultation :

[TRADUCTION] Les éléments de preuve se rapportant à la consultation des Premières nations peuvent être pertinents, et ce, pour les mêmes raisons que la Commission examine souvent la preuve de la consultation d’autres intéressés. De manière générale, une preuve de consultation insuffisante, notamment des Premières nations, n’est pas déterminante eu égard aux questions dont est saisie la Commission.

[9] Le 29 octobre 2007, le CTCS a tardivement demandé d’être constitué partie intervenante sur la question de la consultation au motif que la décision

might negatively impact Aboriginal rights and title which were the subject of its ongoing land claims. At the opening of the oral hearing on November 19, 2007, the CSTC applied for reconsideration of the Scoping Order and, in written submissions of November 20, 2007, it asked the Commission to include in the hearing's scope the issues of whether the duty to consult had been met, whether the proposed power sale under the 2007 EPA could constitute an infringement of Aboriginal rights and title in and of itself, and the related issue of the environmental impact of the 2007 EPA on the rights of the CSTC First Nations.

[10] The Commission established a two-stage process to consider the CSTC's application for reconsideration of the Scoping Order: an initial screening phase to determine whether there was a reasonable evidentiary basis for reconsideration, and a second phase to receive arguments on whether the rescoping application should be granted. At the first stage, the CSTC filed evidence, called witnesses and cross-examined the witnesses of BC Hydro and Alcan. The Commission confined the proceedings to the question of whether the 2007 EPA would adversely affect potential CSTC First Nations' interests by causing changes in water flows into the Nechako River or changes in water levels of the Nechako Reservoir.

[11] On November 29, 2007, the Commission issued a preliminary decision on the Phase I process called "Impacts on Water Flows". It concluded that the "responsibility for operation of the Nechako Reservoir remains with Alcan under the 2007 EPA", and that the EPA would not affect water levels in the Nechako River stating, "the 2007 EPA sets the priority of generation produced but does not set the priority for water". With or without the 2007 EPA, "Alcan operates the Nechako Reservoir to optimize power generation".

[12] As to fisheries, the Commission stated that "the priority of releases from the Nechako Reservoir [under the 1987 Settlement Agreement]

de la Commission risquait d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et le titre aborigène qu'il revendiquait alors. Le 19 novembre 2007, au début de l'audience, le CTCS a demandé la révision de l'ordonnance qui en définissait le cadre et, dans son argumentation écrite du 20 novembre 2007, il a demandé qu'à l'audience, la Commission examine en outre les questions de savoir si l'obligation de consultation avait été respectée et si la vente d'électricité projetée dans le CAÉ de 2007 pouvait en soi être préjudiciable aux droits ancestraux et au titre aborigène, ainsi que la question connexe des répercussions environnementales du CAÉ de 2007 sur les droits des Premières nations du CTCS.

[10] La Commission a établi un processus comportant deux étapes pour statuer sur la demande de révision. Elle devait d'abord déterminer si un fondement probatoire raisonnable justifiait la révision de l'ordonnance, puis entendre les arguments des parties sur la question de savoir s'il y avait lieu d'accueillir la demande de recadrage. À la première étape, le CTCS a produit des éléments de preuve, présenté des témoins et contre-interrogé ceux de BC Hydro et d'Alcan. La Commission s'en est tenue à la question de savoir si, en raison de la modification du débit de la rivière Nechako ou du niveau du réservoir Nechako qui en résulterait, le CAÉ de 2007 aurait un effet préjudiciable sur les droits éventuels des Premières nations du CTCS.

[11] Le 29 novembre 2007, la Commission a rendu à la première étape une décision préliminaire intitulée [TRADUCTION] « Impact sur le débit d'eau ». Elle y conclut que [TRADUCTION] « suivant le CAÉ de 2007, l'exploitation du réservoir Nechako continue d'incomber à Alcan » et que le contrat ne changera rien aux niveaux de la rivière Nechako, affirmant que [TRADUCTION] « le CAÉ de 2007 accorde la priorité à la production d'électricité, et non à l'eau ». Avec ou sans le CAÉ de 2007, [TRADUCTION] « Alcan exploite le réservoir Nechako dans le but d'optimiser la production d'électricité ».

[12] Au chapitre de la pêche, la Commission a estimé que [TRADUCTION] « les lâchers d'eau effectués à partir du réservoir Nechako [conformément

is first to fish flows and second to power service”. While the timing of water releases from the Nechako Reservoir for power generation purposes may change as a result of the 2007 EPA, that change “will have no impact on the releases into the Nechako river system”. This is because water releases for power generation flow not into the Nechako River system to the east, with which the CSTC First Nations are concerned, but into the Kemano River to the west. Nor, the Commission found, would the 2007 EPA bring about a change in control over water flows and water levels, or alter the management structure of the reservoir.

[13] The Commission then embarked on Phase II of the rescoping hearing and invited the parties to make written submissions on the reconsideration application — specifically, on whether it would be a jurisdictional error not to revise the Scoping Order to encompass consultation issues on these facts. The parties did so.

[14] On December 17, 2007, the Commission dismissed the CSTC’s application for reconsideration of the scoping order on grounds that the 2007 EPA would not introduce new adverse effects to the interests of the First Nations: *Re British Columbia Hydro & Power Authority*, 2008 CarswellBC 1232 (B.C.U.C.) (the “Reconsideration Decision”). For the purposes of the motion, the Commission assumed the historic infringement of Aboriginal rights, Aboriginal title, and a failure by the government to consult. Referring to *Haida Nation*, it concluded that “more than just an underlying infringement” was required. The CSTC had to demonstrate that the 2007 EPA would “adversely affect” the Aboriginal interests of its member First Nations. Applying this test to its findings of fact, it stated that “a section 71 review does not approve, transfer or change control of licenses or authorization and therefore where there are no new physical impacts acceptance of a section 71 filing [without consultation] would not be a jurisdictional error”. The Commission therefore concluded that its decision on the 2007 EPA would have no adverse effects on the CSTC First Nations’ interests. The duty to consult was therefore not triggered, and no jurisdictional

à l’accord de 1987] visent en priorité le passage des poissons, puis la production d’électricité ». Bien que le calendrier des lâchers d’eau destinés à la production d’électricité puisse changer en raison du CAÉ de 2007, à son avis, cela [TRADUCTION] « n’aura aucun impact sur les apports dans le réseau hydrographique de la Nechako », car ces lâchers d’eau ne sont pas effectués dans la rivière Nechako à l’est — objet de la préoccupation des Premières nations du CTCS —, mais dans la rivière Kemano à l’ouest. La Commission a aussi conclu que le CAÉ de 2007 ne modifiera ni la gestion des débits et des niveaux d’eau, ni la structure de gestion du réservoir.

[13] À la deuxième étape, la Commission a invité les parties à présenter des observations écrites sur la demande de révision — plus précisément, sur la question de savoir si le refus de recadrer l’audience pour que les questions liées à la consultation y soient aussi abordées constituerait une erreur de compétence à la lumière de ces faits. Les parties ont répondu à l’invitation.

[14] Le 17 décembre 2007, la Commission a rejeté la demande du CTCS au motif que le CAÉ de 2007 ne créerait pas de nouveaux effets défavorables sur les intérêts des Premières nations en cause : *Re British Columbia Hydro & Power Authority*, 2008 CarswellBC 1232 (B.C.U.C.) (la « décision sur la demande de révision »). Pour statuer, elle a tenu pour avérés l’atteinte historique aux droits ancestraux et au titre aborigène et le manquement du gouvernement à son obligation de consulter. S’appuyant sur l’arrêt *Nation Haïda*, elle a conclu qu’il fallait [TRADUCTION] « davantage qu’une atteinte sous-jacente ». Le CTCS devait démontrer que le CAÉ de 2007 aurait un « effet préjudiciable » sur les droits ancestraux des Premières nations qui en faisaient partie. Après avoir appliqué ce critère à ses conclusions de fait, elle a statué que l’[TRADUCTION] « examen visé à l’article 71 n’a pas pour effet d’approuver ou de transférer une licence ou une autorisation ou d’en modifier le titulaire, de sorte qu’en l’absence de nouveaux impacts physiques, faire droit [sans consultation] à une demande présentée sous le régime de l’article 71 ne constituerait pas une erreur de compétence ». La Commission a donc estimé que sa décision

error was committed in failing to include consultation with the First Nations in the Scoping Order beyond the general consultation extended to all stakeholders.

[15] The Commission went on to conclude that the 2007 EPA was in the public interest and should be accepted. It stated:

In the circumstances of this review, evidence regarding consultation with respect to the historical, continuing infringement can reasonably be expected to be of no assistance for the same reasons there is no jurisdictional error, that is, the limited scope of the section 71 review, and there are no new physical impacts.

[16] In essence, the Commission took the view that the 2007 EPA would have no physical impact on the existing water levels in the Nechako River and hence it would not change the current management of its fishery. The Commission further found that its decision would not involve any transfer or change in the project's licences or operations. Consequently, the Commission concluded that its decision would have no adverse impact on the pending claims or rights of the CSTC First Nations such that there was no need to rescope the hearing to permit further argument on the duty to consult.

C. *The Judgment of the Court of Appeal, 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298 (Donald, Huddart and Bauman J.J.A.)*

[17] The CSTC appealed the Reconsideration Decision and the approval of the 2007 EPA to the British Columbia Court of Appeal. The Court, *per* Donald J.A., reversed the Commission's orders and remitted the case back to the Commission for "evidence and argument on whether a duty to consult and, if necessary, accommodate the [CSTC First Nations] exists and, if so, whether the duty has been met in respect of the filing of the 2007 EPA" (para. 69).

concernant le CAÉ de 2007 n'aurait pas d'effet préjudiciable sur les intérêts des Premières nations du CTCS. L'obligation de consulter n'avait donc pas pris naissance, et la Commission n'a pas commis d'erreur de compétence en refusant d'inclure dans le cadre de l'audience la consultation des Premières nations, en sus de la consultation générale de tous les intéressés.

[15] La Commission a ensuite conclu que le CAÉ de 2007 était dans l'intérêt public et devait être approuvé :

[TRADUCTION] Dans les circonstances du présent examen, on peut raisonnablement tenir pour inutile la preuve relative à la consultation sur l'atteinte historique et continue pour les mêmes raisons qu'il n'y a pas d'erreur de compétence, soit la portée limitée de l'examen visé à l'article 71 et l'absence de nouveaux impacts physiques.

[16] Essentiellement, la Commission a opiné que le CAÉ de 2007 n'aurait pas d'impact physique sur les niveaux d'eau existants de la rivière Nechako, de sorte qu'il ne modifierait pas la gestion des stocks de poissons. Elle a aussi estimé que sa décision ne nécessiterait ni cession ni modification des licences ou des activités d'exploitation. Elle est donc arrivée à la conclusion que sa décision n'aurait aucun effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations du CTCS, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de recadrer l'audience pour permettre que soit débattue plus avant la question de l'obligation de consulter.

C. *Le jugement de la Cour d'appel, 2009 BCCA 67, 89 B.C.L.R. (4th) 298 (les juges Donald, Huddart et Bauman)*

[17] Le CTCS a contesté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique la décision sur la demande de révision et l'approbation du CAÉ de 2007. Au nom de la Cour d'appel, le juge Donald a annulé les ordonnances et renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle entende [TRADUCTION] « preuve et arguments sur la question de savoir s'il existe ou non une obligation de consulter [les Premières nations du CTCS] et, au besoin, d'arriver à un accord avec elles et, dans l'affirmative, sur la question de savoir si l'obligation a été respectée relativement au dépôt du CAÉ de 2007 » (par. 69).

[18] The Court of Appeal found that the Commission had jurisdiction to consider the issue of consultation. The Commission had the power to decide questions of law, and hence constitutional issues relating to the duty to consult.

[19] The Court of Appeal went on to hold that the Commission acted prematurely by rejecting the application for reconsideration. Donald J.A., writing for the Court, stated:

... the Commission wrongly decided something as a preliminary matter which properly belonged in a hearing of the merits. The logic flaw was in predicting that consultation could have produced no useful outcome. Put another way, the Commission required a demonstration that the [CSTC] would win the point as a precondition for a hearing into the very same point.

I do not say that the Commission would be bound to find a duty to consult here. The fault in the Commission's decision is in not entertaining the issue of consultation within the scope of a full hearing when the circumstances demanded an inquiry. [paras. 61-62]

[20] The Court of Appeal held that the honour of the Crown obliged the Commission to decide the consultation issue, and that "the tribunal with the power to approve the plan must accept the responsibility to assess the adequacy of consultation" (para. 53). Unlike the Commission, the Court of Appeal did not consider whether the 2007 EPA was capable of having an adverse impact on a pending claim or right of the CSTC First Nations. The Court of Appeal did not criticize the Commission's adverse impacts finding. Rather, it appears to have concluded that despite these findings, the Commission was obliged to consider whether consultation could be "useful". In finding that the Commission should have considered the consultation issue, the Court of Appeal appears to have taken a broader view than did the Commission as to when a duty to consult may arise.

[21] The Court of Appeal suggested that a failure to consider consultation risked the approval of a contract in breach of the Crown's constitutional

[18] La Cour d'appel conclut que la Commission avait compétence pour se pencher sur la question de la consultation. La Commission pouvait trancher des questions de droit et, par conséquent, toute question constitutionnelle liée à l'obligation de consulter.

[19] La Cour d'appel opine ensuite que la Commission a prématurément rejeté la demande de révision. Le juge Donald dit ce qui suit au nom de la juridiction d'appel :

[TRADUCTION] ... la Commission a tranché une question tenue erronément pour préliminaire alors qu'il s'agissait d'une question de fond. La faille logique a consisté à présumer l'inutilité de la consultation. Autrement dit, la Commission a exigé comme condition préalable à l'examen des prétentions que [le CTCS] en démontre d'abord la justesse.

Je ne dis pas que la Commission serait tenue de conclure à l'existence d'une obligation de consulter en l'espèce. L'erreur de la Commission est de ne pas avoir considéré la question de la consultation dans le cadre d'une audience en bonne et due forme alors que les circonstances exigeaient un examen. [par. 61-62]

[20] La Cour d'appel conclut que l'honneur de la Couronne obligeait la Commission à trancher la question de la consultation et que [TRADUCTION] « le tribunal administratif doté du pouvoir d'approuver le projet doit accepter l'obligation de se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation » (par. 53). Contrairement à la Commission, la Cour d'appel ne se demande pas si le CAÉ de 2007 était susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur quelque revendication ou droit des Premières nations du CTCS. Elle ne reproche pas à la Commission sa conclusion sur l'effet préjudiciable. Elle semble plutôt estimer que, malgré cette conclusion, la Commission était tenue de déterminer si la consultation pouvait être « utile ». En statuant que la Commission aurait dû examiner la question de la consultation, la Cour d'appel paraît interpréter plus largement que la Commission les conditions auxquelles il y a obligation de consulter.

[21] La Cour d'appel laisse entendre que l'omission de considérer la question de la consultation risquait d'entraîner l'approbation d'un contrat

duty. Donald J.A. asked, “How can a contract formed by a Crown agent in breach of a constitutional duty be in the public interest? The existence of such a duty and the allegation of the breach must form part and parcel of the public interest inquiry” (para. 42).

[22] Alcan and BC Hydro appeal to this Court. They argue that the Court of Appeal took too wide a view of the Crown’s duty to consult and of the role of tribunals in deciding consultation issues. In view of the Commission’s task under its constituent statute and the evidence before it, Alcan and BC Hydro submit that the Commission correctly concluded that it had no duty to consider the consultation issue raised by the CSTC, since, however much participation was accorded, there was no possibility of finding a duty to consult with respect to the 2007 EPA.

[23] The CSTC argues that the Court of Appeal correctly held that the Commission erred in refusing to rescopé its proceeding to allow submissions on the consultation issue. It does not pursue earlier procedural arguments in this Court.

## II. The Legislative Framework

### A. *Legislation Regarding the Public Interest Determination*

[24] The 2007 EPA was subject to review before the Commission under the authority of s. 71 of the *Utilities Commission Act* to determine whether it was in the public interest. Prior to May 2008, this determination was to be based on the quantity of energy to be supplied; the availability of supplies; the price and availability of any other form of energy; the price of the energy supplied to a public utility company; and “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”:

au mépris de l’obligation constitutionnelle de la Couronne. Le juge Donald pose la question suivante : [TRADUCTION] « Comment un contrat conclu par un mandataire de la Couronne dans le non-respect d’une obligation constitutionnelle peut-il être dans l’intérêt public? L’existence d’une telle obligation et l’allégation de non-respect doivent faire partie intégrante de l’examen relatif à l’intérêt public » (par. 42).

[22] Alcan et BC Hydro interjettent appel devant notre Cour. Elles soutiennent que la Cour d’appel a interprété trop largement l’obligation de la Couronne de consulter et le pouvoir du tribunal administratif de trancher les questions touchant à la consultation. Vu le mandat incombant à la Commission suivant sa loi constitutive et la preuve dont elle disposait, Alcan et BC Hydro prétendent que la Commission a conclu à juste titre qu’elle n’était pas tenue d’examiner la question de la consultation soulevée par le CTCS, car peu importe l’importance du droit de participation reconnu, il était impossible de conclure à l’existence d’une obligation de consulter relativement au CAÉ de 2007.

[23] Le CTCS avance que la Cour d’appel a eu raison de conclure que la Commission avait refusé à tort de redéfinir le cadre de l’audience de manière à permettre la présentation d’observations sur la question de la consultation. Il ne fait plus valoir les arguments procéduraux invoqués devant les tribunaux inférieurs.

## II. Le cadre législatif

### A. *Dispositions législatives régissant la décision relative à l’intérêt public*

[24] L’article 71 de la *Utilities Commission Act* prévoyait que la Commission devait examiner le CAÉ de 2007 pour déterminer si son approbation était dans l’intérêt public. Avant le mois de mai 2008, la décision devait tenir compte de la quantité d’énergie fournie, de la disponibilité de l’approvisionnement, du prix et de la disponibilité de toute autre forme d’énergie, du prix de l’énergie fournie à une entreprise de services publics et de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent

*Utilities Commission Act*, s. 71(2)(a) to (e). Effective May 2008, these considerations were expanded to include “the government’s energy objectives” and its long-term resource plans: s. 71(2.1)(a) and (b). The public interest clause, however, was narrowed to considerations of the interests of potential British Columbia public utility customers: s. 71(2.1)(d).

#### B. *Legislation on the Commission’s Remedial Powers*

[25] Based on the above considerations, the Commission may issue an order approving the proposed contract under s. 71(2.4) of the *Utilities Commission Act* if it is found to be in the public interest. If it is not found to be in the public interest, the Commission can issue an order declaring the contract unenforceable, either wholly or in part, or “make any other order it considers advisable in the circumstances”: s. 71(2) and (3).

#### C. *Legislation on the Commission’s Jurisdiction and Appeals*

[26] Section 79 of the *Utilities Commission Act* states that all findings of fact made by the Commission within its jurisdiction are “binding and conclusive”. This is supplemented by s. 105 which grants the Commission “exclusive jurisdiction in all cases and for all matters in which jurisdiction is conferred on it by this or any other Act”. An appeal, however, lies from a decision or order of the Commission to the Court of Appeal with leave: s. 101(1).

[27] Together, ss. 79 and 105 of the *Utilities Commission Act* constitute a “privative clause” as defined in s. 1 of the *British Columbia Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45. Under s. 58 of the *Administrative Tribunals Act*, this privative clause attracts a “patently unreasonable” standard of judicial review to “a finding of fact or law or

eu égard à l’intérêt public » : al. 71(2)a) à e) de la *Utilities Commission Act*. À compter de mai 2008, se sont ajoutées les considérations suivantes : les [TRADUCTION] « objectifs énergétiques du gouvernement » et son plan à long terme en matière de ressources : al. 71(2.1)a) et b). Or, la disposition portant sur l’intérêt public a vu sa portée ramenée à la prise en compte des intérêts des clients éventuels d’une entreprise de services publics de la Colombie-Britannique : al. 71(2.1)d).

#### B. *Dispositions législatives régissant le pouvoir de réparation de la Commission*

[25] Au vu des considérations susmentionnées, la Commission peut, si elle juge qu’il est dans l’intérêt public de le faire, rendre une ordonnance approuvant le contrat projeté en application du par. 71(2.4) de la *Utilities Commission Act*. Si elle arrive à la conclusion contraire concernant l’intérêt public, elle peut, par voie d’ordonnance, déclarer le contrat inapplicable, en totalité ou en partie, ou [TRADUCTION] « rendre toute autre ordonnance qu’elle juge indiquée dans les circonstances » : par. 71(2) et (3).

#### C. *Dispositions législatives régissant la compétence de la Commission et le droit d’appel*

[26] L’article 79 de la *Utilities Commission Act* dispose que les conclusions de fait tirées par la Commission dans les limites de sa compétence sont [TRADUCTION] « opposables et définitives ». L’article 105 confère en outre à la Commission le [TRADUCTION] « pouvoir exclusif de statuer dans toute affaire et sur toute question relevant de sa compétence suivant la présente loi ou un autre texte législatif ». Ses décisions et ordonnances peuvent cependant être contestées devant la Cour d’appel, sur autorisation : par. 101(1).

[27] Ensemble, les art. 79 et 105 de la *Utilities Commission Act* constituent une [TRADUCTION] « disposition d’inattaquabilité » au sens de l’article premier de l’*Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 2004, ch. 45. Suivant l’art. 58 de l’*Administrative Tribunals Act*, cette disposition d’inattaquabilité assujettit à la norme de

an exercise of discretion by the tribunal in respect of a matter over which it has exclusive jurisdiction under a privative clause”; a standard of correctness is to be applied in the review of “all [other] matters”.

[28] The jurisdiction of the commission is also arguably affected by s. 44(1) of the *Administrative Tribunals Act* which applies to the Commission by virtue of s. 2(4) of the *Utilities Commission Act*. Section 44(1) of the *Administrative Tribunals Act* states that “[t]he tribunal does not have jurisdiction over constitutional questions”. A “constitutional question” is defined in s. 1 of the *Administrative Tribunals Act* by s. 8 of the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, c. 68. Section 8(2) says:

8. . . .

- (2) If in a cause, matter or other proceeding
- (a) the constitutional validity or constitutional applicability of any law is challenged, or
- (b) an application is made for a constitutional remedy,

the law must not be held to be invalid or inapplicable and the remedy must not be granted until after notice of the challenge or application has been served on the Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia in accordance with this section.

A “constitutional remedy” is defined as “a remedy under section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* other than a remedy consisting of the exclusion of evidence or consequential on such exclusion”: *Constitutional Question Act*, s. 8(1).

D. *Section 35 of the Constitution Act, 1982*

[29] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* reads:

contrôle de la décision « manifestement déraisonnable » [TRADUCTION] « la conclusion de fait ou de droit ou l’exercice du pouvoir discrétionnaire relatifs à une question sur laquelle le tribunal a compétence exclusive du fait de l’existence d’une disposition d’inattaquabilité ». La norme de contrôle de la décision correcte vaut pour [TRADUCTION] « toute [autre] question ».

[28] On peut aussi soutenir que le par. 44(1) de l’*Administrative Tribunals Act* a une incidence sur la compétence de la Commission en ce qu’il s’applique à celle-ci suivant le par. 2(4) de la *Utilities Commission Act*. Le paragraphe 44(1) de l’*Administrative Tribunals Act* dispose qu’[TRADUCTION] « [u]n tribunal administratif n’a pas compétence pour trancher une question constitutionnelle ». L’article premier de l’*Administrative Tribunals Act* délimite cette matière par renvoi à l’art. 8 de la *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 68. Voici le texte du par. 8(2) de cette loi :

[TRADUCTION]

8. . . .

- (2) Lorsque dans une instance, y compris un dossier ou une affaire,
- a) la validité ou l’applicabilité constitutionnelle d’une loi est contestée ou
- b) une réparation constitutionnelle est demandée,

la loi ne doit pas être tenue pour invalide ou inapplicable, et la réparation ne doit pas être accordée sans qu’un avis de la contestation ou de la demande n’ait été signifié au procureur général du Canada et au procureur général de la Colombie-Britannique.

La [TRADUCTION] « réparation constitutionnelle » est définie comme étant « la réparation visée au par. 24(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, hormis celle consistant à écarter un élément de preuve ou découlant d’une telle mesure » : *Constitutional Question Act*, par. 8(1).

D. *L’article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982*

[29] Voici le libellé de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

### III. The Issues

[30] The main issues that must be resolved are: (1) whether the Commission had jurisdiction to consider consultation; and (2) if so, whether the Commission’s refusal to rescope the inquiry to consider consultation should be set aside. In order to resolve these issues, it is necessary to consider when a duty to consult arises and the role of tribunals in relation to the duty to consult. These reasons will therefore consider:

1. When a duty to consult arises;
2. The role of tribunals in consultation;
3. The Commission’s jurisdiction to consider consultation;
4. The Commission’s Reconsideration Decision;
5. The Commission’s conclusion that approval of the 2007 EPA was in the public interest.

### IV. Analysis

#### A. *When Does the Duty to Consult Arise?*

[31] The Court in *Haida Nation* answered this question as follows: the duty to consult arises “when

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

### III. Les questions en litige

[30] Les principales questions à trancher sont les suivantes : (1) la Commission avait-elle compétence pour se prononcer sur la consultation et (2), dans l’affirmative, le refus de la Commission de redéfinir le cadre de l’audience pour que la question de la consultation soit abordée devrait-il être annulé? Il faut dès lors déterminer les conditions auxquelles il y a obligation de consulter et examiner le rôle du tribunal administratif à l’égard de cette obligation. J’examinerai donc successivement ce qui suit :

1. les conditions auxquelles il y a obligation de consulter;
2. le rôle du tribunal administratif à l’égard de la consultation;
3. le pouvoir de la Commission de se prononcer sur la consultation;
4. la décision de la Commission sur la demande de révision;
5. la conclusion de la Commission portant que l’approbation du CAÉ de 2007 servait l’intérêt public.

### IV. Analyse

#### A. *À quelles conditions y a-t-il obligation de consulter?*

[31] Dans l’arrêt *Nation Haïda*, notre Cour établit que l’obligation de consulter prend naissance

the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it” (para. 35). This test can be broken down into three elements: (1) the Crown’s knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal claim or right; (2) contemplated Crown conduct; and (3) the potential that the contemplated conduct may adversely affect an Aboriginal claim or right. I will discuss each of these elements in greater detail. First, some general comments on the source and nature of the duty to consult are in order.

[32] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown. It is a corollary of the Crown’s obligation to achieve the just settlement of Aboriginal claims through the treaty process. While the treaty claims process is ongoing, there is an implied duty to consult with the Aboriginal claimants on matters that may adversely affect their treaty and Aboriginal rights, and to accommodate those interests in the spirit of reconciliation: *Haida Nation*, at para. 20. As stated in *Haida Nation*, at para. 25:

Put simply, Canada’s Aboriginal peoples were here when Europeans came, and were never conquered. Many bands reconciled their claims with the sovereignty of the Crown through negotiated treaties. Others, notably in British Columbia, have yet to do so. The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.

[33] The duty to consult described in *Haida Nation* derives from the need to protect Aboriginal interests while land and resource claims are ongoing or when the proposed action may impinge on an Aboriginal right. Absent this duty, Aboriginal groups seeking to protect their interests pending a

« lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » (par. 35). Ce critère comporte trois volets : (1) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l’existence possible d’une revendication autochtone ou d’un droit ancestral, (2) la mesure envisagée de la Couronne et (3) la possibilité que cette mesure ait un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. J’examinerai chacun de ces volets plus en détail. D’abord, quelques remarques générales sont de mise concernant la source et la nature de l’obligation de consulter.

[32] L’obligation de consulter s’origine de l’honneur de la Couronne. Elle est un corollaire de celle d’arriver à un règlement équitable des revendications autochtones au terme du processus de négociation de traités. Lorsque les négociations sont en cours, la Couronne a l’obligation tacite de consulter les demandeurs autochtones sur ce qui est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur leurs droits issus de traités et leurs droits ancestraux, et de trouver des mesures d’accommodement dans un esprit de conciliation : *Nation Haïda*, par. 20. Comme le dit la Cour au par. 25 de cet arrêt :

En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l’arrivée des Européens; ils n’ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne en négociant des traités. D’autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l’ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l’honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s’il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts.

[33] L’obligation de consulter dont il est fait état dans l’arrêt *Nation Haïda* découle de la nécessité de protéger les intérêts autochtones lorsque des terres ou des ressources font l’objet de revendications ou que la mesure projetée peut empiéter sur un droit ancestral. Sans le respect de cette

final settlement would need to commence litigation and seek interlocutory injunctions to halt the threatening activity. These remedies have proven time-consuming, expensive, and are often ineffective. Moreover, with a few exceptions, many Aboriginal groups have limited success in obtaining injunctions to halt development or activities on the land in order to protect contested Aboriginal or treaty rights.

[34] Grounded in the honour of the Crown, the duty has both a legal and a constitutional character: *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6. The duty seeks to provide protection to Aboriginal and treaty rights while furthering the goals of reconciliation between Aboriginal peoples and the Crown. Rather than pitting Aboriginal peoples against the Crown in the litigation process, the duty recognizes that both must work together to reconcile their interests. It also accommodates the reality that often Aboriginal peoples are involved in exploiting the resource. Shutting down development by court injunction may serve the interest of no one. The honour of the Crown is therefore best reflected by a requirement for consultation with a view to reconciliation.

[35] *Haida Nation* sets the framework for dialogue prior to the final resolution of claims by requiring the Crown to take contested or established Aboriginal rights into account *before* making a decision that may have an adverse impact on them: J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (loose-leaf), at p. 5-35. The duty is *prospective*, fastening on rights yet to be proven.

[36] The nature of the duty varies with the situation. The richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Aboriginal claim and the seriousness of the impact on the underlying Aboriginal or treaty right: *Haida Nation*, at paras. 43-45, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment*

obligation, un groupe autochtone désireux de protéger ses intérêts jusqu'au règlement d'une revendication devrait s'adresser au tribunal pour obtenir une injonction interlocutoire ordonnant la cessation de l'activité préjudiciable. L'expérience enseigne qu'il s'agit d'une démarche longue, coûteuse et souvent vaine. De plus, sauf quelques exceptions, les groupes autochtones réussissent rarement à obtenir une injonction pour mettre fin à la mise en valeur des terres ou aux activités qui y sont exercées et ainsi protéger des droits ancestraux ou issus de traités qui sont contestés.

[34] Fondée sur l'honneur de la Couronne, l'obligation revêt un caractère à la fois juridique et constitutionnel : *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6. Elle vise la protection des droits ancestraux et issus de traités, ainsi que la réalisation de l'objectif de conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de la Couronne. Elle reconnaît que les deux parties doivent collaborer pour concilier leurs intérêts au lieu de s'opposer dans un litige. Elle tient aussi compte du fait que les peuples autochtones participent souvent à l'exploitation des ressources. Empêcher la mise en valeur par voie d'injonction risque de ne servir l'intérêt de personne. L'honneur de la Couronne est donc davantage compatible avec une obligation de consulter axée sur la conciliation des intérêts respectifs des parties.

[35] L'arrêt *Nation Haïda* jette les bases du dialogue préalable au règlement définitif des revendications en obligeant la Couronne à tenir compte des droits ancestraux contestés ou établis *avant* de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits : J. Woodward, *Native Law*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 5-35. Il s'agit d'une obligation de nature *prospective* prenant appui sur des droits dont l'existence reste à prouver.

[36] La nature de l'obligation varie en fonction de la situation. La consultation exigée est plus approfondie lorsque la revendication autochtone paraît de prime abord fondée et que l'effet sur le droit ancestral ou issu de traité sous-jacent est grave : *Nation Haïda*, par. 43-45, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur*

*Director*), 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 32.

[37] The remedy for a breach of the duty to consult also varies with the situation. The Crown's failure to consult can lead to a number of remedies ranging from injunctive relief against the threatening activity altogether, to damages, to an order to carry out the consultation prior to proceeding further with the proposed government conduct: *Haida Nation*, at paras. 13-14.

[38] The duty to consult embodies what Brian Slattery has described as a "generative" constitutional order which sees "section 35 as serving a dynamic and not simply static function" ("Aboriginal Rights and the Honour of the Crown" (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 440). This dynamicism was articulated in *Haida Nation* as follows, at para. 32:

... the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

As the post-*Haida Nation* case law confirms, consultation is "[c]oncerned with an ethic of ongoing relationships" and seeks to further an ongoing process of reconciliation by articulating a preference for remedies "that promote ongoing negotiations": D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at p. 21.

[39] Against this background, I now turn to the three elements that give rise to a duty to consult.

(1) Knowledge by the Crown of a Potential Claim or Right

[40] To trigger the duty to consult, the Crown must have real or constructive knowledge of a

*d'évaluation de projet*), 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 32.

[37] Le recours pour manquement à l'obligation de consulter varie également en fonction de la situation. L'omission de la Couronne de consulter les intéressés peut donner lieu à un certain nombre de mesures allant de l'injonction visant l'activité préjudiciable, à l'indemnisation, voire à l'ordonnance enjoignant au gouvernement de consulter avant d'aller de l'avant avec son projet : *Nation Haïda*, par. 13-14.

[38] L'obligation de consulter s'inscrit dans ce que Brian Slattery qualifie d'ordre constitutionnel [TRADUCTION] « génératif » où « l'article 35 a une fonction dynamique et non purement statique » (« Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 440). Ce dynamisme a été formulé comme suit dans l'arrêt *Nation Haïda* (par. 32) :

... l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications. La conciliation ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme. Il s'agit plutôt d'un processus découlant des droits garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Comme le confirme la jurisprudence postérieure à cet arrêt, la consultation [TRADUCTION] « s'attache au maintien de relations constantes » et à l'établissement d'un processus permanent de conciliation en ce qu'elle privilégie les mesures « qui favorisent la continuité des négociations » : D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), p. 21.

[39] Sur cette toile de fond, j'examine maintenant les trois éléments qui font naître l'obligation de consulter.

(1) Connaissance par la Couronne de l'existence possible d'une revendication ou d'un droit

[40] Pour qu'elle ait l'obligation de consulter, la Couronne doit avoir connaissance, concrètement

claim to the resource or land to which it attaches: *Haida Nation*, at para. 35. The threshold, informed by the need to maintain the honour of the Crown, is not high. Actual knowledge arises when a claim has been filed in court or advanced in the context of negotiations, or when a treaty right may be impacted: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, para. 34. Constructive knowledge arises when lands are known or reasonably suspected to have been traditionally occupied by an Aboriginal community or an impact on rights may reasonably be anticipated. While the existence of a potential claim is essential, proof that the claim will succeed is not. What is required is a credible claim. Tenuous claims, for which a strong *prima facie* case is absent, may attract a mere duty of notice. As stated in *Haida Nation*, at para. 37:

Knowledge of a credible but unproven claim suffices to trigger a duty to consult and accommodate. The content of the duty, however, varies with the circumstances, as discussed more fully below. A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties. The law is capable of differentiating between tenuous claims, claims possessing a strong *prima facie* case, and established claims.

[41] The claim or right must be one which actually exists and stands to be affected by the proposed government action. This flows from the fact that the purpose of consultation is to protect unproven or established rights from irreversible harm as the settlement negotiations proceed: Newman, at p. 30, citing *Haida Nation*, at paras. 27 and 33.

## (2) Crown Conduct or Decision

[42] Second, for a duty to consult to arise, there must be Crown conduct or a Crown decision that

ou par imputation, d'une revendication visant la ressource ou la terre qui s'y rattache : *Nation Haïda*, par. 35. La norme de preuve applicable, eu égard à la nécessité de préserver l'honneur de la Couronne, n'est pas stricte. Il y a connaissance réelle lorsqu'une revendication a été formulée dans une instance judiciaire ou lors de négociations, ou lorsqu'un droit issu de traité peut être touché : *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 34. Il y a connaissance par imputation lorsque l'on sait ou que l'on soupçonne raisonnablement que les terres ont été traditionnellement occupées par une collectivité autochtone ou que l'on peut raisonnablement prévoir qu'il y aura une incidence sur des droits. L'existence possible d'une revendication est essentielle, mais il n'est pas nécessaire de prouver que la revendication connaîtra une issue favorable. La revendication doit seulement être crédible. La revendication à l'assise fragile, dont le fondement ne paraît pas plausible à première vue, peut ne faire naître qu'une obligation d'informer. Comme l'affirme notre Cour dans l'arrêt *Nation Haïda* (par. 37) :

La connaissance d'une revendication crédible mais non encore établie suffit à faire naître l'obligation de consulter et d'accommoder. Toutefois, le contenu de l'obligation varie selon les circonstances, comme nous le verrons de façon plus approfondie plus loin. Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes. Il est possible en droit de différencier les revendications reposant sur une preuve ténue des revendications reposant sur une preuve à première vue solide et de celles déjà établies.

[41] Il faut que la revendication ou le droit existe réellement et risque d'être compromis par la mesure gouvernementale, car l'objectif de la consultation est de protéger un droit, établi ou non, d'un préjudice irréparable, pendant les négociations en vue d'un règlement : Newman, p. 30, citant *Nation Haïda*, par. 27 et 33.

## (2) Mesure ou décision de la Couronne

[42] Deuxièmement, pour que naisse l'obligation de consulter, la mesure ou la décision de la

engages a potential Aboriginal right. What is required is conduct that may adversely impact on the claim or right in question.

[43] This raises the question of what government action engages the duty to consult. It has been held that such action is not confined to government exercise of statutory powers: *Huu-Ay-Aht First Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74, at paras. 94 and 104; *Wii'litswx v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315, at paras. 11-15. This accords with the generous, purposive approach that must be brought to the duty to consult.

[44] Further, government action is not confined to decisions or conduct which have an immediate impact on lands and resources. A potential for adverse impact suffices. Thus, the duty to consult extends to "strategic, higher level decisions" that may have an impact on Aboriginal claims and rights (Woodward, at p. 5-41 (emphasis omitted)). Examples include the transfer of tree licences which would have permitted the cutting of old-growth forest (*Haida Nation*); the approval of a multi-year forest management plan for a large geographic area (*Klahoose First Nation v. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110); the establishment of a review process for a major gas pipeline (*Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, [2007] 1 C.N.L.R. 1, aff'd 2008 FCA 20, 35 C.E.L.R. (3d) 1); and the conduct of a comprehensive inquiry to determine a province's infrastructure and capacity needs for electricity transmission (*An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637 (B.C.U.C.)). We leave for another day the question of whether government conduct includes legislative action: see *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203, at paras. 37-40.

Couronne doit mettre en jeu un droit ancestral éventuel. La mesure doit être susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication ou le droit en question.

[43] Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir quelle mesure oblige le gouvernement à consulter. Il a été établi que cette mesure ne s'entend pas uniquement de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi : *Huu-Ay-Aht First Nation c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2005 BCSC 697, [2005] 3 C.N.L.R. 74, par. 94 et 104; *Wii'litswx c. British Columbia (Minister of Forests)*, 2008 BCSC 1139, [2008] 4 C.N.L.R. 315, par. 11-15. Cette conclusion s'inscrit dans l'approche généreuse et téléologique que commande l'obligation de consulter.

[44] En outre, une mesure gouvernementale ne s'entend pas uniquement d'une décision ou d'un acte qui a un effet immédiat sur des terres et des ressources. Un simple risque d'effet préjudiciable suffit. Ainsi, l'obligation de consulter naît aussi d'une [TRADUCTION] « décision stratégique prise en haut lieu » qui est susceptible d'avoir un effet sur des revendications autochtones et des droits ancestraux (Woodward, p. 5-41 (italiques omis)). Mentionnons quelques exemples : la cession de concessions de ferme forestière qui auraient permis l'abattage d'arbres dans de vieilles forêts (*Nation Haida*), l'approbation d'un plan pluriannuel de gestion forestière visant un vaste secteur géographique (*Khaloose First Nation c. Sunshine Coast Forest District (District Manager)*, 2008 BCSC 1642, [2009] 1 C.N.L.R. 110), la création d'un processus d'examen relativement à un gazoduc important (*Première nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354 (CanLII), conf. par 2008 CAF 20 (CanLII)), et l'examen approfondi des besoins d'infrastructure et de capacité de transport d'électricité d'une province (*An Inquiry into British Columbia's Electricity Transmission Infrastructure & Capacity Needs for the Next 30 Years, Re*, 2009 CarswellBC 3637 (B.C.U.C.)). La question de savoir si une mesure gouvernementale s'entend aussi d'une mesure législative devra être tranchée dans une affaire ultérieure : voir *R. c. Lefthand*, 2007 ABCA 206, 77 Alta. L.R. (4th) 203, par. 37-40.

(3) Adverse Effect of the Proposed Crown Conduct on an Aboriginal Claim or Right

[45] The third element of a duty to consult is the possibility that the Crown conduct may affect the Aboriginal claim or right. The claimant must show a causal relationship between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights. Past wrongs, including previous breaches of the duty to consult, do not suffice.

[46] Again, a generous, purposive approach to this element is in order, given that the doctrine's purpose, as stated by Newman, is "to recognize that actions affecting unproven Aboriginal title or rights or treaty rights can have irreversible effects that are not in keeping with the honour of the Crown" (p. 30, citing *Haida Nation*, at paras. 27 and 33). Mere speculative impacts, however, will not suffice. As stated in *R. v. Douglas*, 2007 BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, at para. 44, there must be an "appreciable adverse effect on the First Nations' ability to exercise their aboriginal right". The adverse effect must be on the future exercise of the right itself; an adverse effect on a First Nation's future negotiating position does not suffice.

[47] Adverse impacts extend to any effect that may prejudice a pending Aboriginal claim or right. Often the adverse effects are physical in nature. However, as discussed in connection with what constitutes Crown conduct, high-level management decisions or structural changes to the resource's management may also adversely affect Aboriginal claims or rights even if these decisions have no "immediate impact on lands and resources": Woodward, at p. 5-41. This is because such structural changes to the resources management may set the stage for further decisions that will have a *direct* adverse impact on land and resources. For example,

(3) Effet préjudiciable de la mesure projetée par la Couronne sur une revendication autochtone ou un droit ancestral

[45] Le troisième élément requis pour qu'il y ait obligation de consulter est la possibilité que la mesure de la Couronne ait un effet sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Le demandeur doit établir un lien de causalité entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral. Un acte fautif commis dans le passé, telle l'omission de consulter, ne suffit pas.

[46] Une approche généreuse et téléologique est aussi de mise à l'égard de ce troisième élément puisque, comme le dit Newman, l'objectif poursuivi est [TRADUCTION] « de reconnaître que les actes touchant un titre aborigène ou un droit ancestral non encore établi, ou des droits issus de traités, peuvent avoir des répercussions irréversibles qui sont incompatibles avec l'honneur de la Couronne » (p. 30, citant l'arrêt *Nation Haïda*, par. 27 et 33). Cependant, de simples répercussions hypothétiques ne suffisent pas. Comme il appert de l'arrêt *R. c. Douglas*, [2007] BCCA 265, 278 D.L.R. (4th) 653, au par. 44, il doit y avoir un [TRADUCTION] « effet préjudiciable important sur la possibilité qu'une Première nation puisse exercer son droit ancestral ». Le préjudice doit toucher l'exercice futur du droit lui-même, et non seulement la position de négociation ultérieure de la Première nation.

[47] L'effet préjudiciable comprend toute répercussion risquant de compromettre une revendication autochtone ou un droit ancestral. Il est souvent de nature physique. Cependant, comme on l'a vu relativement à ce qui constitue une mesure de la Couronne, la décision prise en haut lieu ou la modification structurelle apportée à la gestion de la ressource risque aussi d'avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral, et ce, même si elle n'a pas d'[TRADUCTION] « effet immédiat sur les terres et les ressources » : Woodward, p. 5-41. La raison en est qu'une telle modification structurelle de la

a contract that transfers power over a resource from the Crown to a private party may remove or reduce the Crown's power to ensure that the resource is developed in a way that respects Aboriginal interests in accordance with the honour of the Crown. The Aboriginal people would thus effectively lose or find diminished their constitutional right to have their interests considered in development decisions. This is an adverse impact: see *Haida Nation*, at paras. 72-73.

[48] An underlying or continuing breach, while remediable in other ways, is not an adverse impact for the purposes of determining whether a particular government decision gives rise to a duty to consult. The duty to consult is designed to prevent damage to Aboriginal claims and rights while claim negotiations are underway: *Haida Nation*, at para. 33. The duty arises when the Crown has *knowledge*, real or constructive, of the potential or actual existence of the Aboriginal right or title “and contemplates conduct that might adversely affect it”: *Haida Nation*, at para. 35 (emphasis added). This test was confirmed by the Court in *Mikisew Cree* in the context of treaty rights, at paras. 33-34.

[49] The question is whether there is a claim or right that potentially may be adversely impacted by the *current* government conduct or decision in question. Prior and continuing breaches, including prior failures to consult, will only trigger a duty to consult if the present decision has the potential of causing a novel adverse impact on a present claim or existing right. This is not to say that there is no remedy for past and continuing breaches, including previous failures to consult. As noted in *Haida Nation*, a breach of the duty to consult may be remedied in various ways, including the awarding of damages. To trigger a fresh duty of consultation — the matter which is here at issue — a contemplated

gestion de la ressource peut ouvrir la voie à d'autres décisions ayant un effet préjudiciable *direct* sur les terres et les ressources. Par exemple, le contrat par lequel la Couronne cède à une partie privée la maîtrise d'une ressource risque de supprimer ou de réduire le pouvoir de la Couronne de faire en sorte que la ressource soit exploitée dans le respect des intérêts autochtones, conformément à l'honneur de la Couronne. Les Autochtones seraient alors dépouillés en tout ou en partie de leur droit constitutionnel de voir leurs intérêts pris en considération dans les décisions de mise en valeur, ce qui constitue un effet préjudiciable : voir l'arrêt *Nation Haida*, par. 72-73.

[48] Une atteinte sous-jacente ou continue, même si elle ouvre droit à d'autres recours, ne constitue pas un effet préjudiciable lorsqu'il s'agit de déterminer si une décision gouvernementale particulière emporte l'obligation de consulter. La raison d'être de cette obligation est d'empêcher que les revendications autochtones et les droits ancestraux ne soient compromis pendant les négociations auxquelles ils donnent lieu : *Nation Haïda*, par. 33. L'obligation naît lorsque la Couronne a *connaissance*, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle ou réelle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle « envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci » : *Nation Haïda*, par. 35 (je souligne). Ce critère est repris par notre Cour relativement à des droits issus de traités dans l'arrêt *Première nation crie Mikisew*, par. 33-34.

[49] Il faut déterminer si une revendication ou un droit est susceptible d'être compromis par la mesure ou la décision *actuelle* du gouvernement. L'atteinte antérieure et continue, y compris l'omission de consulter, ne fait naître l'obligation de consulter que si la décision actuelle risque d'avoir un nouvel effet défavorable sur une revendication actuelle ou un droit existant. Il peut néanmoins y avoir recours pour une atteinte antérieure et continue, y compris l'omission de consulter. Comme le signale la Cour dans l'arrêt *Nation Haïda*, le non-respect de l'obligation de consulter peut donner droit à diverses réparations, dont l'indemnisation. Pour que naisse une nouvelle obligation de

Crown action must put current claims and rights in jeopardy.

[50] Nor does the definition of what constitutes an adverse effect extend to adverse impacts on the negotiating position of an Aboriginal group. The duty to consult, grounded in the need to protect Aboriginal rights and to preserve the future use of the resources claimed by Aboriginal peoples while balancing countervailing Crown interests, no doubt may have the ulterior effect of delaying ongoing development. The duty may thus serve not only as a tool to settle interim resource issues but also, and incidentally, as a tool to achieve longer term compensatory goals. Thus conceived, the duty to consult may be seen as a necessary element in the overall scheme of satisfying the Crown's constitutional duties to Canada's First Nations. However, cut off from its roots in the need to preserve Aboriginal interests, its purpose would be reduced to giving one side in the negotiation process an advantage over the other.

#### (4) An Alternative Theory of Consultation

[51] As we have seen, the duty to consult arises when: (1) the Crown has knowledge, actual or constructive, of potential aboriginal claims or rights; (2) the Crown proposes conduct or a decision; and (3) that conduct or decision may have an adverse impact on the Aboriginal claims or rights. This requires demonstration of a causal connection between the proposed Crown conduct and a potential adverse impact on an Aboriginal claim or right.

[52] The respondent's submissions are based on a broader view of the duty to consult. It argues that even if the 2007 EPA will have no impact on the Nechako River water levels, the Nechako fisheries

consulter — ce dont il est question en l'espèce —, une mesure envisagée par la Couronne doit mettre en péril une revendication actuelle ou un droit existant.

[50] L'effet préjudiciable ne s'entend pas non plus d'une répercussion négative sur la position de négociation d'un groupe autochtone. L'obligation de consulter, que justifie la nécessité de protéger les droits ancestraux et de préserver l'utilisation ultérieure des ressources revendiquées par les peuples autochtones, compte tenu des intérêts opposés de la Couronne, peut assurément retarder au final la mise en valeur entreprise. Elle peut donc servir non seulement à régler provisoirement une question relative aux ressources, mais aussi, accessoirement, à atteindre un objectif d'indemnisation à long terme. Vue sous cet angle, l'obligation de consulter peut être considérée comme un maillon essentiel du dispositif global permettant à la Couronne de s'acquitter de ses obligations constitutionnelles envers les Premières nations du Canada. Toutefois, dissociée de sa raison d'être qu'est la nécessité de préserver les intérêts autochtones, l'obligation de consulter viserait seulement à favoriser une partie par rapport à une autre dans le processus de négociation.

#### (4) Interprétation nouvelle de l'obligation de consulter

[51] Rappelons que l'obligation de consulter prend naissance lorsque (1) la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral, (2) qu'elle envisage une mesure ou une décision et (3) que cette mesure ou cette décision est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication autochtone ou le droit ancestral. Il faut donc établir un lien de causalité entre la mesure projetée par la Couronne et l'effet préjudiciable possible sur une revendication autochtone ou un droit ancestral.

[52] L'intimé fonde ses prétentions sur une interprétation plus large de l'obligation de consulter. Il prétend que même si le CAÉ de 2007 n'aura aucun impact sur les niveaux d'eau de la rivière

or the management of the contested resource, the duty to consult may be triggered because the 2007 EPA is part of a larger hydro-electric project which continues to impact its rights. The effect of this proposition is that if the Crown proposes an action, however limited, that relates to a project that impacts Aboriginal claims or rights, a fresh duty to consult arises. The current government action or decision, however inconsequential, becomes the hook that secures and reels in the constitutional duty to consult on the entire resource.

[53] I cannot accept this view of the duty to consult. *Haida Nation* negates such a broad approach. It grounded the duty to consult in the need to preserve Aboriginal rights and claims pending resolution. It confines the duty to consult to adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue — not to larger adverse impacts of the project of which it is a part. The subject of the consultation is the impact on the claimed rights of the *current* decision under consideration.

[54] The argument for a broader duty to consult invokes the logic of the fruit of the poisoned tree — an evidentiary doctrine that holds that past wrongs preclude the Crown from subsequently benefiting from them. Thus, it is suggested that the failure to consult with the CSTC First Nations on the initial dam and water diversion project prevents any further development of that resource without consulting on the entirety of the resource and its management. Yet, as *Haida Nation* pointed out, the failure to consult gives rise to a variety of remedies, including damages. An order compelling consultation is only appropriate where the proposed Crown conduct, immediate or prospective, may adversely impact on established or claimed rights. Absent this, other remedies may be more appropriate.

Nechako, ses stocks de poissons ou la gestion de la ressource visée par le litige, il peut y avoir obligation de consulter, car le CAÉ de 2007 fait partie d'un projet hydroélectrique qui continue d'avoir des répercussions sur ses droits. Dès lors, si la Couronne projette quelque mesure — aussi modeste soit-elle — se rapportant à un projet qui touche une revendication autochtone ou un droit ancestral, une nouvelle obligation de consulter voit le jour. La mesure ou la décision gouvernementale en cause, qu'elle ait peu de conséquences, voire aucune, devient le fondement de l'obligation constitutionnelle de consulter relativement à la totalité de la ressource.

[53] Je ne peux adhérer à cette interprétation de l'obligation de consulter. L'arrêt *Nation Haïda* écarte une interprétation aussi large. La Cour y fait reposer l'obligation de consulter sur la nécessité de préserver les droits ancestraux allégués jusqu'au règlement des revendications. L'objet de la consultation se limite donc aux seuls effets préjudiciables de la mesure précise projetée par la Couronne, à l'exclusion des effets préjudiciables globaux du projet dont elle fait partie. La consultation s'intéresse à l'effet de la décision *actuellement* considérée sur les droits revendiqués.

[54] La thèse d'une obligation de consulter plus étendue s'appuie sur un principe en matière de preuve — celui du fruit de l'arbre empoisonné — selon lequel la Couronne ne saurait aujourd'hui tirer avantage de ses fautes d'hier. L'intimé prétend donc que l'omission de consulter les Premières nations du CTCS au sujet du projet initial de barrage et de dérivation d'eau empêche toute poursuite de l'exploitation de cette ressource tant qu'il n'y a pas eu consultation sur l'ensemble de la ressource et de sa gestion. Or, comme le fait observer la Cour dans l'arrêt *Nation Haïda*, l'absence de consultation ouvre droit à diverses réparations, y compris l'indemnisation. L'ordonnance de consulter n'est indiquée que lorsque la mesure projetée par la Couronne, qu'elle soit immédiate ou prospective, est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits établis ou revendiqués. Sinon, d'autres réparations peuvent être plus indiquées.

### B. *The Role of Tribunals in Consultation*

[55] The duty on a tribunal to consider consultation and the scope of that inquiry depends on the mandate conferred by the legislation that creates the tribunal. Tribunals are confined to the powers conferred on them by their constituent legislation: *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765. It follows that the role of particular tribunals in relation to consultation depends on the duties and powers the legislature has conferred on it.

[56] The legislature may choose to delegate to a tribunal the Crown's duty to consult. As noted in *Haida Nation*, it is open to governments to set up regulatory schemes to address the procedural requirements of consultation at different stages of the decision-making process with respect to a resource.

[57] Alternatively, the legislature may choose to confine a tribunal's power to determinations of whether adequate consultation has taken place, as a condition of its statutory decision-making process. In this case, the tribunal is not itself engaged in the consultation. Rather, it is reviewing whether the Crown has discharged its duty to consult with a given First Nation about potential adverse impacts on their Aboriginal interest relevant to the decision at hand.

[58] Tribunals considering resource issues touching on Aboriginal interests may have neither of these duties, one of these duties, or both depending on what responsibilities the legislature has conferred on them. Both the powers of the tribunal to consider questions of law and the remedial powers granted it by the legislature are relevant considerations in determining the contours of that tribunal's jurisdiction: *Conway*. As such, they are also relevant to determining whether a particular tribunal has a duty to consult, a duty to consider consultation, or no duty at all.

[59] The decisions below and the arguments before us at times appear to merge the different

### B. *Le rôle du tribunal administratif dans la consultation*

[55] L'obligation du tribunal administratif de se pencher sur la consultation et sur la portée de celle-ci dépend de la mission que lui confie sa loi constitutive. Un tribunal administratif doit s'en tenir à l'exercice des pouvoirs que lui confère sa loi habilitante : *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765. Il s'ensuit que le rôle d'un tribunal administratif en ce qui a trait à la consultation tient à ses obligations et à ses attributions légales.

[56] Le législateur peut décider de lui déléguer l'obligation de la Couronne de consulter. Comme le signale la Cour dans l'arrêt *Nation Haida*, il est loisible aux gouvernements de mettre en place des régimes de réglementation fixant les exigences procédurales de la consultation aux différentes étapes du processus décisionnel relatif à une ressource.

[57] Sinon, il peut lui confier le seul pouvoir de décider si une consultation adéquate a eu lieu, l'exercice de ce pouvoir faisant dès lors partie de son processus décisionnel. En pareil cas, le tribunal administratif ne participe pas à la consultation. Il s'assure plutôt que la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter une Première nation en particulier sur un éventuel effet préjudiciable de la décision en cause sur ses droits ancestraux.

[58] Le tribunal administratif appelé à examiner une question ayant trait à une ressource et ayant une incidence sur des intérêts autochtones peut n'avoir ni l'une ni l'autre de ces obligations, n'avoir que l'une d'elles ou avoir les deux, selon les attributions que lui confère le législateur. Tant son pouvoir légal d'examiner une question de droit que celui d'accorder réparation sont pertinents pour circonscrire sa compétence : *Conway*. Ils sont donc aussi pertinents pour déterminer si un tribunal administratif particulier est tenu d'effectuer une consultation ou de se pencher sur la consultation, ou s'il n'a aucune obligation en la matière.

[59] Les décisions des tribunaux inférieurs et les prétentions formulées devant notre Cour paraissent

duties of consultation and its review. In particular, it is suggested that every tribunal with jurisdiction to consider questions of law has a constitutional duty to consider whether adequate consultation has taken place and, if not, to itself fulfill the requirement regardless of whether its constituent statute so provides. The reasoning seems to be that this power flows automatically from the power of the tribunal to consider legal and hence constitutional questions. Lack of consultation amounts to a constitutional vice that vitiates the tribunal's jurisdiction and, in the case before us, makes it inconsistent with the public interest. In order to perform its duty, it must rectify the vice by itself engaging in the missing consultation.

[60] This argument cannot be accepted, in my view. A tribunal has only those powers that are expressly or implicitly conferred on it by statute. In order for a tribunal to have the power to enter into interim resource consultations with a First Nation, pending the final settlement of claims, the tribunal must be expressly or impliedly authorized to do so. The power to engage in consultation itself, as distinct from the jurisdiction to determine whether a duty to consult exists, cannot be inferred from the mere power to consider questions of law. Consultation itself is not a question of law; it is a distinct and often complex constitutional process and, in certain circumstances, a right involving facts, law, policy, and compromise. The tribunal seeking to engage in consultation itself must therefore possess remedial powers necessary to do what it is asked to do in connection with the consultation. The remedial powers of a tribunal will depend on that tribunal's enabling statute, and will require discerning the legislative intent: *Conway*, at para. 82.

[61] A tribunal that has the power to consider the adequacy of consultation, but does not itself have the power to enter into consultations, should provide whatever relief it considers appropriate in the circumstances, in accordance with the remedial powers expressly or impliedly conferred upon it by

parfois amalgamer les différentes obligations en ce qui concerne la consultation et le contrôle de leur exécution. On prétend plus particulièrement que tout tribunal administratif compétent pour examiner une question de droit a l'obligation constitutionnelle de s'assurer qu'il y a eu consultation adéquate et, s'il n'y en a pas eu, de consulter lui-même les intéressés, que sa loi constitutive le prévoit ou non. Le raisonnement veut que ce pouvoir découle automatiquement du pouvoir du tribunal administratif d'examiner des questions de droit et, par conséquent, des questions constitutionnelles. L'absence de consultation équivaudrait à un vice constitutionnel qui annulerait la compétence du tribunal administratif et qui, en l'espèce, la rendrait contraire à l'intérêt public. Pour s'acquitter de son obligation, le tribunal administratif devrait remédier au vice en effectuant lui-même la consultation.

[60] À mon avis, on ne peut faire droit à cette thèse. Un tribunal administratif n'a que les pouvoirs qui lui sont expressément ou implicitement conférés par la loi. Pour qu'il puisse consulter une Première nation au sujet d'une ressource avant le règlement définitif de revendications, il doit y être expressément ou implicitement autorisé. Le pouvoir de consulter, qui est distinct du pouvoir de déterminer s'il existe une obligation de consulter, ne peut être inféré du simple pouvoir d'examiner une question de droit. La consultation comme telle n'est pas une question de droit. Il s'agit d'un processus constitutionnel distinct, souvent complexe, et dans certaines circonstances, d'un droit mettant en jeu faits, droit, politique et compromis. Par conséquent, le tribunal administratif désireux d'effectuer lui-même la consultation doit avoir le pouvoir de réparation nécessaire pour faire ce à quoi on l'exhorte relativement à la consultation. Le pouvoir de réparation d'un tribunal administratif tient à sa loi habilitante et à l'intention du législateur : *Conway*, par. 82.

[61] Le tribunal administratif doté du pouvoir de se prononcer sur le caractère adéquat de la consultation, mais non du pouvoir d'effectuer celle-ci, doit accorder la réparation qu'il juge indiquée dans les circonstances, conformément aux pouvoirs de réparation qui lui sont expressément ou implicitement

statute. The goal is to protect Aboriginal rights and interests and to promote the reconciliation of interests called for in *Haida Nation*.

[62] The fact that administrative tribunals are confined to the powers conferred on them by the legislature, and must confine their analysis and orders to the ambit of the questions before them on a particular application, admittedly raises the concern that governments may effectively avoid their duty to consult by limiting a tribunal's statutory mandate. The fear is that if a tribunal is denied the power to consider consultation issues, or if the power to rule on consultation is split between tribunals so as to prevent any one from effectively dealing with consultation arising from particular government actions, the government might effectively be able to avoid its duty to consult.

[63] As the B.C. Court of Appeal rightly found, the duty to consult with Aboriginal groups, triggered when government decisions have the potential to adversely affect Aboriginal interests, is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the legislature is incapable of dealing with a decision's potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts: *Haida Nation*, at para. 51.

[64] Before leaving the role of tribunals in relation to consultation, it may be useful to review the standard of review that courts should apply in addressing the decisions of tribunals. The starting point is *Haida Nation*, at para. 61:

The existence or extent of the duty to consult or accommodate is a legal question in the sense that it defines a legal duty. However, it is typically premised on an assessment of the facts. It follows that a degree of deference to the findings of fact of the initial adjudicator may be appropriate. . . . Absent error on legal issues, the tribunal may be in a better position to evaluate the issue than the reviewing court, and some degree of

conférés par sa loi habilitante. L'objectif est de protéger les droits et les intérêts des Autochtones et de favoriser la conciliation d'intérêts que préconise notre Cour dans l'arrêt *Nation Haïda*.

[62] Qu'un tribunal administratif doive s'en tenir à l'exercice de ses pouvoirs légaux et ne faire porter son analyse et ses décisions que sur les questions particulières dont il est saisi comporte certes le risque qu'un gouvernement se soustraie de fait à l'obligation de consulter en limitant le mandat d'un tribunal administratif. On peut craindre en effet qu'en privant un tribunal administratif du pouvoir d'examiner les questions relatives à la consultation ou en répartissant le pouvoir de statuer en la matière entre plusieurs tribunaux administratifs de manière qu'aucun d'eux ne puisse se pencher sur l'obligation de consulter que font naître certaines mesures gouvernementales, le gouvernement se soustraie de fait à cette obligation.

[63] Comme le conclut à juste titre la Cour d'appel, l'obligation de consulter les peuples autochtones, qui naît lorsque le gouvernement prend une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts, est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l'honneur de la Couronne et qui doit être respectée. Si le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d'une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent alors s'adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue : *Nation Haïda*, par. 51.

[64] Avant de passer au volet suivant de l'analyse, il me paraît indiqué de préciser quelle norme de contrôle s'applique à la décision du tribunal administratif. Prenons comme point de départ le par. 61 de l'arrêt *Nation Haïda* :

L'existence et l'étendue de l'obligation de consulter ou d'accommoder sont des questions de droit en ce sens qu'elles définissent une obligation légale. Cependant, la réponse à ces questions repose habituellement sur l'appréciation des faits. Il se peut donc qu'il convienne de faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du premier décideur. [. . .] En l'absence d'erreur sur des questions de droit, il est possible que le tribunal

deference may be required. In such a case, the standard of review is likely to be reasonableness. To the extent that the issue is one of pure law, and can be isolated from the issues of fact, the standard is correctness. However, where the two are inextricably entwined, the standard will likely be reasonableness . . . .

[65] It is therefore clear that some deference is appropriate on matters of mixed fact and law, invoking the standard of reasonableness. This, of course, does not displace the need to take express legislative intention into account in determining the appropriate standard of review on particular issues: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. It follows that it is necessary in this case to consider the provisions of the *Administrative Tribunals Act* and the *Utilities Commission Act* in determining the appropriate standard of review, as will be discussed more fully below.

### C. *The Commission's Jurisdiction to Consider Consultation*

[66] Having considered the law governing when a duty to consult arises and the role of tribunals in relation to the duty to consult, I return to the questions at issue on appeal.

[67] The first question is whether consideration of the duty to consult was within the mandate of the Commission. This being an issue of jurisdiction, the standard of review at common law is correctness. The relevant statutes, discussed earlier, do not displace that standard. I therefore agree with the Court of Appeal that the Commission did not err in concluding that it had the power to consider the issue of consultation.

[68] As discussed above, issues of consultation between the Crown and Aboriginal groups arise from s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. They therefore have a constitutional dimension. The question is whether the Commission possessed the power to

administratif soit mieux placé que le tribunal de révision pour étudier la question, auquel cas une certaine déférence peut s'imposer. Dans ce cas, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement la norme de la décision raisonnable. Dans la mesure où la question est une question de droit pur et peut être isolée des questions de fait, la norme applicable est celle de la décision correcte. Toutefois, lorsque les deux types de questions sont inextricablement liées entre elles, la norme de contrôle applicable est vraisemblablement celle de la décision raisonnable . . . .

[65] Il est donc clair qu'une certaine déférence s'impose à l'égard d'une décision sur une question mixte de fait et de droit, d'où l'application de la norme de la raisonabilité. Ce qui n'écarte évidemment pas la nécessité de tenir compte de l'intention expresse du législateur pour déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans un cas donné : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339. Il faut donc, en l'espèce, considérer les dispositions de l'*Administrative Tribunals Act* et de la *Utilities Commission Act* pour arrêter la bonne norme de contrôle, ce dont il est question plus en détail ci-après.

### C. *Le pouvoir de la Commission de se pencher sur la consultation*

[66] Après examen du droit régissant l'existence de l'obligation de consulter et le rôle du tribunal administratif relativement à celle-ci, je reviens sur les questions en litige dans le pourvoi.

[67] D'abord, l'examen de l'obligation de consulter relevait-elle du mandat de la Commission? S'agissant d'une question de compétence, la norme de contrôle est, en common law, celle de la décision correcte. Les lois applicables considérées précédemment n'écartent pas cette norme. Je conviens donc avec la Cour d'appel que la Commission n'a pas eu tort de conclure qu'elle avait le pouvoir de se pencher sur la question de la consultation.

[68] Rappelons que la consultation des peuples autochtones par la Couronne découle de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de sorte qu'elle revêt une dimension constitutionnelle. Il faut déterminer si la Commission avait le pouvoir d'en faire

consider such an issue. As discussed, above, tribunals are confined to the powers conferred on them by the legislature: *Conway*. We must therefore ask whether the *Utilities Commission Act* conferred on the Commission the power to consider the issue of consultation, grounded as it is in the Constitution.

[69] It is common ground that the *Utilities Commission Act* empowers the Commission to decide questions of law in the course of determining whether the 2007 EPA is in the public interest. The power to decide questions of law implies a power to decide constitutional issues that are properly before it, absent a clear demonstration that the legislature intended to exclude such jurisdiction from the tribunal's power (*Conway*, at para. 81; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585, at para. 39). “[S]pecialized tribunals with both the expertise and authority to decide questions of law are in the best position to hear and decide constitutional questions related to their statutory mandates”: *Conway*, at para. 6.

[70] Beyond its general power to consider questions of law, the factors the Commission is required to consider under s. 71 of the *Utilities Commission Act*, while focused mainly on economic issues, are broad enough to include the issue of Crown consultation with Aboriginal groups. At the time, s. 71(2)(e) required the Commission to consider “any other factor that the commission considers relevant to the public interest”. The constitutional dimension of the duty to consult gives rise to a special public interest, surpassing the dominantly economic focus of the consultation under the *Utilities Commission Act*. As Donald J.A. asked, “How can a contract formed by a Crown agent in breach of a constitutional duty be in the public interest?” (para. 42).

[71] This conclusion is not altered by the *Administrative Tribunals Act*, which provides that a tribunal does not have jurisdiction over

un objet de son examen. Je le répète, un tribunal administratif doit s’en tenir à l’exercice des pouvoirs conférés par le législateur : arrêt *Conway*. Nous devons donc nous demander si la *Utilities Commission Act* reconnaissait à la Commission le pouvoir d’examiner la question de la consultation du fait de l’assise constitutionnelle de celle-ci.

[69] Il est reconnu que la *Utilities Commission Act* investit la Commission du pouvoir de trancher des questions de droit aux fins de déterminer si le CAÉ de 2007 sert l’intérêt public. Le pouvoir d’un tribunal administratif de statuer en droit emporte celui de trancher une question constitutionnelle dont il est régulièrement saisi, sauf lorsqu’il est clairement établi que le législateur a voulu le priver d’un tel pouvoir (*Conway*, par. 81; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 39). « [U]n tribunal spécialisé jouissant à la fois de l’expertise et du pouvoir requis pour trancher une question de droit est le mieux placé pour trancher une question constitutionnelle se rapportant à son mandat légal » : *Conway*, par. 6.

[70] Outre les questions de droit qu’elle a le pouvoir général d’examiner, les éléments dont la Commission doit tenir compte suivant l’art. 71 de la *Utilities Commission Act*, bien qu’ils soient surtout axés sur l’économie, sont suffisamment généraux pour englober la consultation des Autochtones par la Couronne. L’alinéa 71(2)(e) exigeait aussi de la Commission qu’elle tienne compte de [TRADUCTION] « tout autre élément jugé pertinent eu égard à l’intérêt public ». L’aspect constitutionnel de l’obligation de consulter fait naître un intérêt public spécial qui écarte la prédominance de l’angle économique dans la consultation prévue par la *Utilities Commission Act*. Comme le demande le juge Donald de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « Comment un contrat conclu par un mandataire de la Couronne dans le non-respect d’une obligation constitutionnelle peut-il être dans l’intérêt public? » (par. 42).

[71] L’*Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique ne modifie pas cette conclusion même si elle prévoit qu’un tribunal administratif

constitutional matters. Section 2(4) of the *Utilities Commission Act* makes certain sections of the *Administrative Tribunals Act* applicable to the Commission. This includes s. 44(1) which provides that “[t]he tribunal does not have jurisdiction over constitutional questions.” However, “constitutional question” is defined narrowly in s. 1 of the *Administrative Tribunals Act* as “any question that requires notice to be given under section 8 of the *Constitutional Question Act*”. Notice is required only for challenges to the constitutional validity or constitutional applicability of any law, or are application for a constitutional remedy.

[72] The application to the Commission by the CSTC for a rescoping order to address consultation issues does not fall within this definition. It is not a challenge to the constitutional validity or applicability of a law, nor a claim for a constitutional remedy under s. 24 of the *Charter* or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In broad terms, consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is a constitutional question: *Paul*, para. 38. However, the provisions of the *Administrative Tribunals Act* and the *Constitutional Question Act* do not indicate a clear intention on the part of the legislature to exclude from the Commission’s jurisdiction the duty to consider whether the Crown has discharged its duty to consult with holders of relevant Aboriginal interests. It follows that, in applying the test articulated in *Paul* and *Conway*, the Commission has the constitutional jurisdiction to consider the adequacy of Crown consultation in relation to matters properly before it.

[73] For these reasons, I conclude that the Commission had the power to consider whether adequate consultation with concerned Aboriginal peoples had taken place.

[74] While the *Utilities Commission Act* conferred on the Commission the power to consider whether adequate consultation had taken place,

n’a pas compétence en matière constitutionnelle. Le paragraphe 2(4) de la *Utilities Commission Act* assujettit la Commission à certaines dispositions de l’*Administrative Tribunals Act*, dont le par. 44(1), qui dispose qu’[TRADUCTION] « [u]n tribunal administratif n’a pas compétence pour trancher une question constitutionnelle. » Or, le terme [TRADUCTION] « question constitutionnelle » est défini de manière stricte à l’article premier comme s’entendant de « toute question exigeant qu’un avis soit donnée en application de l’article 8 de la *Constitutional Question Act* ». L’avis n’est requis que lorsque la validité ou l’applicabilité constitutionnelle d’une loi est contestée ou qu’une réparation constitutionnelle est demandée.

[72] L’objet de la demande présentée à la Commission par le CTCS pour que le cadre de l’audience soit redéfini de manière à englober la question de la consultation ne correspond pas à cette définition. Il n’y avait ni contestation de la validité ou de l’applicabilité constitutionnelle d’une loi, ni demande de réparation fondée sur l’art. 24 de la *Charte* ou l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De manière générale, la consultation visée à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* correspond à une question constitutionnelle : *Paul*, par. 38. Toutefois, l’intention du législateur de soustraire à la compétence de la Commission la question de savoir si la Couronne s’est acquittée de son obligation de consulter les titulaires des droits ancestraux en cause ne ressort ni de l’*Administrative Tribunals Act* ni de la *Constitutional Question Act*. Dès lors, suivant le critère dégagé dans les arrêts *Paul* et *Conway*, la Commission a compétence constitutionnelle pour se pencher sur le caractère adéquat de la consultation effectuée par la Couronne relativement aux questions dont elle est régulièrement saisie.

[73] C’est pourquoi j’estime que la Commission avait le pouvoir de déterminer si les peuples autochtones touchés avaient été convenablement consultés.

[74] Même si la *Utilities Commission Act* confère à la Commission le pouvoir de déterminer si une consultation adéquate a eu lieu, elle ne va pas jusqu’à

its language did not extend to empowering the Commission to engage in consultations in order to discharge the Crown's constitutional obligation to consult. As discussed above, legislatures may delegate the Crown's duty to consult to tribunals. However, the Legislature did not do so in the case of the Commission. Consultation itself is not a question of law, but a distinct constitutional process requiring powers to effect compromise and do whatever is necessary to achieve reconciliation of divergent Crown and Aboriginal interests. The Commission's power to consider questions of law and matters relevant to the public interest does not empower it to itself engage in consultation with Aboriginal groups.

[75] As the Court of Appeal rightly found, the duty to consult with Aboriginal groups, triggered when government decisions have the potential to adversely affect Aboriginal interests, is a constitutional duty invoking the honour of the Crown. It must be met. If the tribunal structure set up by the Legislature is incapable of dealing with a decision's potential adverse impacts on Aboriginal interests, then the Aboriginal peoples affected must seek appropriate remedies in the courts: *Haida Nation*, at para. 51.

#### D. *The Commission's Reconsideration Decision*

[76] The Commission correctly accepted that it had the power to consider the adequacy of consultation with Aboriginal groups. The reason it decided it would not consider this issue was not for want of power, but because it concluded that the consultation issue could not arise, given its finding that the 2007 EPA would not adversely affect any Aboriginal interest.

[77] As reviewed earlier in these reasons, the Commission held a hearing into the issue of whether the main hearing should be rescoped to permit exploration of the consultation issue. The evidence at this hearing was directed to the issue

l'autoriser à entreprendre elle-même la consultation et à s'acquitter de l'obligation constitutionnelle de la Couronne. Je rappelle que le législateur peut déléguer à un tribunal administratif l'obligation de la Couronne de consulter. Toutefois, en l'espèce, il ne l'a pas fait vis-à-vis de la Commission. La consultation ne constitue pas comme telle une question de droit, mais une démarche constitutionnelle distincte exigeant le pouvoir de transiger et d'accomplir tout ce qui est nécessaire pour concilier les intérêts divergents de la Couronne et des Autochtones. Le pouvoir de la Commission d'examiner les questions de droit et tout élément pertinent pour ce qui concerne l'intérêt public ne l'autorise pas à entreprendre elle-même la consultation des groupes autochtones.

[75] Comme le conclut à juste titre la Cour d'appel, l'obligation de consulter les peuples autochtones, qui naît lorsque le gouvernement prend une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts, est une obligation constitutionnelle qui fait intervenir l'honneur de la Couronne et qui doit être respectée. Lorsque le régime administratif mis en place par le législateur ne peut remédier aux éventuels effets préjudiciables d'une décision sur des intérêts autochtones, les Premières nations touchées doivent s'adresser à une cour de justice pour obtenir la réparation voulue : *Nation Haida*, par. 51.

#### D. *La décision de la Commission sur la demande de révision*

[76] La Commission a reconnu à juste titre avoir le pouvoir d'examiner le caractère adéquat de la consultation des groupes autochtones. Elle a décidé de ne pas se pencher sur la question non pas parce qu'elle n'en avait pas le pouvoir, mais parce qu'elle estimait que la question ne pouvait se poser étant donné sa conclusion que le CAÉ de 2007 n'aurait pas d'effet préjudiciable sur quelque intérêt autochtone.

[77] Comme nous l'avons vu, la Commission a tenu une audience sur la question de savoir s'il fallait recadrer l'audience principale de manière à permettre l'examen de la question de la consultation. La preuve alors produite portait sur l'effet

of whether approval of the 2007 EPA would have any adverse impact on the interests of the CSTC First Nations. The Commission considered both the impact of the 2007 EPA on river levels (physical impact) and on the management and control of the resource. The Commission concluded that the 2007 EPA would not have any adverse physical impact on the Nechako River and its fishery. It also concluded that the 2007 EPA did not “transfer or change control of licenses or authorization”, negating adverse impacts from management or control changes. The Commission held that an underlying infringement (i.e. failure to consult on the initial project) was not sufficient to trigger a duty to consult. It therefore dismissed the application for reconsideration and declined to rescope the hearing to include consultation issues.

[78] The determination that rescoping was not required because the 2007 EPA could not affect Aboriginal interests is a mixed question of fact and law. As directed by *Haida Nation*, the standard of review applicable to this type of decision is normally reasonableness (understood in the sense that any conclusion resting on incorrect legal principles of law would not be reasonable). However, the provisions of the relevant statutes, discussed earlier, must be considered. The *Utilities Commission Act* provides that the Commission’s findings of fact are “binding and conclusive”, attracting a patently unreasonable standard under the *Administrative Tribunals Act*. Questions of law must be correctly decided. The question before us is a question of mixed fact and law. It falls between the legislated standards and thus attracts the common law standard of “reasonableness” as set out in *Haida Nation* and *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[79] A duty to consult arises, as set out above, when there is: (a) knowledge, actual or constructive, by the Crown of a potential Aboriginal claim or right, (b) contemplated Crown conduct, and (c) the potential that the contemplated conduct may

préjudiciable éventuel de l’approbation du CAÉ de 2007 sur les intérêts des Premières nations du CTCS. La Commission a examiné l’effet du CAÉ de 2007 tant sur les niveaux d’eau (impact physique) que sur la gestion de la ressource et sa maîtrise. Elle a conclu que le CAÉ de 2007 n’aurait aucun impact physique négatif sur la rivière Nechako et ses ressources halieutiques. Elle a aussi estimé que le CAÉ de 2007 n’entraînerait [TRADUCTION] « ni transfert ni modification des licences ou des autorisations », écartant du coup tout effet préjudiciable causé par une modification touchant à la gestion ou à la maîtrise. Selon elle, une atteinte sous-jacente (soit l’omission de consulter relativement au projet initial) ne suffisait pas pour faire naître une obligation de consulter. Elle a donc rejeté la demande de révision et refusé de recadrer l’audience de manière que celle-ci porte aussi sur la consultation.

[78] La décision selon laquelle le recadrage n’était pas nécessaire parce que le CAÉ de 2007 ne pouvait avoir d’incidence sur des intérêts autochtones porte sur une question mixte de fait et de droit. Suivant l’arrêt *Nation Haida*, la norme de contrôle applicable à ce genre de décision est habituellement celle de la raisonabilité (au sens où toute conclusion fondée sur un principe de droit erroné n’est pas raisonnable). Cependant, il faut tenir compte des dispositions des lois applicables examinées précédemment. La *Utilities Commission Act* prévoit que les conclusions de fait de la Commission sont [TRADUCTION] « opposables et définitives », ce qui appelle la norme de la décision manifestement déraisonnable suivant l’*Administrative Tribunals Act*. La décision portant sur une question de droit doit être correcte. Or, la question dont nous sommes saisis est une question mixte de fait et de droit. Elle appelle une norme se situant entre celles établies par la loi, à savoir la norme de la raisonabilité, issue de la common law et consacrée par les arrêts *Nation Haida* et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[79] Rappelons que l’obligation de consulter prend naissance lorsque les éléments suivants sont réunis : a) connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l’existence possible d’une revendication autochtone ou d’un droit ancestral, b) mesure

adversely affect the Aboriginal claim or right. If, in applying the test set out in *Haida Nation*, it is arguable that a duty to consult could arise, the Commission would have been wrong to dismiss the rescoping order.

[80] The first element of the duty to consult — Crown knowledge of a potential Aboriginal claim or right — need not detain us. The CSTC First Nations' claims were well-known to the Crown; indeed, it was lodged in the Province's formal claims resolution process.

[81] Nor need the second element — proposed Crown conduct or decision — detain us. BC Hydro's proposal to enter into an agreement to purchase electricity from Alcan is clearly proposed Crown conduct. BC Hydro is a Crown corporation. It acts in place of the Crown. No one seriously argues that the 2007 EPA does not represent a proposed action of the Province of British Columbia.

[82] The third element — adverse impact on an Aboriginal claim or right caused by the Crown conduct — presents greater difficulty. The Commission, referring to *Haida Nation*, took the view that to meet the adverse impact requirement, "more than just an underlying infringement" was required. In other words, it must be shown that the 2007 EPA could "adversely affect" a current Aboriginal interest. The Court of Appeal rejected, or must be taken to have rejected, the Commission's view of the matter.

[83] In my view, the Commission was correct in concluding that an underlying infringement in and of itself would not constitute an adverse impact giving rise to a duty to consult. As discussed above, the constitutional foundation of consultation articulated in *Haida Nation* is the potential for adverse impacts on Aboriginal interests of state-authorized

projetée par la Couronne et c) risque que celle-ci ait un effet préjudiciable sur la revendication ou le droit. Si, au regard du critère établi dans l'arrêt *Nation Haida*, on peut soutenir qu'une obligation de consulter pouvait exister, la Commission a eu tort de rejeter la demande de recadrage de l'audience.

[80] Il n'y a pas lieu de s'arrêter au premier élément — la connaissance par la Couronne de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral. Les revendications des Premières nations du CTCS étaient bien connues de la Couronne et avaient en fait été formulées dans le cadre du processus formel mis sur pied par la province pour le règlement des revendications autochtones.

[81] Il n'y a pas lieu non plus de s'attarder au deuxième élément — la mesure ou la décision projetée par la Couronne. Le projet de BC Hydro de conclure avec Alcan un contrat d'achat d'électricité constitue clairement une mesure projetée par la Couronne. BC Hydro est une société d'État qui agit au nom de la Couronne. Nul ne prétend sérieusement que le CAÉ de 2007 n'équivaut pas à une mesure projetée par la province de la Colombie-Britannique.

[82] Le troisième élément — l'effet préjudiciable de la mesure de la Couronne sur une revendication autochtone ou un droit ancestral — présente une plus grande difficulté. S'appuyant sur l'arrêt *Nation Haida*, la Commission a estimé que pour satisfaire à l'exigence de l'effet préjudiciable, il fallait [TRADUCTION] « davantage qu'une atteinte sous-jacente ». En d'autres termes, il fallait démontrer que le CAÉ de 2007 était susceptible d'avoir un « effet préjudiciable » sur un intérêt autochtone actuel. La Cour d'appel rejette le point de vue de la Commission sur ce point, ou c'est du moins ce qu'il faut retenir de sa décision.

[83] À mon sens, la Commission a eu raison de conclure qu'une atteinte sous-jacente ne constitue pas comme telle un effet préjudiciable faisant naître une obligation de consulter. Nous l'avons vu, il appert de l'arrêt *Nation Haida* que le fondement constitutionnel de la consultation réside dans le risque qu'un projet autorisé par l'État ait

developments. Consultation centres on how the resource is to be developed in a way that prevents irreversible harm to existing Aboriginal interests. Both parties must meet in good faith, in a balanced manner that reflects the honour of the Crown, to discuss development with a view to accommodation of the conflicting interests. Such a conversation is impossible where the resource has long since been altered and the present government conduct or decision does not have any further impact on the resource. The issue then is not consultation about the further development of the resource, but negotiation about compensation for its alteration without having properly consulted in the past. The Commission applied the correct legal test.

[84] It was argued that the Crown breached the rights of the CSTC when it allowed the Kenney Dam and electricity production powerhouse with their attendant impacts on the Nechako River to be built in the 1950s and that this breach is ongoing and shows no sign of ceasing in the foreseeable future. But the issue before the Commission was whether a fresh duty to consult could arise *with respect to the Crown decision before the Commission*. The question was whether the 2007 EPA could *adversely* impact the claim or rights advanced by the CSTC First Nations in the ongoing claims process. The issue of ongoing and continuing breach was not before the Commission, given its limited mandate, and is therefore not before this Court.

[85] What then is the potential impact of the 2007 EPA on the claims of the CSTC First Nations? The Commission held there could be none. The question is whether this conclusion was reasonable based on the evidence before the Commission on the rescoping inquiry.

[86] The Commission considered two types of potential impacts. The first type of impact was the

un effet préjudiciable sur des intérêts autochtones. La consultation porte principalement sur la façon dont la ressource doit être exploitée pour qu'un préjudice irréparable ne soit pas infligé aux intérêts autochtones existants. Les deux parties doivent se rencontrer de bonne foi, dans un climat de mesure compatible avec l'honneur de la Couronne, pour discuter de mise en valeur dans une optique de conciliation des intérêts divergents. Or, un tel échange est impossible lorsque la ressource est transformée depuis longtemps et que la mesure ou la décision actuelle du gouvernement n'a plus aucune incidence sur elle. Il ne s'agit plus dès lors de consulter sur l'exploitation ultérieure de la ressource, mais plutôt de négocier une indemnisation pour sa transformation intervenue sans consultation adéquate préalable. La Commission a appliqué le bon critère juridique.

[84] Le CTCS fait valoir que la Couronne a porté atteinte à ses droits lorsque, dans les années 1950, elle a autorisé la construction du barrage Kenney et de la centrale électrique, qui a eu des répercussions sur la rivière Nechako, et que cette atteinte est continue et que rien ne permet de croire qu'elle cessera dans un avenir prévisible. Cependant, la question que devait trancher la Commission était celle de savoir si une nouvelle obligation de consulter pouvait prendre naissance à l'égard de la décision de la Couronne dont était saisie la Commission. Il lui fallait déterminer si le CAÉ de 2007 pouvait avoir un effet *préjudiciable* sur les droits revendiqués par les Premières nations du CTCS dans le cadre du processus de règlement en cours. Étant donné les limites de son mandat, la Commission n'était pas saisie de la question de l'atteinte continue et se poursuivant toujours, en sorte que notre Cour ne l'est pas non plus.

[85] Quel est donc l'impact possible du CAÉ de 2007 sur les revendications des Premières nations du CTCS? La Commission a conclu qu'il ne pouvait y en avoir. La question est donc celle de savoir si la conclusion était raisonnable au vu de la preuve offerte à l'appui de la demande de recadrage.

[86] La Commission a considéré deux types d'effet possible. Le premier était l'impact physique du

physical impact of the 2007 EPA on the Nechako River and thus on the fishery. The Commission conducted a detailed review of the evidence on the impact the 2007 EPA could have on the river's water levels and concluded it would have none. This was because the levels of water on the river were entirely governed by the water licence and the 1987 agreement between the Province, Canada, and Alcan. The Commission rejected the argument that not approving the 2007 EPA could potentially raise water levels in the Nechako River, to the benefit of the fishery, on the basis of uncontradicted evidence that if Alcan could not sell its excess electricity to BC Hydro it would sell it elsewhere. The Commission concluded that with or without the 2007 EPA, "Alcan operates the Nechako Reservoir to optimize power generation". Finally, the Commission concluded that changes in the timing of water releases for power generation have no effect on water levels in the Nechako River because water releases for power generation flow into the Kemano River to the west, rather than the Nechako River to the east.

[87] The Commission also considered whether the 2007 EPA might bring about organizational, policy, or managerial changes that might adversely affect the claims or rights of the CSTC First Nations. As discussed above, a duty to consult may arise not only with respect to specific physical impacts, but with respect to high-level managerial or policy decisions that may potentially affect the future exploitation of a resource to the detriment of Aboriginal claimants. It noted that a "section 71 review does not approve, transfer or change control of licenses or authorization". Approval of the 2007 EPA would not effect management changes, ruling out any attendant adverse impact. This, plus the absence of physical impact, led the Commission to conclude that the 2007 EPA had no potential to adversely impact on Aboriginal interests.

CAÉ de 2007 sur la rivière Nechako et, par conséquent, sur le poisson. La Commission a examiné minutieusement les éléments de preuve sur les effets que le CAÉ de 2007 pouvait avoir sur les niveaux d'eau de la rivière et elle a conclu qu'il n'y en aurait pas. En fait, les niveaux d'eau de la rivière relevaient entièrement du permis d'exploitation hydraulique et de l'accord de 1987 intervenu entre la province, le Canada et Alcan. La Commission a rejeté l'argument voulant que l'omission d'approuver le CAÉ de 2007 puisse entraîner une augmentation des niveaux d'eau de la rivière Nechako, et favoriser ainsi la pêche, eu égard à la preuve non contredite selon laquelle si Alcan ne pouvait vendre ses surplus d'électricité à BC Hydro, elle trouverait un autre preneur. Elle a conclu qu'avec ou sans le CAÉ de 2007, [TRADUCTION] « Alcan exploite le réservoir Nechako dans le but d'optimiser la production d'énergie ». Enfin, la Commission a conclu que la modification du calendrier des lâchers d'eau destinés à la production d'électricité n'avait aucun impact sur les niveaux d'eau de la rivière Nechako puisque l'eau était déversée dans la rivière Kemano à l'ouest, et non dans la Nechako à l'est.

[87] La Commission s'est aussi penchée sur la question de savoir si le CAÉ de 2007 pouvait entraîner des changements organisationnels, politiques ou de gestion susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations du CTCS. Je le répète, il peut y avoir obligation de consulter à l'égard non seulement d'impacts physiques particuliers, mais aussi de décisions de gestion ou politiques qui sont prises en haut lieu et qui peuvent avoir une incidence sur l'exploitation future de la ressource au détriment des demandeurs autochtones. La Commission fait remarquer que l'[TRADUCTION] « examen visé à l'art. 71 n'a pas pour effet d'approuver ou de transférer une licence ou une autorisation ou d'en modifier le titulaire ». L'approbation du CAÉ de 2007 n'allait pas entraîner de changements de gestion, ce qui écartait tout effet préjudiciable concomitant. Ces éléments, joints à l'absence d'impact physique, ont amené la Commission à conclure que le CAÉ de 2007 ne risquait pas d'avoir un effet préjudiciable sur des intérêts autochtones.

[88] It is necessary, however, to delve further. The 2007 EPA calls for the creation of a Joint Operating Committee, with representatives of Alcan and BC Hydro (s. 4.13). The duties of the committee are to provide advice to the parties regarding the administration of the 2007 EPA and to perform other functions that may be specified or that the parties may direct (s. 4.14). The 2007 EPA also provides that the parties will jointly develop, maintain, and update a reservoir operating model based on Alcan's existing operating model and "using input data acceptable to both Parties, acting reasonably" (s. 4.17).

[89] The question is whether these clauses amount to an authorization of organizational changes that have the potential to adversely impact on Aboriginal interests. Clearly the Commission did not think so. But our task is to examine that conclusion and ask whether this view of the Commission was reasonable, bearing in mind the generous approach that should be taken to the duty to consult, grounded in the honour of the Crown.

[90] Assuming that the creation of the Joint Operating Committee and the ongoing reservoir operation plan can be viewed as organizational changes effected by the 2007 EPA, the question is whether they have the potential to adversely impact the claims or rights of the CSTC First Nations. In cases where adverse impact giving rise to a duty to consult has been found as a consequence of organizational or power-structure changes, it has generally been on the basis that the operational decision at stake may affect the Crown's future ability to deal honourably with Aboriginal interests. Thus, in *Haida Nation*, the Crown proposed to enter into a long-term timber sale contract with Weyerhaeuser. By entering into the contract, the Crown would have reduced its power to control logging of trees, some of them old growth forest, and hence its ability to exercise decision making over the forest consistent with the honour of the Crown. The resource would have been harvested without the consultation discharge that the honour of the Crown required. The Haida people would have been robbed of their

[88] Il est toutefois nécessaire de pousser quelque peu l'analyse. Le CAÉ de 2007 prévoit la création d'un comité conjoint d'exploitation formé de représentants d'Alcan et de BC Hydro (clause 4.13). Le comité a pour fonction de conseiller les parties sur l'administration du CAÉ de 2007 et d'accomplir d'autres tâches qui sont précisées ou que lui assignent les parties (clause 4.14). Le CAÉ de 2007 prévoit aussi que, conjointement, les parties élaborent, appliquent et actualisent un modèle d'exploitation du réservoir inspiré de celui d'Alcan et [TRADUCTION] « utilisant des données jugées acceptables par les deux parties, qui sont tenues de se montrer raisonnables » (clause 4.17).

[89] La question est celle de savoir si ces clauses équivalent à autoriser des modifications d'ordre organisationnel qui sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur des intérêts autochtones. La Commission ne le croit manifestement pas. Or, il nous faut examiner cette conclusion et nous demander si elle est raisonnable eu égard à l'approche généreuse qui s'impose relativement à l'obligation de consulter, laquelle a pour assise l'honneur de la Couronne.

[90] À supposer que la création du comité conjoint et du modèle d'exploitation du réservoir existant puissent être considérés comme des modifications d'ordre organisationnel apportées par le CAÉ de 2007, la question est celle de savoir si ces dernières sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les revendications ou les droits des Premières nations du CTCS. Lorsqu'il est établi que l'effet préjudiciable faisant naître l'obligation de consulter résulte d'une modification de l'organisation, notamment celle du pouvoir, c'est généralement parce que la décision opérationnelle en cause risque dès lors d'empêcher la Couronne d'agir honorablement à l'égard des intérêts autochtones. Ainsi, dans l'affaire *Nation Haida*, la Couronne projetait la conclusion avec Weyerhaeuser d'un contrat à long terme de vente de bois d'œuvre. En concluant le contrat, la Couronne réduisait sa maîtrise de l'exploitation forestière, notamment dans certaines vieilles forêts, et, partant, sa faculté d'exercer son pouvoir décisionnel en la matière de façon conforme à l'honneur de la Couronne. La ressource aurait été

constitutional entitlement. A more telling adverse impact on Aboriginal interests is difficult to conceive.

[91] By contrast, in this case, the Crown remains present on the Joint Operating Committee and as a participant in the reservoir operating model. Charged with the duty to act in accordance with the honour of Crown, BC Hydro's representatives would be required to take into account and consult as necessary with affected Aboriginal groups insofar as any decisions taken in the future have the potential to adversely affect them. The CSTC First Nations' right to Crown consultation on any decisions that would adversely affect their claims or rights would be maintained. I add that the honour of the Crown would require BC Hydro to give the CSTC First Nations notice of any decisions under the 2007 EPA that have the potential to adversely affect their claims or rights.

[92] This ongoing right to consultation on future changes capable of adversely impacting Aboriginal rights does not undermine the validity of the Commission's decision on the narrow issue before it: whether approval of the 2007 EPA could have an adverse impact on claims or rights of the CSTC First Nations. The Commission correctly answered that question in the negative. The uncontradicted evidence established that Alcan would continue to produce electricity at the same rates *regardless of whether the 2007 EPA is approved or not*, and that Alcan will sell its power elsewhere if BC Hydro does not buy it, as is their entitlement under Final Water Licence No. 102324 and the 1987 Agreement on waterflows. Moreover, although the Commission did not advert to it, BC Hydro, as a participant on the Joint Operating Committee and the reservoir management team, must in the future consult with the CSTC First Nations on any decisions that may adversely impact their claims or rights. On this evidence, it was not unreasonable for the Commission to conclude that the 2007 EPA will not adversely affect the claims and rights

exploitée sans que la Couronne ne se soit acquittée au préalable de l'obligation de consulter que commande l'honneur de la Couronne. Le peuple Haïda aurait été dépouillé de son droit constitutionnel. Difficile de concevoir un effet préjudiciable plus manifeste sur un intérêt autochtone.

[91] En l'espèce, par contre, la Couronne demeure un membre du comité conjoint d'exploitation et un participant en ce qui concerne le modèle d'exploitation du réservoir. Comme ils ont l'obligation d'agir conformément à l'honneur de la Couronne, les représentants de BC Hydro devront tenir compte des groupes autochtones touchés et les consulter au besoin lorsqu'une décision ultérieure sera susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur eux. Le droit des Premières nations du CTCS d'être consultées sur toute décision susceptible de compromettre leurs revendications ou leurs droits est préservé. J'ajoute que l'honneur de la Couronne oblige BC Hydro à les informer de toute décision prise en application du CAÉ de 2007 qui est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications ou leurs droits.

[92] Ce droit permanent qu'ont les Premières nations du CTCS d'être consultées pour toute modification ultérieure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits ancestraux ne remet pas en cause le bien-fondé de la décision rendue par la Commission relativement à la seule question dont elle était saisie : l'approbation du CAÉ de 2007 pouvait-elle avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications ou leurs droits? La Commission a eu raison de répondre par la négative. La preuve non contredite établissait qu'Alcan continuerait de produire la même quantité d'électricité, *que le CAÉ de 2007 soit approuvé ou non*, et qu'elle trouverait un autre acheteur si BC Hydro déclinait l'offre, comme l'y autorisaient le permis d'exploitation hydraulique permanent n° 102324 et l'accord de 1987 sur les niveaux d'eau. De plus, bien que la Commission n'en fasse pas mention, BC Hydro, en tant que membre du comité conjoint d'exploitation et de l'équipe de gestion du réservoir, doit dorénavant consulter les Premières nations du CTCS sur toute décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs revendications ou leurs droits. À la

currently under negotiation of the CSTC First Nations.

[93] I conclude that the Commission took a correct view of the law on the duty to consult and hence on the question before it on the application for reconsideration. It correctly identified the main issue before it as whether the 2007 EPA had the potential to adversely affect the claims and rights of the CSTC First Nations. It then examined the evidence on this question. It looked at the organizational implications of the 2007 EPA and at the physical changes it might bring about. It concluded that these did not have the potential to adversely impact the claims or rights of the CSTC First Nations. It has not been established that the Commission acted unreasonably in arriving at these conclusions.

E. *The Commission's Decision That Approval of the 2007 EPA Was in the Public Interest*

[94] The attack on the Commission's decision to approve the 2007 EPA was confined to the Commission's failure to consider the issue of adequate consultation over the affected interests of the CSTC First Nations. The conclusion that the Commission did not err in rejecting the application to consider this matter removes this objection. It follows that the argument that the Commission acted unreasonably in approving the 2007 EPA fails.

V. Disposition

[95] I would allow the appeal and confirm the decision of the British Columbia Utilities Commission approving the 2007 EPA. Each party will bear their costs.

*Appeal allowed; British Columbia Utilities Commission's approval of 2007 Energy Purchase Agreement confirmed.*

lumière de cette preuve, il n'est pas déraisonnable que la Commission conclue que le CAÉ de 2007 n'aura pas d'effet préjudiciable sur les revendications et les droits de ces Premières nations qui faisaient alors l'objet de négociations.

[93] J'arrive à la conclusion que la Commission a bien interprété le droit en ce qui concerne l'obligation de consulter et, par conséquent, la question qu'elle était appelée à trancher pour statuer sur la demande de révision. Elle a bien cerné la question principale dont elle était saisie, à savoir si le CAÉ de 2007 pouvait avoir un effet préjudiciable sur les revendications et les droits des Premières nations du CTCS. Elle a ensuite examiné la preuve pertinente. Elle a considéré les répercussions organisationnelles du CAÉ de 2007 et les changements physiques qui pouvaient en résulter. Elle a conclu que ces modifications ne risquaient pas de compromettre les revendications ou les droits en cause. Il n'a pas été établi qu'elle a agi de manière déraisonnable en tirant ces conclusions.

E. *La décision de la Commission portant que l'approbation du CAÉ de 2007 était dans l'intérêt public*

[94] Le seul motif de contestation de la décision d'approuver le CAÉ de 2007 était l'omission de la Commission d'examiner la question du caractère adéquat de la consultation portant sur les intérêts en cause des Premières nations du CTCS. La conclusion que la Commission n'a pas eu tort de rejeter la demande d'examen de cette question écarte ce motif de contestation. Ainsi, la thèse selon laquelle la Commission a agi de manière déraisonnable en approuvant le CAÉ de 2007 ne saurait être retenue.

V. Dispositif

[95] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la décision de la Commission approuvant le CAÉ de 2007. Chacune des parties paie ses propres frais de justice.

*Pourvoi accueilli; décision de la British Columbia Utilities Commission approuvant le contrat d'achat d'électricité de 2007 confirmée.*

*Solicitors for the appellant Rio Tinto Alcan Inc.: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Solicitors for the appellant the British Columbia Hydro and Power Authority: Lawson Lundell, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Utilities Commission: Boughton Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Mikisew Cree First Nation and the Lakes Division of the Secwepemc Nation: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Moosomin First Nation: Rath & Company, Priddis, Alberta.*

*Solicitor for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.: Richard Spaulding, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Nlaka'pamux Nation Tribal Council, the Okanagan Nation Alliance and the Upper Nicola Indian Band: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Hutchins Légal inc., Montréal.*

*Procureurs de l'appelante Rio Tinto Alcan Inc. : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante British Columbia Hydro and Power Authority : Lawson Lundell, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante British Columbia Utilities Commission : Boughton Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la Première nation crie Mikisew et la Division des Grands lacs de la nation Secwepemc : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation de Moosomin : Rath & Company, Priddis, Alberta.*

*Procureur de l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc. : Richard Spaulding, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants le Conseil tribal de la nation Nlaka'pamux, l'Alliance des nations de l'Okanagan et la Bande indienne d'Upper Nicola : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Hutchins Légal inc., Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Standing Buffalo Dakota First Nation: Phillips & Co., Regina.*

*Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Duncan's First Nation and the Horse Lake First Nation: Woodward & Company, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Independent Power Producers Association of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Enbridge Pipelines Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd.: Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation Standing Buffalo Dakota : Phillips & Co., Regina.*

*Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières nations : Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la Première nation Duncan's et la Première nation de Horse Lake : Woodward & Company, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante Independent Power Producers Association of British Columbia : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Enbridge Pipelines Inc. : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante TransCanada Keystone Pipeline GP Ltd. : Blake, Cassels & Graydon, Calgary.*

**Shirley Christensen** *Appellant*

v.

**Roman Catholic Archbishop of Québec and Paul-Henri Lachance** *Respondents*

**INDEXED AS: CHRISTENSEN v. ROMAN CATHOLIC ARCHBISHOP OF QUÉBEC**

**2010 SCC 44**

File No.: 33360.

2010: October 13; 2010: October 29.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.

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

*Prescription — Extinctive prescription — Action filed 25 years after alleged sexual assault — Whether action prescribed.*

*Held:* The appeal should be allowed and the case remanded to the Quebec Superior Court to assess the evidence.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Morin and Vézina J.J.A.), 2009 QCCA 1349, [2009] R.J.Q. 1970, 67 C.C.L.T. (3d) 238, [2009] J.Q. n° 7100 (QL), 2009 CarswellQue 7125, affirming a decision of Alain J., 2008 QCCS 2724, [2008] J.Q. n° 5695 (QL), 2008 CarswellQue 5910. Appeal allowed.

*Alain Arsenault, Sébastien Grammond and Caroline Beaudry*, for the appellant.

*Jacques LeMay and Guy Régimbald*, for the respondent the Roman Catholic Archbishop of Québec.

No one appeared for the respondent Paul-Henri Lachance.

English version of the judgment delivered by

[1] THE COURT — This appeal raises the issue of prescription in a case involving a sexual assault

**Shirley Christensen** *Appelante*

c.

**Archevêque catholique romain de Québec et Paul-Henri Lachance** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : CHRISTENSEN c. ARCHEVÊQUE CATHOLIQUE ROMAIN DE QUÉBEC**

**2010 CSC 44**

N° du greffe : 33360.

2010 : 13 octobre; 2010 : 29 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Prescription — Prescription extinctive — Action intentée 25 ans après l'agression sexuelle reprochée — Est-ce que l'action est prescrite?*

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et le dossier est renvoyé à la Cour supérieure du Québec pour évaluation de la preuve.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Morin et Vézina), 2009 QCCA 1349, [2009] R.J.Q. 1970, 67 C.C.L.T. (3d) 238, [2009] J.Q. n° 7100 (QL), 2009 CarswellQue 7125, qui a confirmé une décision du juge Alain, 2008 QCCS 2724, [2008] J.Q. n° 5695 (QL), 2008 CarswellQue 5910. Pourvoi accueilli.

*Alain Arsenault, Sébastien Grammond et Caroline Beaudry*, pour l'appelante.

*Jacques LeMay et Guy Régimbald*, pour l'intimé l'Archevêque catholique romain de Québec.

Personne n'a comparu pour l'intimé Paul-Henri Lachance.

Le jugement suivant a été rendu par

[1] LA COUR — Le présent appel soulève la question de la prescription dans le contexte d'une

that occurred more than 25 years before an action in civil liability was filed. The respondents filed motions to dismiss the action on the ground that it was prescribed. The Quebec Superior Court granted their motions and dismissed the action. A majority of the Court of Appeal affirmed that judgment, but for different reasons (2009 QCCA 1349, [2009] R.J.Q. 1970). We agree with the dissenting reasons of Chamberland J.A.

[2] The issue of the point at which prescription started to run raised questions of fact that could not be resolved on the face of the record. The trial judge will have to assess the evidence to determine whether, on the facts, inferences can be drawn that establish either that prescription did not start to run until 2006 or, possibly, that it was suspended in the circumstances of this case.

[3] For these reasons, the appeal is allowed and the case is remanded to the Superior Court, with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Arsenault & Lemieux, Montréal.*

*Solicitors for the respondent the Roman Catholic Archbishop of Québec: Stein Monast, Québec.*

agression sexuelle survenue plus de 25 ans avant le dépôt d'une action en responsabilité civile. Les intimés ont présenté des requêtes en irrecevabilité du recours pour cause de prescription. La Cour supérieure du Québec a accueilli ces requêtes et rejeté le recours. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé le jugement, mais pour des motifs différents (2009 QCCA 1349, [2009] R.J.Q. 1970). Nous faisons nôtres les motifs du juge Chamberland, dissident.

[2] Le point de départ de la prescription soulevait des questions de fait qui ne pouvaient pas être résolues à la simple lecture du dossier. Le juge du procès devra évaluer la preuve pour décider si les faits permettent de tirer des inférences établissant que la prescription n'a pas commencé à courir avant 2006 ou, possiblement, qu'elle a été suspendue en raison des circonstances de l'espèce.

[3] Pour ces motifs, l'appel est accueilli et le dossier est renvoyé à la Cour supérieure, avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Arsenault & Lemieux, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé l'Archevêque catholique romain de Québec : Stein Monast, Québec.*

**NIL/TU,O Child and Family Services  
Society** *Appellant*

v.

**B.C. Government and Service Employees'  
Union** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General of Ontario, Attorney General of  
Quebec, Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of Manitoba, Attorney  
General of British Columbia, Attorney  
General for Saskatchewan, British Columbia  
Labour Relations Board, Canadian Human  
Rights Commission, Kwumut Lelum Child  
and Family Services Society, Mohawk Council  
of Akwesasne, Assembly of the First Nations  
of Quebec and Labrador, First Nations of  
Quebec and Labrador Health and Social  
Services Commission, First Nations Summit  
and Te'Mexw Nations** *Interveners*

**INDEXED AS: NIL/TU,O CHILD AND FAMILY  
SERVICES SOCIETY v. B.C. GOVERNMENT AND  
SERVICE EMPLOYEES' UNION**

**2010 SCC 45**

File No.: 32862.

2009: December 8; 2010: November 4.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Division of powers — Labour  
relations — Aboriginal peoples — Child welfare agency  
providing services to Aboriginal children and families  
in British Columbia — Union applying to B.C. Labour  
Relations Board for certification as bargaining agent for*

**NIL/TU,O Child and Family Services  
Society** *Appelante*

c.

**B.C. Government and Service Employees'  
Union** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur  
général de l'Ontario, procureure générale  
du Québec, procureur général du Nouveau-  
Brunswick, procureur général du Manitoba,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, procureur général de la  
Saskatchewan, British Columbia Labour  
Relations Board, Commission canadienne  
des droits de la personne, Kwumut Lelum  
Child and Family Services Society, Conseil  
des Mohawks d'Akwesasne, Assemblée des  
Premières Nations du Québec et du Labrador,  
Commission de la santé et des services  
sociaux des Premières Nations du Québec et  
du Labrador, Sommet des Premières Nations  
et Nations Te'Mexw** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : NIL/TU,O CHILD AND FAMILY SER-  
VICES SOCIETY c. B.C. GOVERNMENT AND SERVICE  
EMPLOYEES' UNION**

**2010 CSC 45**

N° du greffe : 32862.

2009 : 8 décembre; 2010 : 4 novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —  
Relations de travail — Autochtones — Agence d'aide  
à l'enfance offrant des services aux enfants et aux  
familles autochtones en Colombie-Britannique —  
Demande du syndicat à la Labour Relations Board de*

*child welfare agency's employees — Agency arguing its labour relations within exclusive federal authority over Indians — Whether agency constitutes a federal undertaking based on its nature, operations and habitual activities — Whether Aboriginal aspects of agency's operations and service delivery displace presumption of provincial jurisdiction over labour relations — Constitution Act, 1867, s. 91(24).*

NIL/TU,O Child and Family Services Society provides child welfare services to the children and families of seven First Nations in British Columbia. It has a unique institutional structure, combining provincial accountability, federal funding, and a measure of operational independence. In 2005, the Union applied to the B.C. Labour Relations Board to be certified as the bargaining agent for NIL/TU,O's employees. NIL/TU,O objected, arguing that its labour relations fell within federal jurisdiction over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, because its services are designed for First Nations children and families. The Board dismissed NIL/TU,O's objection and certified the Union. On judicial review, the Supreme Court of British Columbia overturned the Board's certification order, finding that even though NIL/TU,O's operations served provincial ends, they did so by uniquely Aboriginal means. The British Columbia Court of Appeal allowed the Union's appeal, concluding that NIL/TU,O's operations — and therefore its labour relations — fell under provincial jurisdiction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: An application of the well-established legal framework for determining the jurisdiction of labour relations on federalism grounds clearly and conclusively confirms that NIL/TU,O is a provincial undertaking. Its labour relations therefore fall under provincial jurisdiction and are subject to the B.C. *Labour Relations Code*. Canadian courts have long recognized that labour relations are presumptively a provincial matter. To displace that presumption, a court must conduct an inquiry having two distinct steps, the first being the "functional test", which examines the nature, operations and habitual activities of the entity to determine whether it constitutes a federal undertaking. Only when this first test is inconclusive, should a court

*la Colombie-Britannique en vue d'être accrédité à titre d'agent négociateur des employés de l'agence — Agence alléguant que ses relations de travail relèvent de la compétence fédérale exclusive sur les Indiens — Compte tenu de sa nature, de son fonctionnement et de ses activités habituelles, l'agence est-elle une entreprise fédérale? — Les aspects autochtones des activités de l'agence et de la prestation de ses services écartent-ils la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).*

NIL/TU,O Child and Family Services Society fournit aux enfants et aux familles de sept premières nations de la Colombie-Britannique des services d'aide à l'enfance. Elle a une structure unique car elle relève du gouvernement provincial, elle est financée par le gouvernement fédéral et elle dispose d'une certaine indépendance opérationnelle. En 2005, le syndicat a présenté à la Labour Relations Board de la Colombie-Britannique une demande afin d'être accrédité à titre d'agent négociateur des employés de NIL/TU,O. Cette dernière s'y est opposée, alléguant que ses relations de travail relevaient de la compétence fédérale sur les « Indiens » en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisque ses services sont destinés aux enfants et aux familles des Premières Nations. La Labour Relations Board a rejeté l'opposition de NIL/TU,O et a accrédité le syndicat. Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé l'ordonnance d'accréditation, concluant que même si les activités de NIL/TU,O répondaient à des fins provinciales, c'était uniquement avec des ressources autochtones. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel du syndicat, concluant que les activités de NIL/TU,O — et par conséquent ses relations de travail — étaient de compétence provinciale.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : L'application du cadre juridique bien établi servant à déterminer si les relations de travail relèvent de la compétence fédérale confirme de façon claire et concluante que NIL/TU,O est une entreprise provinciale. Ses relations de travail relèvent donc de la compétence provinciale et sont assujetties au *Labour Relations Code* de la Colombie-Britannique. Les tribunaux canadiens ont reconnu depuis longtemps qu'en matière de relations de travail, la compétence provinciale est présumée. Pour écarter cette présomption, le tribunal doit procéder à un examen en deux étapes, la première étant l'application du « critère fonctionnel » qui permet d'examiner la nature, le fonctionnement et les activités habituelles de l'entité afin de déterminer si

proceed to the second step, which is to ask whether the provincial regulation of that entity's labour relations would impair the "core" of the federal head of power at issue. There is no reason why the jurisdiction of an entity's labour relations should be approached differently when dealing with s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. The fundamental nature of the inquiry is — and should be — the same.

The essential nature of NIL/TU,O's operation is to provide child and family services, a matter within the provincial sphere. It is regulated exclusively by the province, and its employees exercise exclusively provincial delegated authority. The identity of the designated beneficiaries may and undoubtedly should affect how those services are delivered, but they do not change the fact that the delivery of child welfare services, a provincial undertaking, is what NIL/TU,O essentially does. The presumption in favour of provincial jurisdiction over labour relations remains operative in this case. Since the question of whether an entity's activities or operations lie at the "core" of a federal undertaking or head of power is not part of the functional test, and since the functional test is conclusive, an inquiry into the "core of Indianness" is not required.

*Per McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ.:* The central question in this case is whether the operation falls within the protected "core of Indianness" under s. 91(24), defined as matters that go to the status and rights of Indians. The proposition that the "core of Indianness" should be considered only if the functional test is inconclusive does not withstand scrutiny because the essence of the functional test is whether the operation falls within the core of the federal power. The two-stage test would mean that labour jurisdiction would be determined in many cases before consideration of the power under s. 91(24) is reached. Deciding labour jurisdiction in a case such as this without scrutiny of the federal power hollows out the functional test. Conversely, to deem any Aboriginal aspect sufficient to trigger federal jurisdiction would threaten to swallow the presumption that labour relations fall under provincial jurisdiction. The proper approach is simply to ask, as the cases consistently have, whether the Indian operation at issue, viewed functionally in terms of its normal and habitual activities, falls within the core of s. 91(24). The functional analysis of the operation's activities is

elle constitue une entreprise fédérale. Ce n'est que si la première étape n'est pas concluante que le tribunal doit passer à la seconde étape et se demander si la réglementation, par la province, des relations de travail de l'entité porterait atteinte au « contenu essentiel » du chef de compétence fédéral en cause. Rien ne justifie que la compétence relative aux relations de travail d'une entité soit abordée différemment lorsque le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est en cause. La nature fondamentale de l'examen est — et devrait être — la même.

Les activités de NIL/TU,O consistent essentiellement en la prestation de services aux enfants et aux familles, une matière qui relève de la compétence provinciale. NIL/TU,O est exclusivement réglementée par la province et ses employés exercent des pouvoirs délégués de compétence exclusivement provinciale. L'identité des bénéficiaires visés peut et devrait sans doute influencer sur la façon dont ces services sont dispensés, mais elle ne change rien au fait que la prestation de services d'aide à l'enfance, une entreprise provinciale, est essentiellement la fonction de NIL/TU,O. La présomption en faveur de la compétence provinciale en matière de relations de travail continue de s'appliquer en l'espèce. Puisque la question de savoir si les activités ou le fonctionnement d'une entité se rattachent au « contenu essentiel » d'une entreprise fédérale ou d'un chef de compétence fédéral est étrangère au critère fonctionnel, et que l'application du critère fonctionnel est concluante, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen du « contenu essentiel de l'indianité ».

*La juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish :* La question principale en l'espèce est de savoir si les activités relèvent du « contenu essentiel de l'indianité » protégé par le par. 91(24), ce contenu étant défini comme les matières qui sont liées au statut et aux droits des Indiens. La thèse suivant laquelle le « contenu essentiel de l'indianité » ne devrait être pris en compte que si le critère fonctionnel ne s'avère pas concluant ne résiste pas à l'examen parce que l'élément essentiel du critère fonctionnel est de savoir si l'activité se rattache au contenu essentiel d'un pouvoir fédéral. Le critère en deux étapes signifierait que la compétence en matière de relations de travail serait dans bien des cas déterminée avant que l'on ait examiné la compétence en vertu du par. 91(24). Dans un cas comme celui en l'espèce, trancher la compétence en matière de relations de travail sans que soit examinée la compétence fédérale anéantit le critère fonctionnel. À l'inverse, accepter que tout aspect autochtone suffit pour que s'applique la compétence fédérale menacerait d'engloutir la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail. La démarche qui s'impose consiste simplement à se demander, comme on l'a fait

not a preliminary step; rather it provides the answer to whether the activity falls within the protected core.

In the labour relations context, only if the operation's normal and habitual activities relate directly to what makes Indians federal persons by virtue of their status or rights, can the presumption that provincial labour legislation applies be ousted. This is a narrow test. It recognizes that Indians are members of the broader population and, in their day-to-day activities, they are subject to provincial laws of general application. Only where the activity is so integrally related to what makes Indians and lands reserved for Indians a fundamental federal responsibility does it become an intrinsic part of the exclusive federal jurisdiction, such that provincial legislative power is excluded. In this case, the function or operation of NIL/TU,O is the provision of child welfare services under the umbrella of the province-wide network of agencies providing similar services. The fact that NIL/TU,O employs Indians and works for the welfare of Indian children in a culturally sensitive way that seeks to enhance Aboriginal identity and preserve Aboriginal values does not alter that essential function. Moreover, NIL/TU,O's ordinary and habitual activities do not touch on issues of Indian status or rights. As such, the child welfare services cannot be considered federal activities. This conclusion is not negated by the fact that the federal government has entered into an intergovernmental agreement with the province of British Columbia and NIL/TU,O, or because it agreed to partially fund the delivery of child welfare services on reserves. NIL/TU,O, as the deliverer of those services, is therefore bound by the applicable provincial legislation.

### Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; **referred to:** *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation*

systematiquement dans les décisions antérieures, si les activités normales et habituelles de l'entreprise indienne en cause, considérées d'un point de vue fonctionnel, se rattachent au contenu essentiel du par. 91(24). L'analyse fonctionnelle des activités de l'entreprise ne constitue pas une étape préliminaire; elle permet plutôt de répondre à la question de savoir si l'activité relève du contenu essentiel protégé.

Dans le contexte des relations de travail, la présomption que les lois ouvrières provinciales s'appliquent ne peut être écartée que si les activités normales et habituelles de l'entreprise ont un lien direct avec ce qui fait que les Indiens sont des personnes fédérales en vertu de leur statut ou de leurs droits. Il s'agit d'un critère étroit qui reconnaît que les Indiens font partie de la population générale et que, dans le cadre de leurs activités quotidiennes, ils sont assujettis aux lois provinciales d'application générale. Ce n'est que lorsque l'activité est si entièrement liée à ce qui fait que les Indiens et les terres réservées aux Indiens sont une responsabilité fédérale fondamentale qu'elle devient une partie intrinsèque de la compétence fédérale exclusive, de sorte que le pouvoir législatif provincial est exclu. En l'espèce, la fonction ou les activités de NIL/TU,O consistent en la prestation de services d'aide à l'enfance dans le cadre du réseau provincial des organismes offrant des services semblables. Le fait que NIL/TU,O emploie des Indiens et qu'elle cherche à assurer le bien-être des enfants indiens d'une manière adaptée à leur culture dans le but d'enrichir leur identité autochtone et de préserver les valeurs autochtones ne modifie en rien cette fonction essentielle. En outre, les activités normales et habituelles de NIL/TU,O ne concernent pas les questions de statut ou de droits des Indiens. En tant que tels, les services d'aide à l'enfance ne peuvent être considérés comme des activités fédérales. Cette conclusion ne va pas à l'encontre du fait que le gouvernement fédéral a conclu une entente intergouvernementale avec la province de la Colombie-Britannique et NIL/TU,O ou qu'il a accepté de financer partiellement la prestation de services d'aide à l'enfance dans les réserves. NIL/TU,O, en tant que prestataire de ces services, est donc liée par les lois provinciales applicables.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts appliqués:** *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; **arrêts mentionnés:** *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396; *Reference re Industrial Relations and*

*Act*, [1955] S.C.R. 529; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] S.C.R. 851; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Canada Labour Relations Board v. City of Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; *Sappier v. Tobique Indian Band (Council)* (1988), 87 N.R. 1; *Qu'Appelle Indian Residential School Council v. Canada (Canadian Human Rights Tribunal)*, [1988] 2 F.C. 226; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Firearms Act*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292.

By McLachlin C.J. and Fish J.

**Referred to:** *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449; *Shubenacadie Band Council v. Canada (Human Rights Commission)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466; *Sappier v. Tobique Indian Band (Council)* (1988), 87 N.R. 1; *Qu'Appelle Indian Residential School Council v. Canada (Canadian Human Rights Tribunal)*, [1988] 2 F.C. 226; *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)* (1997), 39 C.L.R.B.R. (2d) 227; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R.

*Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 851; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *Conseil de la bande de Tobique c. Sappier*, [1988] A.C.F. n° 435 (QL); *Qu'Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish

**Arrêts mentionnés :** *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [2000] A.C.F. n° 702 (QL); *Conseil de la bande de Tobique c. Sappier*, [1988] A.C.F. n° 435 (QL); *Qu'Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226; *Westbank First Nation c. British Columbia (Labour Relations Board)* (1997), 39 C.L.R.B.R. (2d) 227; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990]

751; *Paul v. Paul*, [1986] 1 S.C.R. 306; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2.  
*Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 2, 3, 4, 71(3), 91, 93(1)(g)(iii).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244.  
*Society Act*, R.S.B.C. 1996, c. 433.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Frankel and Groberman J.J.A.), 2008 BCCA 333, 81 B.C.L.R. (4th) 318, 258 B.C.A.C. 244, 434 W.A.C. 244, 296 D.L.R. (4th) 364, 155 C.L.R.B.R. (2d) 1, 80 Admin. L.R. (4th) 282, [2008] 10 W.W.R. 388, 2009 C.L.L.C. ¶220-011, [2008] 4 C.N.L.R. 57, [2008] B.C.J. No. 1611 (QL), 2008 CarswellBC 1773, reversing a decision of Cullen J., 2007 BCSC 1080, 76 B.C.L.R. (4th) 322, 284 D.L.R. (4th) 42, 147 C.L.R.B.R. (2d) 289, [2008] 4 W.W.R. 287, 2007 C.L.L.C. ¶220-044, [2007] B.C.J. No. 1609 (QL), 2007 CarswellBC 1671. Appeal dismissed.

*Walter G. Rilkoff, Lisa A. Peters and Nicole K. Skuggedal*, for the appellant.

*Kenneth R. Curry and Catherine Ann Sullivan*, for the respondent.

*Peter Southey and Sean Gaudet*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Sean Hanley and Bruce Ellis*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Sylvain Leboeuf and Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Gaëtan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Cynthia Devine*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

2 R.C.S. 838; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146.

### Lois et règlements cités

*Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 2, 3, 4, 71(3), 91, 93(1)(g)(iii).  
*Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2.  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.  
*Society Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 433.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Frankel et Groberman), 2008 BCCA 333, 81 B.C.L.R. (4th) 318, 258 B.C.A.C. 244, 434 W.A.C. 244, 296 D.L.R. (4th) 364, 155 C.L.R.B.R. (2d) 1, 80 Admin. L.R. (4th) 282, [2008] 10 W.W.R. 388, 2009 C.L.L.C. ¶220-011, [2008] 4 C.N.L.R. 57, [2008] B.C.J. No. 1611 (QL), 2008 CarswellBC 1773, qui a infirmé une décision du juge Cullen, 2007 BCSC 1080, 76 B.C.L.R. (4th) 322, 284 D.L.R. (4th) 42, 147 C.L.R.B.R. (2d) 289, [2008] 4 W.W.R. 287, 2007 C.L.L.C. ¶220-044, [2007] B.C.J. No. 1609 (QL), 2007 CarswellBC 1671. Pourvoi rejeté.

*Walter G. Rilkoff, Lisa A. Peters et Nicole K. Skuggedal*, pour l'appelante.

*Kenneth R. Curry et Catherine Ann Sullivan*, pour l'intimé.

*Peter Southey et Sean Gaudet*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Sean Hanley et Bruce Ellis*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Sylvain Leboeuf et Monique Rousseau*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

*Gaëtan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Cynthia Devine*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Paul E. Yearwood*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*R. James Fyfe*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Elena Miller*, for the intervener the British Columbia Labour Relations Board.

*Philippe Dufresne* and *Valerie Phillips*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

*John W. Gailus* and *Christopher G. Devlin*, for the intervener the Kwumut Lelum Child and Family Services Society.

*Jacques A. Emond* and *Colleen Dunlop*, for the intervener the Mohawk Council of Akwesasne.

*David Schulze* and *Barbara Cuber*, for the interveners the Assembly of the First Nations of Quebec and Labrador and the First Nations of Quebec and Labrador Health and Social Services Commission.

*Arthur C. Pape* and *Richard B. Salter*, for the intervener the First Nations Summit.

*Robert J. M. Janes* and *Karey M. Brooks*, for the intervener the Te'Mexw Nations.

The judgment of LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — NIL/TU,O Child and Family Services Society (“NIL/TU,O”) provides child welfare services to certain First Nations children and families in British Columbia. It has a unique institutional structure, combining provincial accountability, federal funding, and a measure of operational independence.

[2] None of the parties dispute that child welfare is a matter within provincial legislative competence under the *Constitution Act, 1867*. NIL/TU,O

*Paul E. Yearwood*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*R. James Fyfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Elena Miller*, pour l'intervenante British Columbia Labour Relations Board.

*Philippe Dufresne* et *Valerie Phillips*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

*John W. Gailus* et *Christopher G. Devlin*, pour l'intervenante Kwumut Lelum Child and Family Services Society.

*Jacques A. Emond* et *Colleen Dunlop*, pour l'intervenant le Conseil des Mohawks d'Akwesasne.

*David Schulze* et *Barbara Cuber*, pour les intervenantes l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador et la Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador.

*Arthur C. Pape* et *Richard B. Salter*, pour l'intervenant le Sommet des Premières Nations.

*Robert J. M. Janes* et *Karey M. Brooks*, pour l'intervenante les Nations Te'Mexw.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La société NIL/TU,O Child and Family Services Society (« NIL/TU,O ») fournit aux enfants et aux familles de certaines premières nations de la Colombie-Britannique des services d'aide à l'enfance. La structure de cette société est unique car elle relève du gouvernement provincial, elle est financée par le gouvernement fédéral et elle dispose d'une certaine indépendance opérationnelle.

[2] Aucune des parties ne conteste le fait que les services d'aide à l'enfance relèvent de la compétence législative provinciale en vertu de la *Loi*

does not challenge the constitutional validity of the *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, as it applies to Aboriginal people. Nor is the issue whether the federal government can enact labour relations legislation dealing with “Indians”. It clearly can. The issue in this appeal is whether NIL/TU,O’s labour relations nonetheless fall within federal jurisdiction over Indians under s. 91(24) because its services are designed for First Nations children and families.

[3] For the last 85 years, this Court has consistently endorsed and applied a distinct legal test for determining the jurisdiction of labour relations on federalism grounds. This legal framework, set out most comprehensively in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115 and *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031, and applied most recently in *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, is used regardless of the specific head of federal power engaged in a particular case. It calls for an inquiry into the nature, habitual activities and daily operations of the entity in question to determine whether it constitutes a federal undertaking. This inquiry is known as the “functional test”. Only if this test is inconclusive as to whether a particular undertaking is “federal”, does the court go on to consider whether provincial regulation of that entity’s labour relations would impair the “core” of the federal head of power.

[4] The “core” of whatever federal head of power happens to be at issue in a particular labour relations case has never been used by this Court to determine whether an entity is a “federal undertaking” for the purposes of triggering the jurisdiction of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2. Since in my view the functional test conclusively establishes that NIL/TU,O is a provincial undertaking, I do not

*constitutionnelle de 1867*. NIL/TU,O ne conteste pas la validité constitutionnelle de la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, qui s’applique aux Autochtones. Le présent litige ne vise pas non plus à déterminer si le gouvernement fédéral peut édicter des lois en matière de relations de travail portant sur les « Indiens » puisqu’il peut clairement le faire. La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les relations de travail de NIL/TU,O relèvent néanmoins de la compétence fédérale sur les « Indiens » en vertu du par. 91(24) puisque les services dispensés sont destinés à des enfants et des familles des Premières Nations.

[3] Au cours des 85 dernières années, notre Cour a constamment retenu et appliqué un critère juridique distinct pour déterminer si les relations de travail relèvent de la compétence fédérale. Ce cadre juridique, exposé de la manière la plus complète dans *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115 et *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, et appliqué plus récemment dans *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407, est employé peu importe le chef de compétence fédéral visé dans le cadre d’une affaire donnée. Ce critère requiert l’examen de la nature, des activités habituelles et de l’exploitation quotidienne de l’entité en question afin de déterminer s’il s’agit d’une entreprise fédérale. Cet examen est appelé le « critère fonctionnel ». C’est uniquement si ce critère ne s’avère pas concluant pour déterminer si une entreprise donnée est « fédérale » que la Cour vérifiera ensuite si la réglementation, par la province, des relations de travail de cette entité porte atteinte au « contenu essentiel » du chef de compétence fédérale.

[4] Notre Cour n’a jamais eu recours au « contenu essentiel » d’un chef de compétence fédérale en cause dans une affaire donnée concernant les relations de travail pour déterminer si une entité est une « entreprise fédérale » qui doit être assujettie au régime du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2. Puisque je suis d’avis que le critère fonctionnel démontre de façon concluante que NIL/TU,O est

see this case as being the first to require an examination of the “core” of s. 91(24).

### Background

[5] In 1997, seven First Nations collectively incorporated NIL/TU,O under British Columbia’s *Society Act*, R.S.B.C. 1996, c. 433, to establish a child welfare agency that would provide “culturally appropriate” services to their children and families. NIL/TU,O operates out of offices on the Tsawout reserve and provides its services to the members of the “Collective First Nations”, currently comprised of the Beecher Bay, Pacheedaht, Pauquachin, Songhees, T’Sou-ke, Tsartlip and Tsawout First Nations.

[6] In 2005, the British Columbia Government and Service Employees’ Union applied to the British Columbia Labour Relations Board to be certified as the bargaining agent for all employees of NIL/TU,O, excluding the executive director. NIL/TU,O objected, arguing that its labour relations fell under federal jurisdiction.

[7] The Board dismissed NIL/TU,O’s objection. NIL/TU,O was, in the Board’s view, an “‘Indian’ organization” ((2006), 122 C.L.R.B.R. (2d) 174, at para. 47). However, without some connection to the exercise of federal legislative power, that “‘Indian’ content” did not attract federal jurisdiction over labour relations (para. 47). The Board accordingly certified the Union under the B.C. *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244. A three-member panel of the Board subsequently dismissed NIL/TU,O’s request for reconsideration ((2006), 127 C.L.R.B.R. (2d) 137).

[8] On judicial review, Cullen J. of the Supreme Court of British Columbia granted the application on the grounds that NIL/TU,O’s labour relations fell under federal jurisdiction and were therefore not within the Board’s authority (2007 BCSC 1080,

une entreprise provinciale, j’estime que la présente affaire ne doit pas être la première où l’on exige un examen du « contenu essentiel » du par. 91(24).

### Contexte

[5] En 1997, sept premières nations ont collectivement constitué NIL/TU,O en vertu de la *Society Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 433, de la Colombie-Britannique afin de créer une agence d’aide à l’enfance qui fournirait à leurs enfants et à leurs familles des services « adaptés à leur culture ». NIL/TU,O exerce ses activités dans des bureaux situés sur la réserve Tsawout et dispense ses services aux membres du « regroupement des premières nations », composé actuellement des premières nations de Beecher Bay, Pacheedaht, Pauquachin, Songhees, T’Sou-ke, Tsartlip et Tsawout.

[6] En 2005, le British Columbia Government and Service Employees’ Union [« le syndicat »] a présenté à la British Columbia Labour Relations Board [« la Commission »] une demande afin d’être accrédité à titre d’agent négociateur pour tous les employés de NIL/TU,O, à l’exclusion du directeur général. NIL/TU,O s’y est opposée, alléguant que ses relations de travail étaient de compétence fédérale.

[7] La Commission a rejeté l’opposition de NIL/TU,O. Selon elle, NIL/TU,O était une [TRADUCTION] « organisation “indienne” » ((2006), 122 C.L.R.B.R. (2d) 174, par. 47). Or, en l’absence d’un lien avec l’exercice d’un pouvoir législatif fédéral, ce [TRADUCTION] « contenu “indien” » ne relevait pas de la compétence fédérale en matière de relations de travail (par. 47). La Commission a donc accrédité le syndicat en vertu du *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244 de la Colombie-Britannique. Une formation de trois commissaires a ensuite rejeté la demande de réexamen présentée par NIL/TU,O ((2006), 127 C.L.R.B.R. (2d) 137).

[8] Dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, le juge Cullen de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli la demande au motif que les relations de travail de NIL/TU,O étaient de compétence fédérale et échappaient donc

76 B.C.L.R. (4th) 322). He found that NIL/TU,O's operations and activities had a federal dimension and, even though those operations served provincial ends, they did so by uniquely Aboriginal means. Cullen J. accordingly overturned the Board's certification order.

[9] The Union then sought and obtained certification from the Canada Industrial Relations Board under the *Canada Labour Code*. Despite its federal certification, the Union appealed Cullen J.'s decision to the British Columbia Court of Appeal where Groberman J.A., writing for a unanimous court, concluded that NIL/TU,O's operations — and therefore its labour relations — fell under provincial jurisdiction (2008 BCCA 333, 81 B.C.L.R. (4th) 318). In his view, nothing in the *Child, Family and Community Service Act*, the design of NIL/TU,O's operations or the nature of NIL/TU,O's services took NIL/TU,O outside provincial jurisdiction. Primary provincial jurisdiction over labour relations was not "ousted" simply because NIL/TU,O's operations "engage[d] the interests of [A]boriginal groups" or because NIL/TU,O provided services in a "culturally sensitive" manner (para. 62).

[10] For somewhat different reasons, I agree with the conclusion of the British Columbia Court of Appeal and the British Columbia Labour Relations Board that NIL/TU,O's labour relations fall under provincial jurisdiction and are therefore subject to the British Columbia *Labour Relations Code*. I would therefore dismiss the appeal.

### Analysis

[11] Jurisdiction over labour relations is not delegated to either the provincial or federal governments under s. 91 or s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. But since *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396 (P.C.), Canadian courts have recognized that labour relations are presumptively a provincial matter, and that the federal government

à la compétence de la Commission (2007 BCSC 1080, 76 B.C.L.R. (4th) 322). Il a conclu que les activités de NIL/TU,O revêtaient une dimension fédérale et que même si ces activités répondaient à des fins provinciales, c'était uniquement avec des ressources autochtones. Le juge Cullen a donc infirmé l'ordonnance de certification.

[9] Le syndicat a ensuite demandé et obtenu une accréditation auprès du Conseil canadien des relations industrielles en vertu du *Code canadien du travail*. Malgré son accréditation fédérale, le syndicat a interjeté appel de la décision du juge Cullen devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, où le juge Groberman a conclu, dans un jugement unanime, que les activités de NIL/TU,O — et par conséquent ses relations de travail — étaient de compétence provinciale (2008 BCCA 333, 81 B.C.L.R. (4th) 318). À son avis, rien dans la *Child, Family and Community Service Act*, dans la structure des activités de NIL/TU,O ou dans la nature de ses services n'avait pour effet d'exclure NIL/TU,O de la compétence provinciale. La compétence provinciale principale en matière de relations de travail n'était pas [TRADUCTION] « exclue » simplement parce que les activités de NIL/TU,O « touchaient les droits des groupes autochtones » ou parce que NIL/TU,O fournissait des services « adaptés à leur culture » (par. 62).

[10] Pour des motifs quelque peu différents, je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la British Columbia Labour Relations Board pour conclure que les relations de travail de NIL/TU,O relèvent de la compétence provinciale et sont donc assujetties au *Labour Relations Code* de la Colombie-Britannique. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### Analyse

[11] La compétence sur les relations de travail n'est attribuée ni au gouvernement provincial ni au gouvernement fédéral en vertu des art. 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, depuis l'arrêt *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396 (C.P.), les tribunaux canadiens ont reconnu que les relations de travail relèveraient de

has jurisdiction over labour relations only by way of exception. This exception has always been narrowly interpreted (*Snider; Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (the “*Stevedoring case*”); *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] S.C.R. 851; *Letter Carriers’ Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Canada Labour Relations Board v. City of Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Northern Telecom; Four B; Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; *Consolidated Fastfrate*, at paras. 27-28).

[12] The approach to determining whether an entity’s labour relations are federally or provincially regulated is a distinct one and, notably, entails a completely different analysis from that used to determine whether a particular statute is *intra* or *ultra vires* the constitutional authority of the enabling government. Because the regulation of labour relations falls presumptively within the jurisdiction of the provinces, the narrow question when dealing with cases raising the jurisdiction of labour relations is whether a particular entity is a “federal work, undertaking or business” for purposes of triggering the jurisdiction of the *Canada Labour Code*.

[13] The principles underpinning this Court’s well-established approach to labour relations jurisdiction are set out by Dickson J., writing for a unanimous Court, in *Northern Telecom*. The case dealt with the jurisdiction of the labour relations of a subsidiary of a telecommunications company which was itself unquestionably a federal “work, undertaking or business” under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. Adopting Beetz J.’s majority

la compétence provinciale et que la compétence du gouvernement fédéral à l’égard des relations de travail est l’exception. Cette exception a toujours été interprétée de façon restrictive (*Snider; Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (« l’arrêt *Stevedoring* »); *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 851; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Northern Telecom; Four B; Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *Consolidated Fastfrate*, par. 27-28).

[12] La démarche qui s’impose pour déterminer si les relations de travail d’une entité sont régies par le droit fédéral ou le droit provincial est une démarche distincte qui, particulièrement, fait appel à une analyse complètement différente de celle utilisée pour déterminer si une loi en particulier excède les limites du pouvoir constitutionnel du gouvernement qui l’a adoptée. Puisqu’il faut présumer que la réglementation des relations de travail relève de la compétence des provinces, la question précise à trancher dans le cadre d’instances portant sur la compétence en matière de relations de travail est de savoir si une entité en particulier entre dans la catégorie des « entreprises fédérales » et tombe ainsi sous le régime du *Code canadien du travail*.

[13] Les principes qui sous-tendent l’approche déjà bien établie de notre Cour quant à la compétence à l’égard des relations de travail sont énoncés par le juge Dickson, rédigeant au nom d’une Cour unanime, dans *Northern Telecom*. Cette affaire traitait de la compétence sur les relations de travail d’une filiale d’une société de télécommunications elle-même incontestablement une « entreprise » fédérale visée à l’al. 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de*

judgment in *Construction Montcalm*, Dickson J. described the relationship between the division of powers and labour relations as follows:

(1) Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule.

(2) By way of exception, however, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other single federal subject.

(3) Primary federal competence over a given subject can prevent the application of provincial law relating to labour relations and the conditions of employment but only if it is demonstrated that federal authority over these matters is an integral element of such federal competence.

(4) Thus, the regulation of wages to be paid by an undertaking, service or business, and the regulation of its labour relations, being related to an integral part of the operation of the undertaking, service or business, are removed from provincial jurisdiction and immune from the effect of provincial law if the undertaking, service or business is a federal one. [p. 132]

[14] He then set out a “functional test” for determining whether an entity is “federal” for purposes of triggering federal labour relations jurisdiction. Significantly, the “core” of the telecommunications head of power was not used to determine, as part of the functional analysis, the nature of the subsidiary’s operations:

(5) The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation.

(6) In order to determine the nature of the operation, one must look at the normal or habitual activities of the business as those of “a going concern”, without regard for exceptional or casual factors; otherwise, the Constitution could not be applied with any degree of continuity and regularity. [Emphasis added; p. 132.]

[15] *Four B*, decided the same year as *Northern Telecom*, also adopted the principles from

1867. En faisant sienne l’opinion majoritaire rédigée par le juge Beetz dans *Construction Montcalm*, le juge Dickson a décrit comme suit le lien entre le partage des compétences et les relations de travail :

(1) Les relations de travail comme telles et les termes d’un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine.

(2) Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s’il est établi que cette compétence est partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet.

(3) La compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l’application des lois provinciales relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais uniquement s’il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale.

(4) Ainsi, la réglementation des salaires que doit verser une entreprise, un service ou une affaire et la réglementation de ses relations de travail, toutes choses qui sont étroitement liées à l’exploitation d’une entreprise, d’un service ou d’une affaire, ne relèvent plus de la compétence provinciale et ne sont plus assujetties aux lois provinciales s’il s’agit d’une entreprise, d’un service ou d’une affaire fédérale. [p. 132]

[14] Il a ensuite énoncé un « critère fonctionnel » servant à déterminer si une entité est « fédérale » et doit être assujettie au régime fédéral des relations de travail. Il importe de signaler que le juge Dickson n’a pas eu recours au « contenu essentiel » du chef de compétence sur les télécommunications pour déterminer, dans le cadre de l’analyse fonctionnelle, la nature des activités de la filiale :

(5) La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l’exploitation.

(6) Pour déterminer la nature de l’exploitation, il faut considérer les activités normales ou habituelles de l’affaire en tant qu’« entreprise active », sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels; autrement, la Constitution ne pourrait être appliquée de façon continue et régulière. [Je souligne; p. 132.]

[15] Dans l’arrêt *Four B*, rendu la même année que *Northern Telecom*, la Cour a aussi adopté les

*Construction Montcalm*, and again found the functional test, which examined the “normal or habitual activities” of the entity, to be determinative. The issue in *Four B* was whether provincial labour legislation applied to a provincially incorporated manufacturing operation that was owned by four Aboriginal band members, employed mostly band members, and operated on reserve land pursuant to a federal permit. Beetz J., for the majority, set out the governing principles and concluded that the “operational nature” of the business was provincial:

In my view the established principles relevant to this issue can be summarized very briefly. With respect to labour relations, exclusive provincial legislative competence is the rule, exclusive federal competence is the exception. The exception comprises, in the main, labour relations in undertakings, services and businesses which, having regard to the functional test of the nature of their operations and their normal activities, can be characterized as federal undertakings, services or businesses . . . .

There is nothing about the business or operation of *Four B* which might allow it to be considered as a federal business: the sewing of uppers on sport shoes is an ordinary industrial activity which clearly comes under provincial legislative authority for the purposes of labour relations. Neither the ownership of the business by Indian shareholders, nor the employment by that business of a majority of Indian employees, nor the carrying on of that business on an Indian reserve under a federal permit, nor the federal loan and subsidies, taken separately or together, can have any effect on the operational nature of that business. By the traditional and functional test, therefore, *The Labour Relations Act* applies to the facts of this case, and the Board has jurisdiction. [Emphasis added; pp. 1045-46.]

Beetz J. was satisfied that the functional test was conclusive and that *Four B* was a provincial undertaking.

[16] At no point, in discussing the functional test, does Beetz J. mention the “core” of s. 91(24) or its content. In fact, he makes it clear that only if the functional test is inconclusive as to whether a particular undertaking is “federal”, should a court

principes élaborés dans *Construction Montcalm* et a conclu là encore que le critère fonctionnel employé pour l’examen des « activités normales ou habituelles » de l’entité était déterminant. Dans *Four B*, la question était de savoir si les lois ouvrières provinciales s’appliquaient à une entreprise manufacturière constituée en vertu d’une loi provinciale qui appartenait à quatre membres d’une bande indienne, qui employait principalement des membres de la bande et qui exerçait ses activités sur une réserve indienne en vertu d’un permis fédéral. Le juge Beetz, au nom de la majorité, a énoncé les principes directeurs et a conclu que la « nature de l’exploitation » de l’entreprise était provinciale :

À mon avis, les principes établis pertinents à cette question peuvent être résumés très brièvement. En ce qui a trait aux relations de travail, la compétence législative provinciale exclusive est la règle, la compétence fédérale exclusive est l’exception. L’exception comprend, principalement, les relations de travail relatives aux entreprises, services et affaires qui, compte tenu du critère fonctionnel de la nature de leur exploitation et de leur activité normale, peuvent être qualifiés d’entreprises, de services ou d’affaires de compétence fédérale . . . .

Rien dans l’affaire ou l’exploitation de *Four B* ne pourrait permettre de la considérer comme une affaire de compétence fédérale : la couture d’empeignes sur des souliers de sport est une activité industrielle ordinaire qui relève nettement du pouvoir législatif provincial sur les relations de travail. Ni la propriété de l’entreprise par des actionnaires indiens, ni l’embauchage par cette entreprise d’une majorité d’employés indiens, ni l’exploitation de cette entreprise sur une réserve indienne en vertu d’un permis fédéral, ni le prêt et les subventions du fédéral, pris séparément ou ensemble, ne peuvent avoir d’effet sur la nature de l’exploitation de cette entreprise. Donc, compte tenu du critère fonctionnel et traditionnel, *The Labour Relations Act* s’applique aux faits de l’espèce et la *Commission* a compétence. [Je souligne; p. 1045-1046.]

Le juge Beetz a conclu que le critère fonctionnel était concluant et que *Four B* était une entreprise provinciale.

[16] Lorsqu’il traite du critère fonctionnel, le juge Beetz ne mentionne en aucun cas le « contenu essentiel » du par. 91(24). En fait, il indique clairement que ce n’est que si le critère fonctionnel n’est pas concluant pour déterminer si une entreprise en

consider whether provincial regulation of labour relations would impair the “core” of whatever federal regulation governed the entity.

[17] He went on to discuss, in *obiter*, whether this conclusion would have been different if the functional test had been inconclusive:

The functional test is a particular method of applying a more general rule namely, that exclusive federal jurisdiction over labour relations arises only if it can be shown that such jurisdiction forms an integral part of primary federal jurisdiction over some other federal object: the *Stevedoring* case.

Given this general rule, and assuming for the sake of argument that the functional test is not conclusive for the purposes of this case, the first question which must be answered . . . is whether the power to regulate the labour relations in issue forms an integral part of primary federal jurisdiction over Indians and Lands reserved for the Indians. The second question is whether Parliament has occupied the field by the provisions of the *Canada Labour Code*. [Emphasis added; p. 1047.]

[18] In other words, in determining whether an entity’s labour relations will be federally regulated, thereby displacing the operative presumption of provincial jurisdiction, *Four B* requires that a court first apply the functional test, that is, examine the nature, operations and habitual activities of the entity to see if it is a federal undertaking. If so, its labour relations will be federally regulated. Only if this inquiry is inconclusive should a court proceed to an examination of whether provincial regulation of the entity’s *labour relations* would impair the core of the federal head of power at issue.

[19] Notwithstanding this Court’s long-standing approach, a different line of authority has uniquely emerged when courts are dealing with s. 91(24) (see *Sappier v. Tobique Indian Band (Council)* (1988), 87 N.R. 1 (F.C.A.); *Qu’Appelle Indian Residential School Council v. Canada (Canadian Human*

particulier est « fédérale » que le tribunal devrait examiner si la réglementation provinciale des relations de travail pourrait porter atteinte au « contenu essentiel » de la réglementation fédérale applicable à l’entité.

[17] Dans une remarque incidente, le juge Beetz a examiné la question de savoir si cette conclusion aurait été différente si le critère fonctionnel n’avait pas été concluant :

Le critère fonctionnel est une méthode particulière d’application d’une règle plus générale, savoir, que la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail n’existe que si l’on peut établir qu’elle fait partie intégrante de sa compétence principale sur une autre matière fédérale : l’arrêt *Stevedoring*.

Vu cette règle générale, et si l’on présume, pour les besoins de la cause, que le critère fonctionnel n’est pas décisif en l’espèce, la première question à laquelle il faut répondre [. . .] est de savoir si le pouvoir de réglementer les relations de travail en question fait partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. La seconde question est de savoir si le Parlement a occupé le champ par les dispositions du *Code canadien du travail*. [Je souligne; p. 1047.]

[18] En d’autres mots, pour déterminer si le pouvoir de réglementer les relations de travail d’une entité relèvera du gouvernement fédéral, ce qui aurait pour effet d’écarter la présomption de compétence provinciale, l’arrêt *Four B* exige que le tribunal applique tout d’abord le critère fonctionnel, c’est-à-dire qu’il examine la nature de l’entité, son exploitation et ses activités habituelles pour voir s’il s’agit d’une entreprise fédérale. Si c’est le cas, ses relations de travail seront assujetties à la réglementation fédérale. C’est seulement lorsque cet examen n’est pas concluant qu’il doit ensuite examiner si la réglementation, par le gouvernement provincial, des *relations de travail* de l’entité porterait atteinte au chef de compétence fédérale en cause.

[19] En dépit de la démarche appliquée depuis longtemps par notre Cour, il s’est développé un courant jurisprudentiel différent et ce, uniquement dans le cadre de litiges portant sur le par. 91(24) (voir *Conseil de la bande de Tobique c. Sappier*, [1988] A.C.F. n° 435 (QL) (C.A.); *Qu’Appelle Indian*

*Rights Tribunal*), [1988] 2 F.C. 226 (T.D.), at p. 239; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449 (T.D.), at pp. 459-60). This divergent analysis proceeds, contrary to *Four B*, directly to the question of whether the “core” of the head of power is impaired, without applying the functional test first. Moreover, rather than considering whether the regulation of the entity’s *labour relations* would impair the “core” of a federal head of power, these decisions have examined instead whether the nature of the entity’s *operations* lay at the “core” and therefore displaced the presumption that labour relations are provincially regulated.

[20] There is no reason why, as a matter of principle, the jurisdiction of an entity’s labour relations should be approached differently when s. 91(24) is at issue. The fundamental nature of the inquiry is — and should be — the same as for any other head of power. It is an inquiry with two distinct steps, the first being the functional test. A court should proceed to the second step only when this first test is inconclusive. If it is, the question is not whether the entity’s *operations* lie at the “core” of the federal head of power; it is whether the provincial regulation of that entity’s *labour relations* would impair the “core” of that head of power. Collapsing the two steps into a single inquiry, as the trial judge and the Court of Appeal did, and as the Chief Justice and Fish J. do in their concurring reasons, transforms the traditional labour relations test into a different test: the one used for determining whether a statute is “inapplicable” under the traditional interjurisdictional immunity doctrine. The two-step inquiry preserves the integrity of the unique labour relations test; the single-step approach extinguishes it.

[21] With great respect, therefore, to the contrary views of the Chief Justice and Fish J., I do not agree

*Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226 (1<sup>re</sup> inst.), p. 239; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1<sup>re</sup> inst.), p. 459-460). Suivant cette différente analyse, et contrairement à *Four B*, le tribunal passe directement à la question de savoir s’il y a atteinte au « contenu essentiel » d’un chef de compétence fédéral, sans appliquer d’abord le critère fonctionnel. De plus, plutôt que d’examiner si la réglementation des *relations de travail* de l’entité porte atteinte à ce « contenu essentiel », ces décisions ont plutôt examiné si la nature des *activités* de l’entité se rattache au « contenu essentiel » et ont ainsi écarté la présomption selon laquelle le pouvoir de régler les relations de travail relève du gouvernement provincial.

[20] En principe, rien ne justifie que la compétence relative aux relations de travail d’une entité soit abordée différemment lorsque le par. 91(24) est en cause. La nature fondamentale de l’examen est — et devrait être — la même que pour les autres chefs de compétence. Il s’agit d’un examen en deux étapes, la première étape étant l’application du critère fonctionnel. Le tribunal doit passer à la seconde étape seulement si la première étape n’est pas concluante. Si elle est concluante, la question n’est pas de savoir si les *activités* de l’entité se rattachent au « contenu essentiel » du chef de compétence fédéral, mais de savoir si le fait que les *relations de travail* de cette entité sont régies par le gouvernement provincial porte atteinte au « contenu essentiel » de ce chef de compétence. Le fait de regrouper les deux étapes en un seul examen, comme l’ont fait le juge de première instance et la Cour d’appel, et comme le font le juge en chef McLachlin et le juge Fish dans leurs motifs concordants, a pour effet de transformer le critère traditionnel applicable en matière de relations de travail en un critère différent : celui que l’on utilise pour décider si une loi est « inapplicable » en vertu de la doctrine traditionnelle de l’exclusivité des compétences. L’analyse en deux étapes préserve l’intégrité du critère unique en matière de relations de travail; la démarche en une seule étape l’abolit.

[21] Toutefois, en toute déférence pour les opinions contraires de la juge en chef McLachlin et du

that consideration of the “core” of a federal head of power is part of the functional test, the first step of the analysis. Whether an activity lies at the “core” of a federal undertaking or head of power is an analysis carried out in the narrow confines of inter-jurisdictional immunity: see *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3. The functional test is not an alternate method of determining whether an activity lies at the “core”; rather, the functional test looks to whether the “undertaking, service or business is a federal one” (*Northern Telecom*, at p. 132).

[22] The difference between these two approaches is significant. The “core” of a federal head of power might not capture the scope or potential reach of federal legislative jurisdiction, as the Court held in *Canadian Western Bank*. Additionally, it is possible for an entity to be federally regulated in part and provincially regulated in part. To the extent that the functional test is inconclusive as to jurisdiction over the labour relations of an entity, the presumption of provincial jurisdiction will apply in such a case *unless* the core of the federal head of power would be impaired by provincial regulation of the entity’s labour relations. It is only in this circumstance of an inconclusive finding about the application of the functional test that this narrow analysis of the “core” of the federal power will be engaged.

[23] This brings us to the application of the *Four B* test to the circumstances of this case. The delivery of child welfare services in British Columbia is governed by the *Child, Family and Community Service Act*. The Act sets out a detailed child protection regime for the province that is administered by “directors” appointed by the Minister for Child and Family Development (s. 91).

[24] The province of British Columbia (represented by a director appointed under the Act), the

juge Fish, j’estime que l’examen du « contenu essentiel » d’un chef de compétence fédéral n’a pas sa place dans l’application du critère fonctionnel, la première étape de l’analyse. La question de savoir si une activité se rattache au « contenu essentiel » d’une entreprise fédérale ou d’un chef de compétence fédérale est une analyse faite dans les limites restreintes de l’exclusivité des compétences : voir *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3. L’application du critère fonctionnel ne constitue pas une autre méthode pour déterminer si une activité se rattache au « contenu essentiel »; ce critère permet plutôt de déterminer si l’entreprise, le service ou l’affaire est de compétence fédérale (*Northern Telecom*, p. 132).

[22] La différence entre ces deux démarches est importante. Le « contenu essentiel » d’un chef de compétence fédérale peut ne pas recouper la portée ou l’étendue potentielle d’une compétence législative fédérale, comme l’a dit notre Cour dans *Banque canadienne de l’Ouest*. De plus, il est possible qu’une entité soit réglementée en partie par le fédéral et en partie par la province. Dans la mesure où l’application du critère fonctionnel ne permet pas de déterminer qui a compétence sur les relations de travail d’une entité, la présomption de compétence provinciale s’appliquera *à moins que* la réglementation, par la province, des relations de travail de l’entité porte atteinte au contenu essentiel du chef de compétence fédérale. C’est uniquement dans le cas où l’application du critère fonctionnel n’est pas concluante que l’on entreprendra cette analyse restrictive du « contenu essentiel » de la compétence fédérale.

[23] Ce qui nous amène à l’application du critère de l’arrêt *Four B* aux circonstances de la présente affaire. En Colombie-Britannique, la prestation des services d’aide à l’enfance est régie par la *Child, Family and Community Service Act*. Cette Loi crée un régime provincial exhaustif pour la protection de l’enfance, lequel est administré par des [TRADUCTION] « directeurs » désignés par le ministre responsable de l’aide à l’enfance et à la famille (art. 91).

[24] La province de la Colombie-Britannique (représentée par un directeur nommé sous le régime

federal government (represented by the Minister of Indian Affairs) and NIL/TU,O (representing the Collective First Nations) are parties to a tripartite delegation agreement, first signed in 1999 and later confirmed in 2004 (“2004 Agreement”). Under this agreement, the provincial government, as the keeper of constitutional authority over child welfare, delegated some of its statutory powers and responsibilities over the delivery of child welfare services to the Collective First Nations to NIL/TU,O. This delegation is anticipated by s. 93(1)(g)(iii) of the Act, which permits a provincial director to make agreements for the delivery of statutory child welfare services with legal entities representing Aboriginal communities. The federal government’s role in the arrangement is limited to financing NIL/TU,O’s provision of certain services to certain children.

[25] The 2004 Agreement established NIL/TU,O’s responsibility for delivering services provided for in the Act to the Collective First Nations’ children and their families and confirmed the rights of those children to be connected to their culture and to receive “culturally appropriate” services from NIL/TU,O (arts. 2.1(a) and (d)). It provides that the province of British Columbia has legislative authority in respect of child welfare and that the director is responsible for administering the Act (Preamble, art. D). The 2004 Agreement also provides, however, that NIL/TU,O has the right to “care for and protect NIL/TU,O Children and to preserve their connection to their culture and heritage through the delivery of culturally appropriate Services” (Preamble, art. G).

[26] When providing delegated statutory services, NIL/TU,O’s employees are always accountable to the directors appointed under the Act (2004 Agreement, arts. 5.1 and 5.2), and NIL/TU,O is required, at all times, to deliver its delegated services in accordance with the Act (2004 Agreement, arts. 3.1 and 4.2). In providing these statutory services, NIL/TU,O must uphold the Act’s paramount considerations, namely, the safety and well-being

de la Loi), le gouvernement fédéral (représenté par le ministre des Affaires indiennes) et NIL/TU,O (représentant le regroupement des premières nations) ont signé une entente de délégation tripartite, laquelle a été initialement signée en 1999 et ensuite confirmée en 2004 [« l’entente de 2004 »]. En vertu de cette entente, le gouvernement provincial, chargé par la Constitution d’assurer les services d’aide à l’enfance, a délégué à NIL/TU,O certains de ses pouvoirs et responsabilités conférés par la Loi en vue de la prestation, au regroupement des premières nations, de services d’aide à l’enfance. Cette délégation est prévue au sous-al. 93(1)g(iii) de la Loi, qui autorise le directeur provincial à conclure, avec des entités juridiques représentant les collectivités autochtones, des ententes portant sur la prestation de services d’aide à l’enfance. La participation du gouvernement fédéral aux termes de cette entente se limite à financer la prestation, par NIL/TU,O, de certains services à certains enfants.

[25] L’entente de 2004 confie à NIL/TU,O la charge d’assurer la prestation des services prévus par la Loi aux enfants du regroupement des premières nations et à leurs familles, et confirme le droit de ces enfants d’être attachés à leur culture et leur droit de recevoir de NIL/TU,O des services [TRADUCTION] « adaptés à leur culture » (al. 2.1a) et d)). L’entente précise que la province de la Colombie-Britannique a compétence en matière d’aide à l’enfance et que le directeur est chargé de l’administration de la Loi (préambule, art. D). Cependant, l’entente de 2004 prévoit également que NIL/TU,O a le droit de [TRADUCTION] « veiller au bien-être et à la protection des enfants dont elle a charge et de préserver leur attachement à leur culture et à leur patrimoine par la prestation de services adaptés à leur culture » (préambule, art. G).

[26] Lorsqu’ils dispensent des services prévus par la Loi, les employés de NIL/TU,O sont toujours comptables envers les directeurs nommés en vertu de la Loi (entente de 2004, art. 5.1 et 5.2), et NIL/TU,O est tenue en tout temps d’assurer la prestation des services conformément à la Loi (entente de 2004, art. 3.1 et 4.2). Lorsqu’elle fournit ces services, NIL/TU,O doit s’assurer du respect des principales considérations de la Loi, c’est-à-dire la

of children, and must comply with the following principles (s. 2):

- (a) children are entitled to be protected from abuse, neglect and harm or threat of harm;
- (b) a family is the preferred environment for the care and upbringing of children and the responsibility for the protection of children rests primarily with the parents;
- (c) if, with available support services, a family can provide a safe and nurturing environment for a child, support services should be provided;
- (d) the child's views should be taken into account when decisions relating to a child are made;
- (e) kinship ties and a child's attachment to the extended family should be preserved if possible;
- (f) the cultural identity of [A]boriginal children should be preserved;
- (g) decisions relating to children should be made and implemented in a timely manner.

[27] NIL/TU,O must also provide its statutory services in accordance with the service delivery principles listed in s. 3 of the Act:

- (a) families and children should be informed of the services available to them and encouraged to participate in decisions that affect them;
- (b) [A]boriginal people should be involved in the planning and delivery of services to [A]boriginal families and their children;
- (c) services should be planned and provided in ways that are sensitive to the needs and the cultural, racial and religious heritage of those receiving the services;
- (d) services should be integrated, wherever possible and appropriate, with services provided by government ministries, community agencies and Community Living British Columbia established under the *Community Living Authority Act*;

protection et le bien-être des enfants, et elle doit respecter les principes suivants (art. 2) :

[TRADUCTION]

- a) les enfants ont le droit d'être protégés contre la négligence et les mauvais traitements ou les risques de mauvais traitements;
- b) la famille est le milieu privilégié pour le soin et l'éducation des enfants, et la responsabilité de protéger les enfants incombe principalement aux parents;
- c) si, grâce aux services d'aide disponibles, une famille peut offrir à l'enfant un milieu sûr et stimulant, il convient d'offrir ces services;
- d) l'opinion de l'enfant doit être prise en compte lorsque des décisions à son sujet sont prises;
- e) les liens de parenté de l'enfant et son attachement à sa famille élargie doivent être préservés dans la mesure du possible;
- f) l'identité culturelle des enfants autochtones doit être préservée;
- g) les décisions concernant les enfants doivent être prises et mises en œuvre dans les meilleurs délais.

[27] NIL/TU,O doit également fournir ses services conformément aux principes applicables à la prestation des services énumérés à l'art. 3 de la Loi :

[TRADUCTION]

- a) les familles et les enfants doivent être informés des services dont ils peuvent bénéficier et il convient de les encourager à participer aux décisions qui les concernent;
- b) les Autochtones doivent participer à la planification et à la prestation des services offerts aux familles et aux enfants autochtones;
- c) dans la planification et la prestation des services, il faut tenir compte des besoins et du patrimoine culturel, racial et religieux des bénéficiaires;
- d) s'il est possible et opportun de le faire, les services doivent être intégrés aux services offerts par les ministères, par les organismes communautaires et par Community Living British Columbia, créée aux termes de la *Community Living Authority Act*;

(e) the community should be involved, wherever possible and appropriate, in the planning and delivery of services, including preventive and support services to families and children.

[28] In addition, NIL/TU,O is bound by the factors that, according to the Act, define the “best interests of a child”, namely the child’s safety, physical and emotional needs, level of development, cultural, racial, linguistic and religious heritage; the importance of continuity in the child’s care; the quality of the relationship between the child and his or her parent or other person; the effect of maintaining that relationship; the child’s views; and the effect on the child in the event of a delayed decision (s. 4(1)). If a child is Aboriginal, the importance of preserving the child’s cultural identity must also be considered when determining what is in his or her best interests (s. 4(2)). It is of note that under s. 71(3) of the Act, when an Aboriginal child is in care, priority must be given to placing the child with the child’s extended family, a family within the child’s Aboriginal cultural community, or another Aboriginal family. Alternative placement options are considered only if these parameters cannot be met.

[29] The specific statutory powers delegated to NIL/TU,O by the province are set out in a “Delegation Matrix” appended to the 2004 Agreement. There are several categories of delegated authority. Most of the NIL/TU,O employees exercising delegated authority operate at the lower category, category 12, which means that they can provide support services for families, administer voluntary care and special needs agreements, and establish residential resources for children in care. Some employees have category 13 authority, which gives them the responsibility for guardianship of children and youth in continuing custody in addition to the lower category powers.

[30] None of NIL/TU,O’s employees have category 14 or 15 authority, which are the highest levels contemplated by the regime. Practitioners

(e) la collectivité doit participer, lorsqu’il est possible et opportun qu’elle le fasse, à la planification et à la prestation des services, y compris les services de prévention et d’aide aux familles et aux enfants.

[28] En outre, NIL/TU,O est liée par les facteurs qui, selon la Loi, définissent [TRADUCTION] « l’intérêt supérieur de l’enfant », c’est-à-dire la sécurité de l’enfant, ses besoins physiques et affectifs, son niveau de développement, son patrimoine culturel, racial, linguistique et religieux; l’importance de la continuité des soins à l’enfant; la qualité de la relation entre l’enfant et son père, sa mère ou une autre personne; l’effet du maintien de cette relation; l’opinion de l’enfant, et les répercussions que peut avoir sur l’enfant le retard à prendre une décision (par. 4(1)). Si l’enfant est Autochtone, l’importance de préserver son identité culturelle doit également être prise en considération dans la détermination de ce qui est dans son intérêt supérieur (par. 4(2)). Il convient de souligner que, selon le par. 71(3) de la Loi, lorsqu’un enfant autochtone est pris en charge, il est préférable de le confier à sa famille élargie, à une famille vivant dans sa collectivité culturelle ou à une autre famille autochtone. Ce n’est qu’à défaut de pouvoir respecter ces paramètres que d’autres solutions de placement peuvent être envisagées.

[29] Les pouvoirs prévus par la Loi que la province délègue à NIL/TU,O sont expressément énoncés dans une [TRADUCTION] « matrice de délégation » jointe à l’entente de 2004. Il existe plusieurs catégories de pouvoirs délégués. La plupart des employés de NIL/TU,O exercent des pouvoirs délégués de la catégorie la plus basse, la catégorie 12, ce qui signifie qu’ils peuvent offrir des services d’aide aux familles, administrer des ententes de garde volontaire et des ententes concernant des besoins spéciaux, et établir des ressources résidentielles à l’intention des enfants pris en charge. Certains employés exercent des pouvoirs de la catégorie 13, ce qui leur donne, en plus des pouvoirs de la catégorie la plus basse, la responsabilité de la tutelle des enfants et des adolescents placés sous garde continue.

[30] Aucun des employés de NIL/TU,O n’exerce des pouvoirs de catégorie 14 ou 15, les catégories les plus élevées au sein du régime. Les praticiens

with category 15 authority are the only ones who are authorized to provide the full range of child protection services set out in the Act, including the apprehension of children in need of protection. Category 14 is reserved for new child protection workers who operate under the supervision of a category 15 practitioner. Therefore, when a child in NIL/TU,O's care is in need of protection, an issue that exists in approximately 20 to 30 percent of NIL/TU,O's files, NIL/TU,O employees have no authority to provide the necessary services.

[31] In all cases, a director under the Act can intervene to ensure NIL/TU,O's compliance with the Act (2004 Agreement, art. 4.3). When a director and NIL/TU,O disagree as to a child's safety or placement or as to the provision of services, the director's decision is paramount (2004 Agreement, art. 14.2). The director is also empowered to revoke, unilaterally, NIL/TU,O's delegated authority upon written notice (2004 Agreement, art. 18.5).

[32] The 2004 Agreement requires that, in addition to delivering delegated services in accordance with the Act, NIL/TU,O must comply with the Aboriginal Operational and Practice Standards and Indicators ("AOPSI") (2004 Agreement, arts. 4.2 and 4.5). The AOPSI were developed collaboratively by the Executive Directors of Aboriginal child and family service agencies, the Department of Indian Affairs and Northern Development, British Columbia's Ministry for Children and Families, and the Caring for First Nations Children Society. They prescribe the "readiness criteria" that must be met before an Aboriginal child and family services agency receives delegated authority under the Act, and set out practice standards that govern the provision of services by Aboriginal agencies, some of which address the unique circumstances of Aboriginal children (see standards 4, 11 and 15).

de catégorie 15 sont les seuls autorisés à offrir la gamme complète des services de protection de l'enfance énoncés dans la Loi, notamment l'apprehension des enfants ayant besoin de protection. La catégorie 14 est réservée aux nouveaux préposés à la protection de l'enfance qui travaillent sous la supervision d'un praticien de catégorie 15. C'est donc dire que lorsqu'un enfant pris en charge par NIL/TU,O a besoin de protection, un problème qui se pose dans environ 20 à 30 pour 100 des dossiers de NIL/TU,O, les employés de NIL/TU,O n'ont aucun pouvoir pour offrir les services nécessaires.

[31] Dans tous les cas, un directeur désigné sous le régime de la Loi peut intervenir pour s'assurer que NIL/TU,O respecte la Loi (entente de 2004, art. 4.3). Lorsqu'un directeur et NIL/TU,O ne s'entendent pas au sujet de la sécurité ou du placement d'un enfant, ou quant à la prestation des services, la décision du directeur prévaut (entente de 2004, art. 14.2). Le directeur a également le pouvoir de révoquer unilatéralement, par un préavis écrit, les pouvoirs délégués à NIL/TU,O (entente de 2004, art. 18.5).

[32] L'entente de 2004 exige que NIL/TU,O respecte les normes et indicateurs de pratique et de fonctionnement autochtones (Aboriginal Operational and Practice Standards and Indicators (« AOPSI »), en plus d'assurer la prestation des services délégués conformément à la Loi (entente de 2004, art. 4.2 et 4.5). Les AOPSI sont nés d'une collaboration entre les directeurs généraux d'agences de services à l'enfance et à la famille autochtones, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, le ministre responsable des enfants et des familles de la Colombie-Britannique, et la société Caring for First Nations Children Society. Ils prescrivent les [TRADUCTION] « critères de préparation » auxquels doit satisfaire une agence de services à l'enfance et à la famille avant que des pouvoirs lui soient délégués en vertu de la Loi et énoncent les normes de pratique qui régissent la prestation des services par les agences autochtones, certaines de ces normes visant la situation particulière des enfants autochtones (voir les normes 4, 11 et 15).

[33] In addition to its delegated powers, NIL/TU,O's goals include the delivery of services that are not provided for in the Act. These non-statutory services include after-school programs designed to increase children's appreciation of First Nations' culture, a camp where youth learn traditional practices, youth justice initiatives that pair troubled youth with mentors and elders, and school support programs that provide mentors to children who encounter racism and discrimination. The record does not, as the Court of Appeal pointed out, establish the extent to which these activities form part of NIL/TU,O's day-to-day operations.

[34] NIL/TU,O receives both provincial and federal funding. Before the province delegated to NIL/TU,O some of its authority to provide child welfare services to the Collective First Nations, the federal funds now paid to NIL/TU,O were allocated to the province pursuant to a memorandum of understanding between the federal and provincial governments. The memorandum did not, as the Chief Justice and Fish J. suggest, delegate regulatory or legislative power from the federal to provincial government. Rather, it simply confirmed that the province is responsible for administering the Act for the benefit of "Indian" children under nineteen, and affirmed the parties' understanding that the federal government would reimburse the province for the cost of providing certain services to certain "Indian" children (Memorandum of Understanding, arts. 1.1 and 4.1). The province currently pays NIL/TU,O for those services that are ineligible for federal funding (2004 Agreement, art. 15.6).

[35] Indeed, 65 percent of NIL/TU,O's funding now comes directly from the federal government. Pursuant to federal Program Directives 20-1, the federal government pays for the statutory services NIL/TU,O provides to eligible children in accordance with the following principles:

[33] En plus d'exercer ses pouvoirs délégués, NIL/TU,O a notamment pour objet de fournir des services qui ne sont pas prévus par la Loi. Parmi ces services, mentionnons les activités extra-scolaires destinées à sensibiliser davantage les enfants à la culture des Premières Nations, un camp où les adolescents peuvent apprendre les pratiques traditionnelles, les initiatives sur la justice pour les jeunes qui permettent de jumeler des jeunes en difficulté à des mentors et à des aînés, et les services de programmes de soutien scolaire qui offrent la possibilité de désigner des mentors aux enfants confrontés au racisme et à la discrimination. Le dossier ne précise pas, comme l'a souligné la Cour d'appel, dans quelle mesure ces activités font partie des activités quotidiennes de NIL/TU,O.

[34] NIL/TU,O reçoit du financement tant de la province que du fédéral. Avant que la province ne délègue à NIL/TU,O certains de ses pouvoirs en matière de prestation de services d'aide à l'enfance au regroupement des premières nations, les fonds fédéraux actuellement versés à NIL/TU,O étaient attribués à la province conformément à un protocole d'entente entre le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial. En vertu de ce protocole d'entente, le pouvoir de régler ou de légiférer du gouvernement fédéral n'a pas été délégué au gouvernement provincial, comme l'indiquent la Juge en chef et le juge Fish. Ce protocole d'entente a plutôt simplement confirmé le fait que la province est responsable de l'application de la Loi dans l'intérêt des enfants « indiens » de moins de 19 ans, et a établi que les parties s'entendaient pour que le gouvernement fédéral rembourse à la province le coût de la prestation de certains services à certains enfants [TRADUCTION] « indiens » (Protocole d'entente, art. 1.1 et 4.1). La province rembourse actuellement à NIL/TU,O les services qui ne sont pas admissibles au financement fédéral (entente de 2004, art. 15.6).

[35] En fait, 65 pour 100 du financement versé à NIL/TU,O provient directement du gouvernement fédéral. La Directive de programme 20-1 du gouvernement fédéral prévoit que ce dernier supporte le coût des services prévus par la Loi que NIL/TU,O offre aux enfants admissibles, conformément aux principes suivants :

- |   |  |
|---|--|
| <p>6.1 The [Department of Indian Affairs] is committed to the expansion of First Nations Child and Family Services on reserve to a level comparable to the services provided off reserve in similar circumstances. . . .</p> <p>6.2 The department will support the creation of Indian designed, controlled and managed services.</p> <p>6.3 The department will support the development of Indian standards for those services, and will work with Indian organizations to encourage their adoption by provinces/territor[ies].</p> <p>6.4 This expansion of First Nations Child and Family Services (FNCFS) will be gradual as funds become available and First Nations are prepared to negotiate the establishment of new services or the take-over of existing services.</p> <p>6.5 <u>Provincial child and family services legislation is applicable on reserves and will form the basis for this expansion. It is the intention of the department to include the provinces in the process and as party to agreements.</u> [Emphasis added.]</p> | <p>6.1 Le [Ministère des Affaires indiennes] s'est engagé à élargir les services d'aide à l'enfance et à la famille des Premières Nations dans les réserves, de manière qu'ils soient comparables aux services offerts hors des réserves dans des circonstances analogues. . .</p> <p>6.2 Le Ministère appuiera la création de services conçus, contrôlés et gérés par les Indiens.</p> <p>6.3 Le Ministère aidera en outre les Indiens à élaborer des normes pour ces services et travaillera conjointement avec les organismes indiens à encourager les provinces/territoires à les adopter.</p> <p>6.4 Cet élargissement des Services d'aide à l'enfance et à la famille des Premières Nations (SAEFPN) se fera graduellement, à mesure que les fonds sont disponibles et que les Premières Nations sont disposées à négocier la création de nouveaux services ou à assumer les services actuels.</p> <p>6.5 <u>La législation provinciale sur l'enfance et la famille s'applique aux réserves et sera à la base de cet élargissement. Le ministère a l'intention d'inclure les provinces dans ce processus et comme signataires des ententes.</u> [Je souligne.]</p> |
|---|--|

[36] What, then, does all this tell us about the nature of NIL/TU,O's operations? Clearly NIL/TU,O is regulated exclusively by the province, and its employees exercise exclusively provincial delegated authority. This complex operational scheme was undoubtedly created for the benefit of the Collective First Nations. The child welfare services that NIL/TU,O offers are provided primarily by Aboriginal employees to Aboriginal clients and are designed to protect, preserve and benefit the distinct cultural, physical and emotional needs of the children and families of the Collective First Nations. NIL/TU,O serves as the child welfare agency for this community.

[37] NIL/TU,O argues that this distinctively Aboriginal component of its service delivery methodology alters the nature of its operations and activities such that it is a federal undertaking, service or business for the purpose of allocating labour relations jurisdiction. In my view, it does not.

[36] Que nous dit donc tout cela au sujet de la nature de l'entreprise de NIL/TU,O? Il est clair que NIL/TU,O est exclusivement réglementée par la province et que ses employés exercent des pouvoirs délégués de compétence exclusivement provinciale. Cette structure opérationnelle complexe a sans doute été créée en faveur du regroupement des premières nations. Les services d'aide à l'enfance qu'offre NIL/TU,O sont principalement dispensés par des employés autochtones à des clients autochtones et ils visent à protéger, préserver et servir les besoins culturels, physiques et émotionnels distincts des enfants et des familles du regroupement des premières nations. NIL/TU,O agit à titre d'agence d'aide à l'enfance pour cette communauté.

[37] NIL/TU,O prétend que le caractère typiquement autochtone de la prestation de ses services modifie la nature de son entreprise et de ses activités de sorte qu'elle est une entreprise, un service ou une affaire de compétence fédérale pour ce qui est de l'attribution de la compétence en matière de relations de travail. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[38] Provincial competence over child welfare is exercised in British Columbia through the *Child, Family and Community Service Act*, and NIL/TU,O's operations are wholly regulated by it. NIL/TU,O is a fully integrated part of this provincial regulatory regime, pursuant to authority that is delegated, circumscribed and supervised by provincial officials. As an organization, it is directly subject to the province's oversight, and NIL/TU,O's employees are directly accountable to the provincial directors, who are empowered to intervene when necessary to ensure statutory compliance. Provincial child welfare workers are, in fact, required to step in when one of NIL/TU,O's cases involves child protection issues since NIL/TU,O's employees are not authorized to provide protection services. Moreover, NIL/TU,O's Constitution and the 2004 Agreement recognize the Act as the statutory authority governing the Society's primary task, namely providing statutory child welfare services. When fulfilling this task, NIL/TU,O must always operate with the Act's two paramount considerations in mind — the safety and well-being of children — and must always comply with the Act as a whole. The province, therefore, retains ultimate decision-making control over NIL/TU,O's operations.

[39] None of this detracts from NIL/TU,O's distinct character as a child welfare organization for Aboriginal communities. But the fact that it serves these communities cannot take away from its essential character as a child welfare agency that is in all respects regulated by the province. Neither the cultural identity of NIL/TU,O's clients and employees, nor its mandate to provide culturally-appropriate services to Aboriginal clients, displaces the operating presumption that labour relations are provincially regulated. As the Court of Appeal pointed out, social services must, in order to be effective, be geared to the target clientele. This attempt to provide meaningful services to a particular community, however, cannot oust primary provincial jurisdiction over the service providers' labour relations. NIL/TU,O's function is unquestionably a provincial one.

[38] L'exercice de la compétence provinciale en matière d'aide à l'enfance en Colombie-Britannique passe par la *Child, Family and Community Service Act* et les activités de NIL/TU,O sont entièrement réglementées par cette loi. NIL/TU,O fait partie intégrante de ce régime réglementaire provincial, en vertu du pouvoir qui est délégué, limité et supervisé par les agents provinciaux. Cette organisation fait l'objet d'une supervision directe de la province et les employés de NIL/TU,O sont directement comptables envers les directeurs provinciaux, lesquels peuvent intervenir au besoin pour s'assurer du respect de la Loi. En fait, les intervenants provinciaux en services d'aide à l'enfance sont tenus d'intervenir lorsqu'un dossier de NIL/TU,O comporte des questions de protection de l'enfant puisque les employés de NIL/TU,O ne sont pas autorisés à fournir des services de protection. De plus, la loi constitutive de NIL/TU,O et l'entente de 2004 reconnaissent que la Loi est l'instrument qui chapeaute la principale tâche de NIL/TU,O, soit la prestation des services d'aide à l'enfance. Lorsqu'elle s'acquitte de cette tâche, NIL/TU,O doit toujours garder à l'esprit les deux principales considérations de la Loi — la sécurité et le bien-être des enfants — et elle doit toujours respecter la Loi dans son ensemble. La province conserve donc le pouvoir décisionnel final sur les activités de NIL/TU,O.

[39] Rien de tout cela ne change le caractère distinct de NIL/TU,O à titre d'organisation d'aide à l'enfance pour les communautés autochtones. Mais le fait qu'elle serve ces communautés ne peut lui faire perdre sa nature essentielle d'agence d'aide à l'enfance qui est réglementée à tous égards par la province. Ni l'identité culturelle des clients et des employés de NIL/TU,O, ni son mandat qui consiste à fournir à ses clients autochtones des services adaptés à leur culture, ne réfute la présomption selon laquelle les relations de travail sont réglementées par le gouvernement provincial. Comme l'a souligné la Cour d'appel, les services sociaux doivent, pour être efficaces, cibler une clientèle. Cette tentative de fournir des services utiles à une communauté en particulier ne peut toutefois pas écarter la compétence provinciale principale sur les relations de travail des fournisseurs de services. La fonction de NIL/TU,O est incontestablement provinciale.

[40] And while it is true that NIL/TU,O receives federal funds pursuant to a federal funding directive, an intergovernmental memorandum of understanding and the 2004 Agreement, this does not rise to the level of federal operational involvement necessary to demonstrate that NIL/TU,O is a federal undertaking, service or business. As in *Four B*, where the Court found that federal loans and subsidies did not convert the shoe manufacturing business into a federal activity, federal funding in this case does not change the nature of NIL/TU,O's operations from provincial to federal hands.

[41] In my view, British Columbia's *Child, Family and Community Service Act*, by expressly recognizing, affirming and giving practical meaning to the unique rights and status of Aboriginal people in the child welfare context, and by expressly respecting Aboriginal culture and heritage, represents a commendable, constitutionally mandated exercise of legislative power. The very fact that the delivery of child welfare services is delegated to First Nations agencies marks, significantly and positively, public recognition of the particular needs of Aboriginal children and families. It seems to me that this is a development to be encouraged in the provincial sphere, not obstructed.

[42] Today's constitutional landscape is painted with the brush of co-operative federalism (*Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 162, *per* Iacobucci J.; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Firearms Act*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *Canadian Western Bank*, at paras. 21-24; *Consolidated Fastfrate*, at paras. 29-30). A co-operative approach accepts the inevitability of overlap between the exercise of federal and provincial competencies.

[40] Et même s'il est vrai que NIL/TU,O bénéficie de fonds fédéraux en vertu d'une directive sur le financement fédéral, d'un protocole d'entente intergouvernemental et de l'entente de 2004, cela ne la place pas au niveau de participation fédérale nécessaire pour démontrer que NIL/TU,O est une entreprise, un service ou une affaire de compétence fédérale. Comme dans l'arrêt *Four B*, où la Cour a conclu que des prêts et des subventions du fédéral ne font pas de la fabrication de chaussures une activité fédérale, le financement fédéral en l'espèce ne change pas la nature provinciale des activités de NIL/TU,O.

[41] À mon avis, en reconnaissant et en confirmant les droits et le statut uniques des Autochtones dans le contexte de l'aide à l'enfance, en donnant expressément un sens pratique à ces droits et à ce statut, et en respectant expressément la culture et l'héritage des Autochtones, la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique représente un exercice du pouvoir législatif à la fois louable et imposé par la Constitution. Le fait que la prestation des services d'aide à l'enfance soit déléguée à des agences des Premières Nations démontre, de manière importante et positive, une reconnaissance publique des besoins particuliers des enfants et des familles autochtones. Il me semble s'agir là d'une initiative qui doit être encouragée dans la sphère de compétence provinciale et non pas entravée.

[42] Le paysage constitutionnel actuel a pris une teinte de fédéralisme coopératif (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162, le juge Iacobucci; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 21-24; *Consolidated Fastfrate*, par. 29-30). En adoptant une approche de coopération face au fédéralisme, il faut inévitablement accepter un chevauchement entre l'exercice des compétences fédérales et provinciales.

[43] NIL/TU,O's operational features are painted with the same co-operative brush. The agency exists because of a sophisticated and collaborative effort by the Collective First Nations, the government of British Columbia and the federal government to respond to the particular needs of the Collective First Nations' children and families. This effort has resulted in a detailed and integrated operational matrix comprised of NIL/TU,O's Constitution and by-laws, a tripartite delegation agreement, an inter-governmental memorandum of understanding, a set of Aboriginal practice standards, a federal funding directive and provincial legislation, all of which govern the provision of child welfare services by NIL/TU,O in a manner that respects and protects the Collective First Nations' traditional values.

[44] By virtue of the memorandum of understanding and the tripartite agreement, the federal government actively endorsed the province's oversight of the delivery of child welfare services to Aboriginal children in the province, including those services provided by NIL/TU,O to the Collective First Nations. I see this neither as an abdication of regulatory responsibility by the federal government nor an inappropriate usurpation by the provincial one. It is, instead, an example of flexible and co-operative federalism at work and at its best.

[45] The essential nature of NIL/TU,O's operation is to provide child and family services, a matter within the provincial sphere. Neither the presence of federal funding, nor the fact that NIL/TU,O's services are provided in a culturally sensitive manner, in my respectful view, displaces the overriding provincial nature of this entity. The community for whom NIL/TU,O operates as a child welfare agency does not change *what* it does, namely, deliver child welfare services. The designated beneficiaries may and undoubtedly should affect how those services are delivered, but they do not change the fact that the delivery of child welfare services, a provincial undertaking, is what it essentially does.

[43] Les caractéristiques opérationnelles de NIL/TU,O ont pris la même teinte de fédéralisme coopératif. L'existence de l'agence tient à un effort concerté et complexe du regroupement des premières nations, du gouvernement de la Colombie-Britannique et du gouvernement fédéral en vue de répondre aux besoins particuliers des enfants et des familles du regroupement des premières nations. Cet effort a abouti à un régime opérationnel exhaustif et intégré composé de la loi et des règlements constitutifs de NIL/TU,O, d'une entente de délégation tripartite, d'un protocole d'entente intergouvernemental, d'un ensemble de normes de pratique autochtones, d'une directive sur le financement fédéral et de la législation provinciale, le tout régissant la prestation des services d'aide à l'enfance par NIL/TU,O d'une manière qui respecte et protège les valeurs traditionnelles du regroupement des premières nations.

[44] Aux termes du protocole d'entente et de l'entente tripartite, le gouvernement fédéral a activement approuvé la supervision, exercée par la province, de la prestation de services d'aide à l'enfance aux enfants autochtones de la province, y compris ceux que NIL/TU,O dispense au regroupement des premières nations. Je ne vois là ni une abdication, par le gouvernement fédéral, de ses responsabilités en matière de réglementation, ni une appropriation induite par le gouvernement provincial. Il s'agit plutôt d'un exemple du fédéralisme souple et coopératif à son meilleur.

[45] La nature essentielle des activités de NIL/TU,O consiste à fournir des services aux enfants et aux familles, une question qui relève de la compétence provinciale. La présence de financement fédéral et le fait que les services de NIL/TU,O visent à répondre à des besoins précis sur le plan culturel ne changent pas, à mon avis, la nature manifestement provinciale de cette entité. La communauté visée par les activités de NIL/TU,O à titre d'agence d'aide à l'enfance ne change pas *ce qu'elle* fait, soit offrir des services d'aide à l'enfance. Les bénéficiaires visés peuvent et devraient sans doute influencer sur la façon dont ces services sont rendus, mais ils ne changent rien au fait que la prestation de services d'aide à l'enfance, une entreprise provinciale, est essentiellement la fonction de NIL/TU,O.

[46] And neither the nature of NIL/TU,O's operation nor the jurisprudence calls for an inquiry into the "core of Indianness" in this appeal. The *Northern Telecom/Four B* principles clearly and conclusively confirm that NIL/TU,O is a provincial undertaking. The past 85 years of labour jurisprudence confirms that no further or alternate analysis is required. The presumption in favour of provincial jurisdiction over labour relations, therefore, remains operative in this case.

[47] I would therefore dismiss the appeal with costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. were delivered by

[48] THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. — The appellant provides child welfare services to Aboriginal children and families in British Columbia. The issue before the Court is whether the labour relations of the society are governed by provincial or federal labour legislation. Normally the provinces have jurisdiction over labour relations under s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*. However, the federal government has jurisdiction over matters relating to Indians and lands reserved for Indians under s. 91(24).

[49] The courts and the Labour Relations Board below disagreed on whether the Indian content of NIL/TU,O's operations attracted federal jurisdiction over labour relations. The British Columbia Labour Relations Board found that it did not ((2006), 122 C.L.R.B.R. (2d) 174), certifying the British Columbia Government and Service Employees' Union as the bargaining agent of NIL/TU,O under the *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244. Upon review, the Supreme Court of British Columbia found that it did (2007 BCSC 1080, 76 B.C.L.R. (4th) 322). On appeal, the British Columbia Court of Appeal concluded that nothing in the design of NIL/TU,O's operation, services, or

[46] De plus, ni la nature des activités de NIL/TU,O ni la jurisprudence n'exigent un examen portant sur l'« indianité » dans le cadre du présent pourvoi. Les principes établis dans *Four B* et dans *Northern Telecom* confirment de façon claire et concluante que NIL/TU,O est une entreprise provinciale. Au cours des 85 dernières années, la jurisprudence en matière de relations de travail confirme qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse supplémentaire ou différente. La présomption en faveur de la compétence provinciale en matière de relations de travail continue de s'appliquer en l'espèce.

[47] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie et Fish rendus par

[48] LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH — L'appelante fournit des services d'aide à l'enfance aux enfants et aux familles autochtones de la Colombie-Britannique. La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les relations de travail de la société appelante sont régies par les textes législatifs provinciaux ou fédéraux. Habituellement, les provinces ont compétence en matière de relations de travail en vertu du par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, aux termes du par. 91(24), le gouvernement fédéral a compétence sur toute matière relative aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens.

[49] Les tribunaux et la Labour Relations Board n'étaient pas d'accord quant à savoir si le contenu indien des activités de NIL/TU,O relevait de la compétence fédérale en matière de relations de travail. La British Columbia Labour Relations Board a conclu que ce n'était pas le cas ((2006), 122 C.L.R.B.R. (2d) 174) et a accrédité le British Columbia Government and Service Employees' Union à titre d'agent négociateur de NIL/TU,O en vertu du *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244. Après examen, la Cour suprême de la Colombie-Britannique est arrivée à une conclusion contraire (2007 BCSC 1080, 76 B.C.L.R. (4th) 322). En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que les activités, les

constitutive legislation ousted the provincial jurisdiction over labour relations (2008 BCCA 333, 81 B.C.L.R. (4th) 318). It therefore resolved the jurisdictional conflict in favour of the province.

[50] We agree with Justice Abella that provincial labour law applies to the appellant and that the appeal should be dismissed. However, we arrive at this conclusion by a somewhat different route.

[51] The starting point is the general rule that “Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule”: *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, per Beetz J., at p. 768.

[52] To this general rule there is an exception for operations that are “an integral part of [the federal government’s] primary competence over some other single federal subject”: *Construction Montcalm*, at p. 768.

[53] Justice Beetz in *Construction Montcalm* explained that one approaches the question of a possible exception from provincial jurisdiction by asking whether “the normal or habitual activities of the [operation] as . . . ‘a going concern’” fall within the primary competence of the federal government over a particular matter (p. 769). This is called the functional test.

[54] The purpose of the functional test is thus to determine whether the federal government has exclusive labour relations jurisdiction over a specific activity. As the Court explained in *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031, at p. 1047:

The functional test is a particular method of applying a more general rule namely, that exclusive federal jurisdiction over labour relations arises only if it can

services ou la loi constitutive de NIL/TU,O n’écartaient pas la compétence provinciale à l’égard des relations de travail (2008 BCCA 333, 81 B.C.L.R. (4th) 318). Elle a donc résolu le conflit de compétence en faveur de la province.

[50] Nous sommes d’accord avec la juge Abella pour dire que les lois ouvrières provinciales s’appliquent à l’appelante et que le pourvoi devrait être rejeté. Toutefois, la voie que nous employons pour parvenir à cette conclusion est quelque peu différente.

[51] Nous prenons comme point de départ la règle générale suivant laquelle « les relations de travail comme telles et les termes d’un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine » : *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, le juge Beetz, p. 768.

[52] La règle générale comporte une exception à l’égard des activités qui font « partie intégrante de [la] compétence principale [du gouvernement fédéral] sur un autre sujet » : *Construction Montcalm*, p. 768.

[53] Dans l’arrêt *Construction Montcalm*, le juge Beetz a expliqué qu’il faut aborder la possibilité d’une exception à la compétence provinciale en se demandant si « les activités normales ou habituelles de l’affaire en tant qu’“entreprise active” » relèvent de la compétence principale du gouvernement fédéral sur une matière en particulier (p. 769). C’est ce qu’on appelle le critère fonctionnel.

[54] Le critère fonctionnel nous permet donc de déterminer si le gouvernement fédéral a, en matière de relations de travail, une compétence exclusive sur une activité donnée. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, à la p. 1047 :

Le critère fonctionnel est une méthode particulière d’application d’une règle plus générale, savoir, que la compétence fédérale exclusive en matière de relations de

be shown that such jurisdiction forms an integral part of primary federal jurisdiction over some other federal object . . . .

When the test looks at the “normal or habitual” activities of an entity, it looks to whether those activities implicate the protected core of a federal head of power under the *Constitution Act, 1867*. As Dickson J. (as he then was) stated in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115, at p. 133, the focus is on the “practical and functional relationship of [the activity] to the core federal undertaking”.

[55] There is no dispute the power over Indians under s. 91(24) has been held to contain a protected core of federal competency that provincial legislation cannot touch: see *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585, and *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309. As Lamer C.J. wrote for the majority in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 181:

. . . as I mentioned earlier, s. 91(24) protects a core of federal jurisdiction even from provincial laws of general application, through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. That core has been described as matters touching on “Indianness” or the “core of Indianness” (*Dick, supra*, at pp. 326 and 315; also see *Four B, supra*, at p. 1047 and *Francis, supra*, at pp. 1028-29).

[56] Unlike Abella J., we conclude the central question is whether the operation at issue falls within the protected “core of Indianness” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, and hence under federal jurisdiction. The starting point is the general rule that labour issues fall within provincial jurisdiction. The only question is whether this case falls within the exception to this rule, i.e., whether applying a functional test, the activity falls within the core of a federal power that is protected from

travail n'existe que si l'on peut établir qu'elle fait partie intégrante de sa compétence principale sur une autre matière fédérale . . .

L'application de ce critère aux activités « normales ou habituelles » d'une entité vise à déterminer si ces activités se rattachent au contenu essentiel d'un chef de compétence fédéral protégé aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le juge Dickson (plus tard juge en chef) l'a affirmé dans l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115, à la p. 133, l'examen porte sur « le lien pratique et fonctionnel entre [l'activité] et l'entreprise fédérale principale ».

[55] Les parties ne contestent pas le fait qu'il a été décidé que le pouvoir fédéral sur les Indiens prévu au par. 91(24) comporte un contenu essentiel protégé de compétence fédérale que les lois provinciales ne peuvent toucher : voir *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, et *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309. Comme l'a écrit le juge en chef Lamer au nom de la majorité dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au par. 181 :

. . . comme je l'ai mentionné plus tôt, le par. 91(24) protège l'essentiel de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d'application générale, par l'application du principe de l'exclusivité des compétences. Il a été dit que ces éléments essentiels se rapportent à des questions touchant à la « quiddité indienne » ou au « fondement même de la quiddité indienne » (*Dick, précité*, aux pp. 326 et 315; voir aussi *Four B, précité*, à la p. 1047 et *Francis, précité*, aux pp. 1028 et 1029).

[56] Contrairement à la juge Abella, nous concluons que la question principale est de savoir si les activités en cause relèvent du « contenu essentiel de l'indianité » protégé par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et par conséquent, de la compétence fédérale. Le point de départ est la règle générale suivant laquelle les questions de relations de travail relèvent de la compétence provinciale. La seule question est de savoir si la présente affaire est une exception à la règle, c'est-à-dire si l'application

provincial legislation. As Dickson J. summarized the matter in *Northern Telecom*, at p. 133:

... the first step is to determine whether a core federal undertaking is present and the extent of that core undertaking. Once that is settled, it is necessary to look at the particular subsidiary operation ... to look at the “normal or habitual activities” of that department as “a going concern”, and the practical and functional relationship of those activities to the core federal undertaking.

[57] In *Four B*, the Court, *per* Beetz J., affirmed that the functional test is merely a particular method of applying the more general rule that “exclusive federal jurisdiction over labour relations arises only if it can be shown that such jurisdiction forms an integral part of primary federal jurisdiction over some other federal object” (p. 1047). However, Beetz J.’s reasons in another passage suggest that the functional test might be a preliminary step to determining whether the activity forms an integral part of primary federal jurisdiction:

Given this general rule, and assuming for the sake of argument that the functional test is not conclusive for the purposes of this case, the first question which must be answered in order to deal with appellant’s submissions is whether the power to regulate the labour relations in issue forms an integral part of primary federal jurisdiction over Indians and Lands reserved for the Indians. [p. 1047]

In application, however, Beetz J. went directly to a discussion of the scope of the “core of Indianness” and whether the activity at issue fell within that core. He concluded that it did not. He stated that “it is an oversimplification to say that the matter ... is the civil rights of Indians”. He went on: “[N]either Indian status is at stake nor rights so closely connected with Indian status that they should be regarded as necessary incidents of status” (pp. 1047-48).

du critère fonctionnel permet de conclure que l’activité se rattache au contenu essentiel d’un pouvoir fédéral qui échappe à la législation provinciale. Le juge Dickson a résumé ainsi la question dans *Northern Telecom*, à la p. 133 :

... il faut d’abord se demander s’il existe une entreprise fédérale principale et en étudier la portée. Puis, il faut étudier l’exploitation accessoire concernée, [...] les « activités normales ou habituelles » de ce service en tant qu’« entreprise active » et le lien pratique et fonctionnel entre ces activités et l’entreprise fédérale principale.

[57] Dans l’arrêt *Four B*, le juge Beetz a affirmé au nom de la Cour que le critère fonctionnel constitue simplement une méthode particulière d’application d’une règle plus générale suivant laquelle « la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail n’existe que si l’on peut établir qu’elle fait partie intégrante de sa compétence principale sur une autre matière fédérale » (p. 1047). Cependant, dans un autre passage, les motifs du juge Beetz laissent croire que le critère fonctionnel pourrait être une étape préliminaire en vue de déterminer si l’activité fait partie intégrante d’une compétence fédérale principale :

Vu cette règle générale, et si l’on présume, pour les besoins de la cause, que le critère fonctionnel n’est pas décisif en l’espèce, la première question à laquelle il faut répondre pour se prononcer sur les prétentions de l’appelante est de savoir si le pouvoir de réglementer les relations de travail en question fait partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. [p. 1047]

En appliquant le critère toutefois, le juge Beetz est passé directement à l’examen de la portée du « contenu essentiel de la quiddité indienne », et de la question de savoir si l’activité en cause se rattachait à ce contenu essentiel. Il a conclu que tel n’était pas le cas. Il a déclaré ce qui suit : « dire que la question à régler [...] est celle des droits civils des Indiens est une simplification excessive ». Puis il a ajouté : « cela ne met en jeu ni le statut d’Indien ni des droits si intimement liés au statut d’Indien qu’ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables » (p. 1047-1048).

[58] Reading *Construction Montcalm* (1979), *Northern Telecom* (1980), *Four B* (1980), and *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, together, we see no reason to depart from the view that the central question is whether the operation, viewed functionally in terms of its normal and habitual activities, falls within the core of a federal head of power, in this case s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[59] In our view, the alternative does not withstand scrutiny. Justice Abella concludes that the core of Indianness should be considered only if the functional test is inconclusive. But the essence of the functional test, described by the authorities since *Construction Montcalm*, is whether the function falls within the core of a federal power; only this can displace the presumption of provincial jurisdiction in labour matters. The two-stage test proposed by our colleague would mean that labour jurisdiction would be determined in many cases before consideration of the power under s. 91(24) is reached. With respect, deciding labour jurisdiction in a case such as this without scrutiny of the federal power hollows out the functional test as conceived on the authorities. If a court were satisfied that the operation's normal activities *look provincial* on their face, it would not need to go further.

[60] To exclude consideration of s. 91(24) would negate the federal power. Conversely, to deem any Aboriginal aspect sufficient to trigger federal jurisdiction would threaten to swallow the presumption that labour relations fall under provincial jurisdiction. The proper approach is simply to ask, as the cases consistently have, whether the Indian operation at issue, viewed functionally in terms of its normal and habitual activities, falls

[58] Si l'on examine ensemble les arrêts *Construction Montcalm* (1979), *Northern Telecom* (1980), *Four B* (1980) et *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407, nous ne voyons aucune raison de nous écarter de la thèse suivant laquelle la question principale est de savoir si l'entreprise, considérée fonctionnellement du point de vue de ses activités normales et habituelles, se rattache au contenu essentiel d'un chef de compétence fédéral, en l'espèce le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[59] À notre avis, la solution contraire ne résiste pas à l'examen. La juge Abella conclut que le contenu essentiel de l'indianité ne devrait être pris en compte que si le critère fonctionnel ne s'avère pas concluant. Mais l'élément essentiel du critère fonctionnel, décrit dans la jurisprudence depuis l'arrêt *Construction Montcalm*, est de savoir si la fonction se rattache au contenu essentiel d'un pouvoir fédéral; c'est dans ce cas seulement que sera écartée la présomption de compétence provinciale en matière de relations de travail. Le critère en deux étapes que propose notre collègue signifierait que la compétence en matière de relations de travail serait dans bien des cas déterminée avant que l'on ait examiné la compétence en vertu du par. 91(24). Avec égards, cette solution anéantit le critère fonctionnel tel que le conçoit la jurisprudence puisque la compétence en matière de relations de travail est tranchée sans que soit examinée la compétence fédérale. Une fois le tribunal convaincu qu'à première vue, les activités normales d'une entreprise *semblent de nature provinciale*, il n'aurait pas à pousser plus loin l'analyse.

[60] La compétence fédérale serait niée dès lors qu'il ne serait pas tenu compte du par. 91(24). À l'inverse, accepter que tout aspect autochtone suffit pour que s'applique la compétence fédérale menacerait d'engloutir la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail. La démarche qui s'impose consiste simplement à se demander, comme on l'a fait systématiquement dans les décisions antérieures, si les activités normales et

within the core of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[61] The functional analysis of the operation's activities is not a preliminary step; rather it provides the answer to whether the activity falls within the protected core. Although the Court in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, cautioned against getting mired in "a rather abstract discussion of 'cores' and 'vital and essential' parts" where to do so would be "to little practical effect", the Court nevertheless pointed out that such a discussion might prove necessary "for situations already covered by precedent" and, in particular, in relation to "those heads of power that deal with federal things, persons or undertakings" (para. 77). In these circumstances, following the template advanced by Dickson J. in *Northern Telecom*, the first step is to determine the extent of the core federal undertaking or power. Having done this, one asks whether, viewed functionally, the operation's activities fall within that power.

#### I. Scope of the Core of Section 91(24)

[62] Following the framework proposed by Dickson J. in *Northern Telecom*, the first issue is the scope of the protected core federal power implicated. In this case, it is the federal power over Indians under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[63] The basic test has been set out in a number of authorities. The essential question is whether the undertaking, service or enterprise to which the provincial labour legislation would apply is a federal one, viewed functionally in terms of the nature of the operation: *Northern Telecom*.

[64] In *Four B*, this Court held that the Indian operation of a business and its economic impact on the community was insufficient to characterize the

habituelles de l'entreprise indienne en cause, considérées d'un point de vue fonctionnel, se rattachent au contenu essentiel du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[61] L'analyse fonctionnelle des activités de l'entreprise ne constitue pas une étape préliminaire; elle permet plutôt de répondre à la question de savoir si l'activité relève du contenu essentiel protégé. Bien que la Cour ait indiqué, dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, qu'il faut se garder de s'enfermer dans « une analyse plutôt abstraite du "contenu essentiel" et des éléments "vitaux et essentiels" » lorsque cela aurait « peu d'utilité en pratique », la Cour a tout de même signalé qu'une telle analyse pourrait s'avérer nécessaire pour les « situations déjà traitées dans la jurisprudence » et, en particulier, relativement « aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales » (par. 77). Dans les circonstances, suivant le cadre d'analyse proposé par le juge Dickson dans *Northern Telecom*, la première étape consiste à déterminer la portée de l'entreprise fédérale principale ou du pouvoir fédéral principal. Cela fait, il faut se demander si les activités de l'entreprise, considérées d'un point de vue fonctionnel, relèvent de ce pouvoir.

#### I. Portée du contenu essentiel du par. 91(24)

[62] Suivant le cadre proposé par le juge Dickson dans *Northern Telecom*, la première question qui se pose concerne la portée du contenu essentiel protégé du pouvoir fédéral en cause. En l'espèce, il s'agit du pouvoir fédéral relatif aux Indiens prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[63] Le critère fondamental a été énoncé dans un certain nombre de décisions. La question essentielle est de savoir si une entreprise, un service ou une affaire auxquels la loi ouvrière provinciale pourrait s'appliquer est de compétence fédérale, si l'on envisage d'un point de vue fonctionnel la nature de l'entreprise : *Northern Telecom*.

[64] Dans *Four B*, notre Cour a conclu que le caractère indien d'une entreprise et son impact économique sur la collectivité étaient insuffisants

operation as a federal business and bring it within the protected core of s. 91(24). The majority held that for federal labour law to apply the operations must be “so closely connected with Indian status that they should be regarded as necessary incidents of status” (p. 1048). Applying this test — which may be referred to as the “status” test — the majority of the Court rejected the view that a shoe uppers manufacturer owned and operated by Indians on a reserve constituted a federal business falling within the core of s. 91(24), so as to displace the presumption that provincial labour law applies. Beetz J. wrote for the majority:

There is nothing about the business or operation of *Four B* which might allow it to be considered as a federal business: the sewing of uppers on sport shoes is an ordinary industrial activity which clearly comes under provincial legislative authority for the purposes of labour relations. Neither the ownership of the business by Indian shareholders, nor the employment by that business of a majority of Indian employees, nor the carrying on of that business on an Indian reserve under a federal permit, nor the federal loan and subsidies, taken separately or together, can have any effect on the operational nature of that business. By the traditional and functional test, therefore, *The Labour Relations Act* [of Ontario] applies to the facts of this case, and the [Ontario Labour Relations] Board has jurisdiction.

Section 108 of the [Canada Labour] Code, by its language, is directed at federal activities, operations or functions and not at the position of individuals [such as Indians], who might be considered to be “federal” persons or at their relationships.

... neither Indian status is at stake nor rights so closely connected with Indian status that they should be regarded as necessary incidents of status such for instance as registrability, membership in a band, the right to participate in the election of Chiefs and Band Councils, reserve privileges, etc. For this reason, I

pour que cette entreprise soit considérée comme une entreprise fédérale et pour qu’elle relève du contenu essentiel que protège le par. 91(24). Selon la majorité, pour que les lois ouvrières fédérales s’appliquent, les activités doivent être « si intimement lié[e]s au statut d’Indien qu’[elles] devraient en être considéré[e]s comme des accessoires indissociables » (p. 1048). En appliquant ce critère — que l’on peut appeler le critère relatif au « statut » — la Cour à la majorité a rejeté l’argument selon lequel une société fabriquant des empeignes de souliers appartenant aux Indiens et exploitée par les Indiens sur la réserve constituait une entreprise fédérale relevant du contenu essentiel du par. 91(24), écartant ainsi la présomption voulant que les lois ouvrières provinciales s’appliquent. Le juge Beetz a écrit ce qui suit au nom de la majorité :

Rien dans l’affaire ou l’exploitation de *Four B* ne pourrait permettre de la considérer comme une affaire de compétence fédérale : la couture d’empeignes sur des souliers de sport est une activité industrielle ordinaire qui relève nettement du pouvoir législatif provincial sur les relations de travail. Ni la propriété de l’entreprise par des actionnaires indiens, ni l’embauchage par cette entreprise d’une majorité d’employés indiens, ni l’exploitation de cette entreprise sur une réserve indienne en vertu d’un permis fédéral, ni le prêt et les subventions du fédéral, pris séparément ou ensemble, ne peuvent avoir d’effet sur la nature de l’exploitation de cette entreprise. Donc, compte tenu du critère fonctionnel et traditionnel, *The Labour Relations Act* [de l’Ontario] s’applique aux faits de l’espèce et la *Commission* [des relations de travail de l’Ontario] a compétence.

[TRADUCTION] Par ses termes, l’art. 108 du *Code canadien du travail* vise des activités, des opérations ou des fonctions fédérales et non la situation de personnes [telles les Indiens], qui pourraient être considérées comme des personnes « fédérales », ni leurs relations.

... cela ne met en jeu ni le statut d’Indien ni des droits si intimement liés au statut d’Indien qu’ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d’être enregistré, la qualité de membre d’une bande, le droit de participer à l’élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges

come to the conclusion that the power to regulate the labour relations in issue does not form an integral part of primary federal jurisdiction over Indians or Lands reserved for the Indians. [Emphasis added; pp. 1046-51.]

In emphasizing the operational nature and function of the business, Beetz J. went on to explicitly exclude a number of considerations as determinative: Aboriginal ownership; the ratio of Aboriginal to non-Aboriginal employees; the location of the business on reserve lands; operation pursuant to federal permit; and federal loans or subsidies.

[65] The appellant argues that the test in *Four B* has been displaced by this Court's decision in *Delgamuukw*. We do not agree. Nothing said in *Delgamuukw* negates the application of the functional test based on the federal nature of the undertaking, service, or enterprise. Citing both the positive and negative descriptions of s. 91(24)'s core, Lamer C.J., for the majority in *Delgamuukw*, wrote:

The core of Indianness at the heart of s. 91(24) has been defined in both negative and positive terms. Negatively, it has been held to not include labour relations (*Four B*) and the driving of motor vehicles (*Francis*). The only positive formulation of Indianness was offered in *Dick*. Speaking for the Court, Beetz J. assumed, but did not decide, that a provincial hunting law did not apply *proprio vigore* to the members of an Indian band to hunt and because those activities were "at the centre of what they do and what they are" (*Dick*) at p. 320. [Emphasis added; para. 181.]

The reference to *Four B* in this passage is simply a factual statement about the conclusion reached *in that case*. It is not an assertion that Indian undertakings or businesses can never be federal matters governed by federal labour law.

[66] This returns us to the "status" test proposed in *Four B*. On this test, for an operation, judged by

relatifs à la réserve, etc. Pour cette raison je conclus que le pouvoir de régler les relations de travail en question ne fait pas partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens ou les terres réservées aux Indiens. [Je souligne; p. 1046-1051.]

En soulignant la nature opérationnelle et la fonction de l'entreprise, le juge Beetz a alors expressément exclu un certain nombre de considérations qui n'étaient pas déterminantes : la propriété autochtone, le rapport entre les employés autochtones et non autochtones, l'endroit où était située l'entreprise sur les terres de la réserve, l'exploitation en vertu d'un permis fédéral et les prêts ou subventions du fédéral.

[65] L'appelante prétend que le critère appliqué dans *Four B* a été écarté par la décision de notre Cour dans *Delgamuukw*. Nous ne sommes pas d'accord. L'arrêt *Delgamuukw* n'exclut aucunement l'application du critère fonctionnel en raison du caractère fédéral de l'entreprise, du service ou de l'affaire. Citant la définition de ce qu'est et ce que n'est pas le contenu essentiel du par. 91(24), le juge Lamer, au nom de la majorité dans *Delgamuukw*, a écrit ce qui suit :

On a défini l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24) en disant ce qu'il est et en disant ce qu'il n'est pas. Dans des exemples de cette dernière situation, on a statué que l'essentiel de l'indianité ne comprenait pas les relations de travail (*Four B*) ni la conduite de véhicules à moteur (*Francis*). Le seul exemple concret d'indianité a été donné dans l'arrêt *Dick*. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a tenu pour acquis, sans toutefois se prononcer sur la question, qu'une loi provinciale en matière de chasse ne s'appliquait pas d'elle-même aux membres d'une bande indienne lorsqu'ils chassent parce que ces activités étaient « au cœur même de leur existence et de leur être » (*Dick*) à la p. 320. [Je souligne; par. 181.]

Dans cet extrait, le renvoi à l'arrêt *Four B* est simplement une déclaration factuelle quant à la conclusion tirée *dans cet arrêt*. Cela ne signifie pas que les entreprises ou les affaires des Indiens ne peuvent jamais relever du gouvernement fédéral et être régies par les lois ouvrières fédérales.

[66] Cela nous ramène au critère relatif au « statut » proposé dans *Four B*. Suivant ce

its normal and habitual activities, to fall within the core of s. 91(24) so as to oust provincial labour law, the activity or operation must go to the status and rights of Indians. It must be “at the centre of what they do and what they are”.

[67] On its face, this test appears straightforward. However, some cases have taken a broader interpretation, viewing the “normal or habitual” activities of the operation in terms of their cultural impact on Indians as the test for what falls within the protected core of Indianness in s. 91(24). For example, in *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. v. Abraham*, [1994] 3 F.C. 449 (T.D.), the court asked whether the nature of the operation had “inherent ‘Indianness’” (p. 460). In *Shubenacadie Band Council v. Canada (Human Rights Commission)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466 (F.C.A.), at para. 60, it was enough to “promote Indianness” or enhance the status of Indian people and their families; as was the case in *Sappier v. Tobique Indian Band (Council)* (1988), 87 N.R. 1 (F.C.A.), *Qu’Appelle Indian Residential School Council v. Canada (Canadian Human Rights Tribunal)*, [1988] 2 F.C. 226 (T.D.), and *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)* (1997), 39 C.L.R.B.R. (2d) 227 (B.C.S.C.).

[68] Thus, in the court below, Groberman J.A. described two distinct lines of authority on the question of when Indian operations are governed by federal labour legislation. The first line, consisting almost entirely of cases decided by the federal courts, holds that where an enterprise is important to a First Nation or its members, or its operations are influenced by First Nations culture, its labour relations fall within federal jurisdiction. The second line, mainly from provincial superior courts, takes a more restrictive approach, confining protected federal jurisdiction to cases where the ordinary and habitual activities of the operation affect core aspects of Indian status,

critère, pour qu’une entreprise, jugée par ses activités normales et habituelles, soit englobée dans le contenu essentiel du par. 91(24) de façon à écarter les lois ouvrières provinciales, elle doit être liée au statut et aux droits des Indiens. Elle doit être « au cœur même de leur existence et de leur être ».

[67] À première vue, ce critère semble simple. Cependant, certains tribunaux ont adopté une interprétation plus large, considérant les activités « normales ou habituelles » de l’entreprise en fonction de leur incidence culturelle sur les Indiens comme le critère permettant de déterminer ce qu’englobe le contenu essentiel de l’indianité que protège le par. 91(24). Par exemple, dans *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1<sup>re</sup> inst.), la cour s’est demandé si la nature de l’exploitation avait une « quiddité indienne » (p. 460). Dans *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [2000] A.C.F. n° 702 (QL) (C.A.), par. 60, il suffisait de « promouvoir l’indianité » ou d’améliorer la situation des Indiens et de leurs familles; comme c’était le cas dans *Conseil de la bande de Tobique c. Sappier*, [1988] A.C.F. n° 435 (QL) (C.A.), *Qu’Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226 (1<sup>re</sup> inst.), et *Westbank First Nation c. British Columbia (Labour Relations Board)* (1997), 39 C.L.R.B.R. (2d) 227 (C.S.C.-B.).

[68] Ainsi, en cour d’appel, le juge Groberman a décrit deux courants jurisprudentiels distincts sur la question de savoir à quel moment les activités des Indiens sont régies par les lois ouvrières fédérales. Selon le premier courant, lequel comprend presque exclusivement des décisions rendues par les cours fédérales, lorsqu’une entreprise est importante pour une première nation ou pour ses membres, ou que ses activités sont influencées par la culture des Premières Nations, ses relations de travail sont de compétence fédérale. Le deuxième courant, principalement formé de décisions des cours supérieures provinciales, adopte une approche plus restrictive, limitant la compétence fédérale protégée aux cas

or are conducted pursuant to federal delegated authority.

[69] We prefer the narrower view of when operations are federal and fall within the core so as to attract federal labour legislation. First, this view more accurately reflects the test in *Four B*. Second, it best comports to broader jurisprudence on what aspects of Indianness warrant federal exclusivity. In dealing with labour issues, it is desirable to stay within the historic parameters of Indianness, as suggested in *Canadian Western Bank*, at para. 61. In defining these parameters, the words of Justice Gonthier in *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838, at p. 853, are helpful:

It is the fundamental federal responsibility for a thing or person that determines its specifically federal aspects, those which form an integral part of the exclusive federal jurisdiction over that thing or person . . . . For example, the specifically federal nature of Indians has been described by the expressions “Indianness” or “status and rights of Indians”, which reflect the fundamental federal responsibility for Indians in the Canadian constitutional and historical context. For example, a provincial statute on hunting cannot apply to Indians to the extent that it affects their status as Indians . . . , whereas provincial labour relations law may apply to Indians in so far as it does not affect Indianness. [Emphasis added.]

[70] We may therefore conclude that the core, or “basic, minimum and unassailable content” of the federal power over “Indians” in s. 91(24) is defined as matters that go to the status and rights of Indians. Where their status and rights are concerned, Indians are federal “persons”, regulated by federal law: see *Canadian Western Bank*, at para. 60.

où les activités normales et habituelles de l’entreprise indienne touchent des aspects essentiels du statut d’Indien ou sont exercées en vertu du pouvoir fédéral délégué.

[69] Nous préférons l’interprétation plus restrictive, selon laquelle les activités sont considérées comme fédérales et relèvent du contenu essentiel, de sorte qu’elles sont assujetties aux lois ouvrières fédérales. D’abord, cette interprétation reflète plus précisément le critère énoncé dans *Four B*. Ensuite, elle respecte une plus grande partie de la jurisprudence concernant les aspects de l’indianité qui justifient la compétence fédérale exclusive. Lorsqu’on examine des questions en matière de relations de travail, il est préférable de s’en tenir aux paramètres historiques de l’indianité, comme il est indiqué dans *Banque canadienne de l’Ouest*, au par. 61. Pour définir ces paramètres, il est utile de reprendre les propos du juge Gonthier dans *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838, p. 853 :

C’est la responsabilité fédérale fondamentale à l’égard d’une chose ou d’une personne qui détermine ses dimensions spécifiquement fédérales, celles qui font partie intégrante de la compétence fédérale exclusive sur cette chose ou cette personne [. . .] Par exemple, la spécificité fédérale des Indiens a été décrite par les expressions « quiddité indienne » ou « statut et droits des Indiens », qui traduisent la responsabilité fédérale fondamentale à leur égard dans le contexte constitutionnel et historique canadien. Par exemple, une loi provinciale sur la chasse ne peut s’appliquer à des Indiens dans la mesure où elle atteint leur statut en tant qu’Indiens [. . .] alors que le droit provincial sur les relations de travail peut s’appliquer aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas la quiddité indienne. [Je souligne.]

[70] Nous pouvons donc conclure que le contenu essentiel, ou le « contenu minimum élémentaire et irréductible » de la compétence fédérale sur les « Indiens » au par. 91(24) est défini comme les matières qui sont liées au statut et aux droits des Indiens. Lorsque leur statut ou leurs droits sont concernés, les Indiens sont des « personnes » fédérales, réglementées par les lois fédérales : voir *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 60.

[71] It follows that a provincial law of general application will extend to Indian undertakings, businesses or enterprises, whether on or off a reserve, *ex proprio vigore* and by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, *except* when the law impairs those functions of the enterprise which are intimately bound up with the status and rights of Indians. The cases illustrate matters that may go to the status and rights of Indians. These include, *inter alia*:

- Indian status: *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, *per* Laskin C.J., writing for himself and three other Justices, at pp. 760-61, and *per* Beetz J., writing for himself and Pigeon J., at p. 787;
- The “relationships within Indian families and reserve communities”: *Canadian Western Bank*, at para. 61;
- “[R]ights so closely connected with Indian status that they should be regarded as necessary incidents of status such for instance as registrability, membership in a band, the right to participate in the election of Chiefs and Band Councils, reserve privileges, etc.”: *Four B*, at p. 1048;
- The disposition of the matrimonial home on a reserve: *Paul v. Paul*, [1986] 1 S.C.R. 306;
- The right to possession of lands on a reserve and, therefore, the division of family property on reserve lands: *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285, at p. 296;
- Sustenance hunting pursuant to Aboriginal and treaty rights, such as the killing of deer for food: *Dick*;
- The right to advance a claim for the existence or extent of Aboriginal rights or title in respect of a contested resource or lands: *Delgamuukw and Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and*

[71] Ainsi, une loi provinciale d’application générale s’appliquera, d’elle-même et en vertu de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, aux entreprises, affaires ou services indiens, qu’ils soient ou non situés sur une réserve, *sauf* si la loi porte atteinte aux fonctions de l’entreprise qui sont intimement liées au statut et aux droits des Indiens. Les arrêts suivants de notre Cour illustrent les matières qui peuvent être liées au statut et aux droits des Indiens :

- le statut d’Indien : *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, le juge en chef Laskin rédigeant en son nom et au nom de trois autres juges aux p. 760-761, et le juge Beetz, rédigeant en son nom et au nom du juge Pigeon, à la p. 787;
- les « relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 61;
- les « droits si intimement liés au statut d’Indien qu’ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d’être enregistré, la qualité de membre d’une bande, le droit de participer à l’élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges relatifs à la réserve, etc. » : *Four B*, p. 1048;
- l’occupation de la résidence familiale située sur une réserve : *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306;
- le droit à la possession de terres sur une réserve et, par conséquent, le partage des biens familiaux sur des terres réservées : *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, p. 296;
- la chasse de subsistance en vertu des droits ancestraux et issus de traités, comme le fait de tuer un cerf pour se nourrir : *Dick*;
- le droit de revendiquer l’existence ou l’étendue du titre ou des droits ancestraux relativement à des ressources ou des terres contestées : *Delgamuukw et Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes*

*Culture*), 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; and

- The operation of constitutional and federal rules respecting Aboriginal rights: *Paul v. British Columbia*, among others.

[72] These examples make it clear that the focus of the analysis rests squarely on whether the nature of the operation and its normal activities, as distinguished from the people who are involved in running it or the cultural identity of those who may be affected by it, relate to what makes Indians federal persons as defined by what they do and what they are: *Dick; Delgamuukw*.

[73] The scope of the core of s. 91(24) is admittedly narrow. That, however, is as it should be. A narrow test for when activities fall within the core of Indianness reserved to the federal government is consistent with the dominant tenor of jurisprudence since *Four B*, as well as the restrained approach to interjurisdictional immunity adopted by this Court in recent cases. It recognizes that Indians are members of the broader population and, therefore, in their day-to-day activities, they are subject to provincial laws of general application: *Canadian Western Bank*, at para. 61. Only where the activity is so integrally related to what makes Indians and lands reserved for Indians a fundamental federal responsibility does it become an intrinsic part of the exclusive federal jurisdiction, such that provincial legislative power is excluded.

## II. The Normal or Habitual Activities of NIL/TU,O

[74] The question is whether the normal and habitual activities of the Indian operation at issue go to the status and rights of Indians, which reflect the fundamental federal responsibility for Indians in the Canadian constitutional and historical context. Only if the operation's normal and habitual activities relate directly to what makes Indians

*entreprises, du Tourisme et de la Culture*), 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; et

- l'application des règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux : *Paul c. Colombie-Britannique*, entre autres décisions.

[72] Ces exemples montrent clairement que l'analyse repose entièrement sur la question de savoir si la nature de l'entreprise et ses activités normales, plutôt que les personnes qui participent à l'entreprise ou l'identité culturelle de celles qui peuvent être concernées, ont trait à ce qui fait que les Indiens sont des personnes fédérales, suivant la nature de leur existence et de leur être : *Dick; Delgamuukw*.

[73] Il faut reconnaître que la portée du contenu essentiel du par. 91(24) est étroite. Il doit cependant en être ainsi. Ce critère étroit applicable aux situations où les activités touchent le contenu essentiel de l'indianité réservé au gouvernement fédéral est compatible avec le courant jurisprudentiel dominant depuis l'arrêt *Four B*, ainsi qu'avec l'approche modérée à l'égard de la doctrine de l'exclusivité des compétences adoptée par notre Cour dans des arrêts récents. Il reconnaît que les Indiens font partie de la population générale et que, par conséquent, dans le cadre de leurs activités quotidiennes, ils sont assujettis aux lois provinciales d'application générale : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 61. Ce n'est que lorsque l'activité est si entièrement liée à ce qui fait que les Indiens et les terres réservées aux Indiens sont une responsabilité fédérale fondamentale qu'elle devient une partie intrinsèque de la compétence fédérale exclusive, de sorte que le pouvoir législatif provincial est exclu.

## II. Les activités normales ou habituelles de NIL/TU,O

[74] La question est de savoir si les activités normales et habituelles de l'entreprise indienne en cause sont liées au statut et aux droits des Indiens, qui traduisent la responsabilité fédérale fondamentale à leur égard dans le contexte constitutionnel et historique du Canada. Les lois ouvrières provinciales ne peuvent être écartées que si les activités normales et

federal persons by virtue of their status or rights can provincial labour legislation be ousted, provided the impact of the provincial legislation would be to impair this essentially federal undertaking.

[75] Here, the question is whether the appellant's child welfare services operation, viewed in terms of its normal and habitual activities, lies at the center of the status and rights of Indians, so as to bring it within the federal core power over Indians. If the operation's normal and habitual activities are not intimately bound up with the essential capacities and rights inherent in Indian status, Aboriginal and treaty rights, or a delegated federal power over Indians, it remains subject to provincial jurisdiction, notwithstanding that it impacts on Indians, their culture and their values.

[76] The function of NIL/TU,O is the provision of child welfare services under the umbrella of the province-wide network of agencies providing similar services. The ordinary and habitual activities of NIL/TU,O do not touch on issues of Indian status or rights. The child welfare services therefore cannot be considered federal activities.

[77] This conclusion is not negated by the fact that the federal government has entered into an intergovernmental agreement with the province of British Columbia and NIL/TU,O, which requires the province, in exchange for funding and reimbursement and acting through NIL/TU,O, to extend child welfare services on reserves. The federal government has ceded its responsibility for the provision of child welfare services on reserve to the province and has agreed to partially fund their delivery, provided that they would be subject to provincial law. NIL/TU,O, as the deliverer of those services, is therefore bound by the applicable provincial legislation.

[78] In the absence of NIL/TU,O's services touching on any of the facets of Indianness which might

habituelles de l'entreprise ont un lien direct avec ce qui fait que les Indiens sont des personnes fédérales en vertu de leur statut ou de leurs droits, dans la mesure où les lois provinciales auraient pour effet d'entraver cette entreprise essentiellement fédérale.

[75] En l'espèce, la question est de savoir si les services d'aide à l'enfance offerts par l'appelante, considérés en fonction de ses activités normales et habituelles, sont au cœur du statut et des droits des Indiens, de sorte qu'ils relèvent du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les Indiens. Si les activités normales et habituelles de l'entreprise ne sont pas intimement liées aux droits et pouvoirs essentiels inhérents au statut d'Indien, aux droits ancestraux et issus de traités, ou à un pouvoir sur les Indiens délégué par le fédéral, l'entreprise continue de relever de la compétence provinciale, peu importe qu'elle ait des répercussions sur les Indiens, leur culture et leurs valeurs.

[76] La fonction de NIL/TU,O consiste en la prestation de services d'aide à l'enfance dans le cadre du réseau provincial des organismes offrant des services semblables. Les activités normales et habituelles de NIL/TU,O ne concernent pas les questions de statut ou de droits des Indiens. Par conséquent, les services d'aide à l'enfance ne peuvent être considérés comme des activités fédérales.

[77] Cette conclusion ne va pas à l'encontre du fait que le gouvernement fédéral a conclu, avec la province de la Colombie-Britannique et NIL/TU,O une entente intergouvernementale qui oblige la province, en échange de financement et du remboursement des dépenses engagées par la province, à offrir dans les réserves des services dispensés par NIL/TU,O. Le gouvernement fédéral a délégué à la province sa responsabilité de fournir des services d'aide à l'enfance dans les réserves et a accepté de financer partiellement la prestation de ces services dans la mesure où ils sont assujettis aux lois provinciales. NIL/TU,O, en tant que prestataire de ces services, est donc liée par les lois provinciales applicables.

[78] Comme les services offerts par NIL/TU,O ne touchent aucune des facettes de l'indianité

draw it within federal jurisdiction, NIL/TU,O's operations cannot be said to be federal operations. The fact that NIL/TU,O's services are delivered in a way that is culturally sensitive to Aboriginal identity and values does not change the basic functions of the enterprise. In this, we agree with Justice Abella.

[79] It is argued that because the appellant's services are directed at preserving the cultural identity of Indian children and confirming their Aboriginal traditions and values, the operations go to the core of what it is to be Indian, and that *Four B*, where the activity was making leather shoe uppers, is distinguishable on this basis. However, this is to look at the incidental effect of the activity instead of the operational nature of the business itself. *Four B* is clear that one looks not to the purpose or effects of the enterprise, but to the activity it carries out.

[80] The fact that NIL/TU,O employs Indians and works for the welfare of Indian children in a culturally sensitive way that seeks to enhance Aboriginal identity and preserve Aboriginal values does not alter its essential function — the provision of child welfare services. As stated by Justice Abella, the organization is subject to provincial oversight, regulation, funding and governance. The provision of child welfare services constitutes its normal and principal operation. The rule that Indian operations within a province are subject to generally applicable provincial law is not displaced by the doctrine of interjurisdictional immunity because the operations, viewed from a functional perspective, do not fall within the protected core of s. 91(24).

[81] Nor does the fact that NIL/TU,O's services impact on the Aboriginal family relationship make its operations a federal matter. *Natural Parents*, which is relied on for this proposition, dealt with provincial adoption legislation that had the potential to strip Indian children of their Indian status.

pouvant la faire relever de la compétence fédérale, les activités de NIL/TU,O ne peuvent être considérées comme des activités fédérales. Le fait que la prestation des services de NIL/TU,O soit adaptée à la culture et aux valeurs des Autochtones ne change en rien les fonctions fondamentales de l'entreprise. En cela, nous sommes d'accord avec la juge Abella.

[79] On a soutenu que, parce que les services de l'appelante visent à préserver l'identité culturelle des enfants autochtones et à confirmer leurs traditions et leurs valeurs, les activités touchent le contenu essentiel de l'existence des Indiens, et que pour cette raison, il faut faire une distinction avec l'arrêt *Four B*, où l'activité était la fabrication d'empeignes de cuir. Toutefois, cela revient à examiner l'effet accessoire de l'activité plutôt que la nature opérationnelle de l'entreprise elle-même. Il ressort clairement de *Four B* qu'il faut examiner l'activité exercée, et non l'objet ou l'effet de l'entreprise.

[80] Le fait que NIL/TU,O emploie des Indiens et qu'elle cherche à assurer le bien-être des enfants indiens d'une manière adaptée à leur culture dans le but d'enrichir leur identité autochtone et de préserver les valeurs autochtones ne modifie en rien sa fonction essentielle — la prestation de services d'aide à l'enfance. Comme l'affirme la juge Abella, l'organisation est supervisée par la province et est assujettie à la réglementation, au financement et à la gestion de la province. La prestation de services d'aide à l'enfance constitue son activité normale et principale. La règle selon laquelle les activités exercées par des Indiens à l'intérieur d'une province sont assujetties aux lois provinciales généralement applicables n'est pas écartée par la doctrine de l'exclusivité des compétences puisque les activités, d'un point de vue fonctionnel, ne touchent pas le contenu essentiel que protège le par. 91(24).

[81] De plus, le fait que les services offerts par NIL/TU,O ont une incidence sur les rapports familiaux chez les Autochtones ne signifie pas que ses activités relèvent du gouvernement fédéral. L'arrêt *Parents naturels*, sur lequel on appuie cette thèse, portait sur les lois provinciales en matière

It finds no application here, as Indian status is not affected by NIL/TU,O's operations.

### III. Conclusion

[82] We would affirm the judgment of the British Columbia Court of Appeal and dismiss the appeal.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Lawson Lundell, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: British Columbia Government and Service Employees' Union, Burnaby.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the British Columbia Labour Relations Board: British Columbia Labour Relations Board, Vancouver.*

d'adoption qui risquaient de priver l'enfant indien de son statut d'Indien. Cet arrêt ne s'applique pas en l'espèce puisque les activités de NIL/TU,O n'ont aucune incidence sur le statut d'Indien.

### III. Conclusion

[82] Nous sommes d'avis de confirmer le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Lawson Lundell, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé : British Columbia Government and Service Employees' Union, Burnaby.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenante British Columbia Labour Relations Board : British Columbia Labour Relations Board, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Kwumut Lelum Child and Family Services Society: Devlin Gailus, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Mohawk Council of Akwesasne: Emond Harnden, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Assembly of the First Nations of Quebec and Labrador and the First Nations of Quebec and Labrador Health and Social Services Commission: Dionne Schulze, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Te'Mexw Nations: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Kwumut Lelum Child and Family Services Society : Devlin Gailus, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil des Mohawks d'Akwesasne : Emond Harnden, Ottawa.*

*Procureurs des intervenantes l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador et la Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador : Dionne Schulze, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières Nations : Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante les Nations Te'Mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

**Communications, Energy and Paperworkers  
Union of Canada** *Appellant*

v.

**Native Child and Family Services of  
Toronto** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney  
General of Ontario, Attorney General of  
Quebec, Attorney General of  
New Brunswick, Attorney General  
of Manitoba, Attorney General of  
British Columbia, Attorney General for  
Saskatchewan, Assembly of the First Nations  
of Quebec and Labrador and First Nations of  
Quebec and Labrador Health and  
Social Services Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: COMMUNICATIONS, ENERGY AND  
PAPERWORKERS UNION OF CANADA v. NATIVE  
CHILD AND FAMILY SERVICES OF TORONTO**

**2010 SCC 46**

File No.: 32908.

2009: December 8; 2010: November 4.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Constitutional law — Division of powers — Labour  
relations — Aboriginal peoples — Child welfare agency  
providing services to Aboriginal children and families in  
Toronto — Union applying to Canada Industrial Rela-  
tions Board for certification as bargaining agent for  
child welfare agency's employees — Agency arguing  
its labour relations within exclusive provincial author-  
ity — Whether agency constitutes a federal undertaking  
based on its nature, operations and habitual activities —  
Whether Aboriginal aspects of agency's operations and  
service delivery displace presumption of provincial*

**Syndicat canadien des communications, de  
l'énergie et du papier** *Appelant*

c.

**Native Child and Family Services of  
Toronto** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, procureur  
général de l'Ontario, procureure générale  
du Québec, procureur général du Nouveau-  
Brunswick, procureur général du Manitoba,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique, procureur général de la  
Saskatchewan, Assemblée des Premières  
Nations du Québec et du Labrador et  
Commission de la santé et des services  
sociaux des Premières Nations du Québec et  
du Labrador** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SYNDICAT CANADIEN DES  
COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER c.  
NATIVE CHILD AND FAMILY SERVICES OF TORONTO**

**2010 CSC 46**

N° du greffe : 32908.

2009 : 8 décembre; 2010 : 4 novembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —  
Relations de travail — Autochtones — Agence d'aide  
à l'enfance offrant des services aux enfants et aux  
familles autochtones à Toronto — Demande du syn-  
dicat au Conseil canadien des relations industrielles  
en vue d'être accrédité à titre d'agent négociateur des  
employés de l'agence — Agence soutenant que ses rela-  
tions de travail relèvent de la compétence exclusive de la  
province — Compte tenu de sa nature, de son fonction-  
nement et de ses activités habituelles, l'agence est-elle  
une entreprise fédérale? — Les aspects autochtones des*

*jurisdiction over labour relations — Constitution Act, 1867, s. 91(24).*

Native Child and Family Services of Toronto is a children's aid society that provides services to Aboriginal families in Toronto. The Union applied to be certified as the bargaining agent for Native Child's employees. Native Child challenged the application, arguing its labour relations were within exclusive provincial authority. The Canada Industrial Relations Board concluded Native Child's labour relations were an integral part of primary federal jurisdiction over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and therefore subject to the *Canada Labour Code*. The Federal Court of Appeal disagreed, concluding that Native Child's labour relations were under provincial jurisdiction.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: As noted in *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696, released concurrently, labour relations presumptively fall under provincial authority. Federal jurisdiction arises only as an exception when the nature of an entity's operations can be properly characterized as federal on an application of the "functional test". That presumption has not been displaced in this case. Native Child's mandate to deliver effective, culturally-appropriate services to Aboriginal clients and communities does not alter the fact that the essential function of the agency's operation is to deliver child welfare services, a provincial function.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ.: Based on the approach outlined in *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696, federal labour relations jurisdiction does not apply.

## Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; **referred to:** *C.U.P.E. v. Native Child and Family Services of Toronto*, [1995] O.L.R.D. No. 4298 (QL).

*activités de l'agence et de la prestation de ses services écartent-ils la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).*

Native Child and Family Services of Toronto est une société d'aide à l'enfance qui offre des services aux familles autochtones de Toronto. Le Syndicat a demandé l'accréditation en tant qu'agent négociateur pour les employés de Native Child. Cette dernière a contesté la demande, soutenant que ses relations de travail relevaient de la compétence exclusive de la province. Le Conseil canadien des relations industrielles a conclu que les relations de travail de Native Child faisaient partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les « Indiens » en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et étaient donc assujetties au *Code canadien du travail*. La Cour d'appel fédérale a plutôt conclu que les relations de travail de Native Child étaient de compétence provinciale.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Comme nous l'avons indiqué dans le pourvoi connexe *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, il faut présumer que les relations de travail relèvent de la compétence de la province. La compétence fédérale est une exception qui n'entre en jeu que lorsque l'application du « critère fonctionnel » permet à juste titre de considérer les activités d'une entité comme étant de nature fédérale. Cette présomption n'a pas été écartée en l'espèce. La mission de Native Child consistant à offrir aux clients et communautés autochtones des services efficaces et adaptés à leur culture ne change rien au fait que la fonction essentielle de l'agence est de fournir des services d'aide à l'enfance, une fonction provinciale.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish : Compte tenu de la démarche exposée dans le pourvoi connexe *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, la compétence fédérale en matière de relations de travail ne s'applique pas.

## Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêt appliqué :** *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; **arrêt mentionné :** *C.U.P.E. c. Native Child and Family Services of Toronto*, [1995] O.L.R.D. No. 4298 (QL).

By McLachlin C.J. and Fish J.

**Referred to:** *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2.  
*Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11,  
 ss. 1, 7(1), 15(2), (3), (4).  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).  
*Corporations Act*, R.S.O. 1980, c. 95.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Sexton and Sharlow J.J.A.), 2008 FCA 338, 382 N.R. 330, [2009] 1 C.N.L.R. 218, 2009 C.L.L.C. ¶220-022, 302 D.L.R. (4th) 700, [2008] F.C.J. No. 1497 (QL), 2008 CarswellNat 3855, setting aside an order of the Canada Industrial Relations Board, Order No. 9289-U. Appeal dismissed.

*Douglas J. Wray and Jesse M. Nyman*, for the appellant.

*Mark V. Ellis*, for the respondent.

*Peter Southey and Sean Gaudet*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Sean Hanley and Bruce Ellis*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Sylvain Leboeuf and Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Cynthia Devine*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Paul E. Yearwood*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*R. James Fyfe*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*David Schulze and Barbara Cuber*, for the interveners the Assembly of the First Nations of Quebec and Labrador and the First Nations of

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish

**Arrêt mentionné :** *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696.

#### Lois et règlements cités

*Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2.  
*Corporations Act*, R.S.O. 1980, ch. 95.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).  
*Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 1, 7(1), 15(2), (3), (4).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Sexton et Sharlow), 2008 CAF 338, 382 N.R. 330, [2009] 1 C.N.L.R. 218, 2009 C.L.L.C. ¶220-022, 302 D.L.R. (4th) 700, [2008] A.C.F. n° 1497 (QL), 2008 CarswellNat 4911, qui a infirmé l'ordonnance n° 9289-U du Conseil canadien des relations industrielles. Pourvoi rejeté.

*Douglas J. Wray et Jesse M. Nyman*, pour l'appelant.

*Mark V. Ellis*, pour l'intimée.

*Peter Southey et Sean Gaudet*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Sean Hanley et Bruce Ellis*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Sylvain Leboeuf et Monique Rousseau*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

*Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Cynthia Devine*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Paul E. Yearwood*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*R. James Fyfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*David Schulze et Barbara Cuber*, pour les intervenantes l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador et la Commission de la santé

Quebec and Labrador Health and Social Services Commission.

The judgment of LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Native Child and Family Services of Toronto (“Native Child”) is a children’s aid society that provides services to Aboriginal families in Toronto. In 2007, the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada applied to the Canada Industrial Relations Board to be certified as the bargaining agent for all Native Child employees except students, supervisors and persons above the rank of supervisor. Native Child challenged the application, arguing that its labour relations were within exclusive provincial authority.

[2] The Board rejected Native Child’s objection, concluding that Native Child’s labour relations were an integral part of primary federal jurisdiction over “Indians” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and therefore subject to the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2 (Order No. 9289-U, dated November 23, 2007). On judicial review, Sexton J.A. disagreed, concluding that Native Child’s labour relations were under provincial jurisdiction (2008 FCA 338, 382 N.R. 330). I agree.

[3] As in *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696, released concurrently, the issue in this appeal is whether the provincial or federal government has jurisdiction over the agency’s labour relations. As noted in *NIL/TU,O*, labour relations presumptively fall under provincial authority. Federal jurisdiction arises only as an exception when the nature of an entity’s operations can be properly characterized as federal on an application of the “functional test”.

[4] In 1986, Native Child was incorporated under Ontario’s *Corporations Act*, R.S.O. 1980, c. 95, to

et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Native Child and Family Services of Toronto (« Native Child ») est une société d’aide à l’enfance qui offre des services aux familles autochtones de Toronto. En 2007, le Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier a présenté au Conseil canadien des relations industrielles une demande d’accréditation en tant qu’agent négociateur pour tous les employés de Native Child, à l’exception des étudiants des superviseurs et des cadres supérieurs. Native Child a contesté la demande, plaidant que ses relations de travail relevaient de la compétence exclusive de la province.

[2] Le Conseil a rejeté l’opposition de Native Child, concluant que les relations de travail faisaient partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les « Indiens » en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et étaient donc assujetties au *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2 (ordonnance n<sup>o</sup> 9289-U en date du 23 novembre 2007). En appel, le juge Sexton a plutôt conclu que les relations de travail de Native Child étaient de compétence provinciale (2008 CAF 338, 382 N.R. 330) et je suis d’accord avec lui.

[3] Comme dans le pourvoi connexe *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, la question en litige est de savoir qui, du gouvernement provincial ou fédéral, a compétence sur les relations de travail de l’agence. Comme nous l’avons indiqué dans *NIL/TU,O*, il faut présumer que les relations de travail relèvent de la compétence de la province. La compétence fédérale est une exception qui n’entre en jeu que lorsque l’application du « critère fonctionnel » permet à juste titre de considérer les activités d’une entité comme étant de nature fédérale.

[4] En 1986, Native Child a été constituée sous le régime de la *Corporations Act*, L.R.O. 1980, ch. 95,

provide “a life of quality, well-being, caring and healing” to Toronto’s Aboriginal community by offering child welfare and family support services that were “culture-based” and respectful of “the supreme values of Native people, the extended family, and the right of self-determination” (*C.U.P.E. v. Native Child and Family Services of Toronto*, [1995] O.L.R.D. No. 4298 (QL), at para. 3).

[5] In 1987, Native Child and Ontario’s Minister of Community and Social Services entered into an agreement that identified Native Child as an authorized service provider under the *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11. The Act regulates the delivery of all child welfare services in the province and s. 7(1) empowers the provincial government to make agreements with persons, municipalities and agencies for the provision of child welfare and support services, and to pay for those services out of legislative appropriations. The agreement provided that Native Child was a “native-controlled, community based agency” (*C.U.P.E.*, at para. 3) that would provide support, prevention and advocacy services to Aboriginal children and families in Metropolitan Toronto. As a service provider, Native Child had to enter into annual service agreements with the provincial government, which had line by line budget approval over Native Child’s funding.

[6] In 2004, Ontario’s Minister of Children and Youth Services designated Native Child as a children’s aid society under s. 15(2) of the Act, which provides:

The Minister may designate an approved agency as a children’s aid society for a specified territorial jurisdiction and for any or all of the functions set out in subsection (3), may impose terms and conditions on a designation and may vary, remove or amend the terms and conditions or impose new terms and conditions at any time, and may at any time amend a designation to provide that the society is no longer designated for a

de l’Ontario, dans le but d’offrir [TRADUCTION] « une qualité de vie, un bien-être et du soutien » à la communauté autochtone de Toronto en dispensant des services d’aide à l’enfance et de soutien à la famille qui sont « adaptés à leur culture » et qui respectent « les valeurs suprêmes des Autochtones, la famille élargie et le droit à l’autodétermination » (*C.U.P.E. c. Native Child and Family Services of Toronto*, [1995] O.L.R.D. No. 4298 (QL), par. 3).

[5] En 1987, Native Child et le ministre des Services sociaux et communautaires de l’Ontario ont conclu une entente qui reconnaissait Native Child comme un fournisseur de services autorisé en vertu de la *Loi sur les services à l’enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11 (la « Loi »). La Loi régit la prestation de tous les services d’aide à l’enfance dans la province, et le par. 7(1) confère au gouvernement provincial le pouvoir de conclure des ententes avec des personnes, des municipalités et des agences relativement à la fourniture de services d’aide à l’enfance et de soutien à la famille, ainsi que le pouvoir de verser au titre de ces services des montants prélevés sur les affectations budgétaires de la Législature. Aux termes de l’entente, Native Child était une [TRADUCTION] « agence communautaire dirigée par des Autochtones » (*C.U.P.E.*, par. 3) qui devait offrir aux enfants et aux familles autochtones dans la communauté urbaine de Toronto des services de soutien, de prévention et de défense des droits. En tant que fournisseur de services, Native Child devait conclure chaque année une entente de services avec le gouvernement provincial, lequel approuvait poste par poste le budget de Native Child en vue de son financement.

[6] En 2004, le ministre des Services à l’enfance et à la jeunesse de l’Ontario a désigné Native Child comme société d’aide à l’enfance aux termes du par. 15(2) de la Loi, qui prévoit ce qui suit :

Le ministre peut désigner une agence agréée comme société d’aide à l’enfance dans un territoire précisé et il peut déterminer l’ensemble ou une partie des fonctions précisées au paragraphe (3) que cette société exercera. Il peut imposer des conditions dans l’acte de désignation et les modifier, les annuler ou en imposer de nouvelles. Il peut modifier l’acte de désignation afin de préciser que la société n’est plus désignée pour exercer une fonction

particular function set out in subsection (3) or to alter the society's territorial jurisdiction.

[7] Native Child, when fulfilling its statutory functions, is bound to comply with the Act's objectives, standards and procedures, most notably the Act's paramount purpose of "promot[ing] the best interests, protection and well being of children" (ss. 1(1), 1(2) and 15(4)). As a children's aid society, Native Child's functions include: investigating allegations or evidence that children who are under the age of 16 years or are in the society's care or under its supervision may be in need of protection; protecting, where necessary, children who are under 16 or are in the society's care or under its supervision; providing guidance, counselling and other services to families for protecting children or for the prevention of circumstances requiring the protection of children; providing care for children assigned or committed to its care under the Act; supervising children assigned to its supervision under the Act; placing children for adoption; and performing any other statutory duties (s. 15(3)). Some of its support services are directed towards children's mental health, family well-being, parental education, childhood education and youth outreach, and have included a customary care program, a sexual abuse program for women and children, a summer camp and a mother's assistance program.

[8] Native Child shares responsibility for delivering child welfare services in Toronto with the Children's Aid Society of Toronto, the Catholic Children's Aid Society of Toronto, and the Jewish Children's Aid Society. Toronto's Aboriginal population can seek child welfare services from any of these agencies — they are not required to rely on Native Child.

[9] From the record, it appears that the federal government has provided some funding to Native

particulière précisée au paragraphe (3) ou que le territoire sur lequel elle exerce sa compétence n'est plus le même.

[7] En s'acquittant de ses fonctions aux termes de la Loi, Native Child est tenue de se conformer aux objectifs, aux normes et aux procédures prévues par la Loi, plus particulièrement à l'objet primordial de la Loi qui consiste à « promouvoir l'intérêt véritable de l'enfant, sa protection et son bien-être » (par. 1(1), 1(2) et 15(4)). En tant que société d'aide à l'enfance, Native Child est notamment chargée de faire enquête sur les allégations ou les preuves selon lesquelles des enfants qui ont moins de 16 ans ou qui sont confiés aux soins ou à la surveillance d'une société peuvent avoir besoin de protection; de protéger, en cas de besoin, les enfants qui ont moins de 16 ans ou qui sont confiés aux soins ou à la surveillance d'une société; d'offrir aux familles des services d'orientation, de consultation et d'autres services pour protéger les enfants ou pour empêcher que surviennent des situations qui nécessitent cette protection; de fournir des soins aux enfants qui lui sont confiés à cette fin en vertu de la Loi; d'exercer une surveillance sur les enfants qui lui sont confiés à cette fin en vertu de la Loi; de placer des enfants en vue de leur adoption; et d'exercer toute autre fonction conférée par la Loi (par. 15(3)). Certains des services de soutien touchent la santé mentale des enfants, le bien-être de la famille, l'éducation des parents, l'éducation de la petite enfance et la sensibilisation des jeunes et comprennent un programme de soins conformes aux traditions, un programme destiné aux femmes et aux enfants victimes d'abus sexuels, un camp d'été et un programme d'aide aux mères.

[8] À Toronto, Native Child partage la responsabilité de la prestation de services d'aide à l'enfance avec les agences Children's Aid Society of Toronto, Catholic Children's Aid Society of Toronto et Jewish Children's Aid Society. Les Autochtones qui vivent à Toronto peuvent obtenir des services d'aide à l'enfance de l'une ou l'autre de ces agences — ils ne dépendent pas uniquement de Native Child.

[9] Il ressort du dossier que le gouvernement fédéral a versé des fonds à Native Child, mais que la

Child, but the province, bolstered by some municipal and non-governmental contributions, funds the bulk of Native Child's operations. There is no formal band involvement in Native Child's governance, although its employees and board members are primarily Aboriginal.

[10] In my view, the nature of what Native Child does is to deliver child welfare services. This falls under provincial jurisdiction. Native Child, wholly regulated by the *Child and Family Services Act*, is a fully integrated, provincially designated children's aid society that provides services in accordance with statutory standards in Toronto. The crux of its operations is, as Native Child submitted, to "provide child and family services pursuant to Provincial statutorily prescribed standards in the same manner and with the same professionalism that is provided by all such 'sister' agencies in the Province".

[11] It is argued, however, that the Aboriginal aspects of Native Child's operation render it a federal undertaking by virtue of s. 91(24). Yet, as explained in *NIL/TU,O*, a provincially regulated child welfare agency's mandate to deliver effective, culturally appropriate services to Aboriginal clients and communities does not alter the fact that the essential function of the agency's operation is to deliver child welfare services, a provincial function. While the identity of Native Child's clients undoubtedly has, and should have, an impact on the way the agency delivers services, it does not alter the essential nature of what Native Child does.

[12] For these reasons and for those set out in *NIL/TU,O*, I am of the view that the presumption in favour of provincial jurisdiction over labour relations has not been displaced. I would therefore dismiss the appeal with costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. were delivered by

[13] THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. — Though we concur with Justice Abella in her conclusion

province, grâce à des contributions municipales et non gouvernementales, finance la majeure partie des activités de Native Child. Aucune bande indienne ne prend formellement part à l'administration de Native Child, bien que ses employés et administrateurs soient surtout des Autochtones.

[10] À mon avis, la nature des activités de Native Child consiste à fournir des services d'aide à l'enfance. Ces activités relèvent de la compétence provinciale. Native Child, qui est entièrement régie par la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, est une société d'aide à l'enfance pleinement intégrée et désignée par la province pour offrir, à Toronto, des services conformément aux normes prévues sur la Loi. Sa principale activité, comme l'a affirmé Native Child, consiste à [TRADUCTION] « fournir des services à l'enfance et à la famille conformément aux niveaux prescrits par la loi provinciale de la même façon et avec le même degré de professionnalisme que toutes les agences "sœurs" de la province ».

[11] On a toutefois soutenu que le caractère autochtone des activités de Native Child fait d'elle une entreprise fédérale en vertu du par. 91(24). Or, comme la Cour l'a expliqué dans *NIL/TU,O*, la mission d'une agence d'aide à l'enfance réglementée par la province consistant à offrir aux clients et communautés autochtones des services efficaces et adaptés à leur culture ne change rien au fait que la fonction essentielle de l'agence est de fournir des services d'aide à l'enfance, ce qui est une fonction provinciale. Il ne fait aucun doute que l'identité des clients de Native Child influence, et devrait influencer, la façon dont l'agence dispense ses services, mais cela ne modifie pas la nature essentielle de ses activités.

[12] Pour ces motifs et ceux énoncés dans *NIL/TU,O*, je suis d'avis que la présomption de compétence provinciale en matière de relations de travail n'a pas été écartée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie et Fish rendus par

[13] LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH — En nous fondant sur la démarche exposée dans nos

that the society's culturally directed services do not attract federal labour relations jurisdiction, we do so on the basis of the approach outlined in our reasons in *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696.

[14] We would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Caley & Wray, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Baker & McKenzie, Toronto.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the interveners the Assembly of the First Nations of Quebec and Labrador and*

motifs dans le pourvoi connexe *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, nous sommes d'accord avec la juge Abella pour conclure que les services axés sur la culture qu'offre la société intimée ne relèvent pas, pour ce qui est des relations de travail, de la compétence fédérale.

[14] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Caley & Wray, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Baker & McKenzie, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec: Procureure générale du Québec, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureurs des intervenantes l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador et*

*the First Nations of Quebec and Labrador Health and Social Services Commission: Dionne Schulze, Montréal.*

*la Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador : Dionne Schulze, Montréal.*



# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

Boards and tribunals — Jurisdiction — British Columbia authorized project altering timing and flow of water in area claimed by First Nations without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Commission empowered to decide questions of law and to determine whether agreement is in public interest — Whether Commission had jurisdiction to discharge Crown's constitutional obligation to consult — Whether Commission had jurisdiction to consider adequacy of consultation — If so, whether it was required to consider adequacy of consultation in determining whether agreement is in public interest — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.

RIO TINTO ALCAN INC. v. CARRIER SEKANI TRIBAL COUNCIL, 650.

---

## APPEALS

Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Leave to appeal — Three-judge panel of Court of Appeal overturning decision rendered by one of its judges and granting accused's motion for extension of time to serve and file notice of appeal against his conviction — Crown seeking leave to appeal, challenging jurisdiction of Court of Appeal to overturn decision rendered by one of its judges — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain leave application — If so, whether leave to appeal raised question of sufficient importance — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

R. v. SHEA, 17.

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Enforcement — Damage award as remedy for breach of rights — Quantum — Claimant strip searched and his car seized in violation of his constitutional rights — Whether claimant entitled to damages as remedy under

## CONSTITUTIONAL LAW — Continued

s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, how should quantum of damages be assessed.

VANCOUVER (CITY) v. WARD, 28.

2. Charter of Rights — Search and seizure — Private home — Use of force — Police informed that two individuals believed to be members of violent criminal gang were running "dial-a-dope" cocaine trafficking operation — Police obtaining search warrants following investigation — Tactical team conducting unannounced, forced entry into accused's residence believed by police to be used in drug operation — Tactical team using hard entry to avoid destruction of evidence and to protect safety of police and public — Police finding cocaine in accused's room — Accused convicted of possession of cocaine for purpose of trafficking — Whether lawfully authorized search was conducted reasonably — Whether search unreasonable because tactical team members did not have copy of search warrant with it when entering residence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. CORNELL, 142.

3. Charter of Rights — Right to counsel — Custodial interrogation — Presence of counsel — Renewed opportunity to consult counsel — Accused spoke to counsel of choice prior to police interrogation — Repeated requests for further consultation — Incriminating statements made during interrogation — Whether detainee who has been properly accorded right to counsel at outset of detention has constitutional right to further consultations with counsel during course of interrogation — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. SINCLAIR, 310.

4. Charter of Rights — Right to counsel — Custodial interrogation — Presence of counsel — Renewed opportunity to consult counsel — Accused's counsel of choice unavailable — Accused spoke instead to duty counsel — Neither counsel present during police interrogation — Repeated requests for further consultation — Incriminating statements made during interrogation — Whether accused's right to counsel breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. MCCRIMMON, 402.

**CONSTITUTIONAL LAW — Continued**

5. Charter of Rights — Right to counsel — Counsel of choice — Accused's counsel of choice unavailable — Accused spoke instead to duty counsel — Adequacy of advice received — Incriminating statement made during police interrogation — Whether accused's right to counsel breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. WILLIER, 429.

6. Division of powers — Aeronautics — Ancillary powers — Municipal by-law prohibiting construction of aerodromes on lake and throughout much of municipality's territory — Company operating aerodrome on lake in violation of by-law — Whether by-law valid provincial legislation — Whether by-law relates, in pith and substance, to federal jurisdiction over aeronautics — If so, whether by-law valid under ancillary powers doctrine — Constitution Act, 1867, s. 91.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. LACOMBE, 453.

7. Division of powers — Federal paramountcy — Federal power over aeronautics — Provincial legislation prohibiting land use in designated agricultural region for any purpose other than agriculture without prior authorization — Aerodrome built on agricultural land without authorization — Whether doctrine of federal paramountcy can be invoked — An Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1, s. 26 — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(13), (16), 95.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADIAN OWNERS AND PILOTS ASSOCIATION, 536.

8. Division of powers — Interjurisdictional immunity — Federal power over aeronautics — Provincial legislation prohibiting land use in designated agricultural region for any purpose other than agriculture without prior authorization — Aerodrome built on agricultural land without authorization — Whether legislation *intra vires* province — If so, whether legislation constitutionally inapplicable to the extent it prohibits aerodromes in agricultural zones — An Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1, s. 26 — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(13), (16), 95.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADIAN OWNERS AND PILOTS ASSOCIATION, 536.

9. Canadian Charter — Human rights — Quebec Charter of human rights and freedoms — Evidence — Journalist-source privilege — Freedom of expression — Access to information — Professional secrecy — Newspaper journalist receiving information from confidential unauthorized government source concerning company retained by federal government under Sponsorship Program — Newspaper publishing information alleging misuse and misdirection of public funds — Journalist compelled on cross-examination to answer questions possibly leading to identity of source — Newspaper objecting — Whether

**CONSTITUTIONAL LAW — Continued**

relationship protected by class-based journalist-source privilege — Whether basis for privilege constitutional or quasi-constitutional rooted in Canadian Charter and Quebec Charter rights — Whether common law framework to recognize case-by-case privilege relevant for civil litigation proceedings under Quebec law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9, 44.

GLOBE AND MAIL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 592.

10. Charter of Rights — Freedom of expression — Publication ban — Newspaper journalist receiving information from confidential unauthorized government source concerning company retained by federal government under Sponsorship Program — Information published including details about confidential settlement negotiations between government and company — Court making order prohibiting journalist from reporting and publishing further details concerning settlement negotiations — Whether order having effect of limiting journalist's freedom of expression rights under Canadian Charter — Whether publication ban necessary to prevent serious risk to proper administration of justice — Whether salutary effects of publication ban outweigh deleterious effects — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

GLOBE AND MAIL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 592.

11. Honour of the Crown — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Right to consultation — British Columbia authorized project altering timing and flow of water in area claimed by First Nations without consulting affected First Nations — Thereafter, provincial hydro and power authority sought British Columbia Utilities Commission's approval of agreement to purchase power generated by project from private producer — Duty to consult arises when Crown knows of potential Aboriginal claim or right and contemplates conduct that may adversely affect it — Whether Commission reasonably declined to consider adequacy of consultation in context of assessing whether agreement is in public interest — Whether duty to consult arose — What constitutes "adverse effect" — Constitution Act, 1982, s. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, c. 473, s. 71.

RIO TINTO ALCAN INC. v. CARRIER SEKANI TRIBAL COUNCIL, 650.

12. Division of powers — Labour relations — Aboriginal peoples — Child welfare agency providing services to Aboriginal children and families in British Columbia — Union applying to B.C. Labour Relations Board for certification as bargaining agent for child welfare agency's employees — Agency arguing its labour relations within exclusive federal authority over Indians — Whether agency constitutes a federal undertaking based on its nature, operations and habitual activities — Whether Aboriginal aspects of agency's operations and service

**CONSTITUTIONAL LAW — Concluded**

delivery displace presumption of provincial jurisdiction over labour relations — Constitution Act, 1867, s. 91(24).

NIL/TU,O CHILD AND FAMILY SERVICES SOCIETY V. B.C. GOVERNMENT AND SERVICE EMPLOYEES' UNION, 696.

13. Division of powers — Labour relations — Aboriginal peoples — Child welfare agency providing services to Aboriginal children and families in Toronto — Union applying to Canada Industrial Relations Board for certification as bargaining agent for child welfare agency's employees — Agency arguing its labour relations within exclusive provincial authority — Whether agency constitutes a federal undertaking based on its nature, operations and habitual activities — Whether Aboriginal aspects of agency's operations and service delivery displace presumption of provincial jurisdiction over labour relations — Constitution Act, 1867, s. 91(24).

COMMUNICATIONS, ENERGY AND PAPERWORKERS UNION OF CANADA V. NATIVE CHILD AND FAMILY SERVICES OF TORONTO, 737.

**CRIMINAL LAW**

1. Sexual offences — Luring a child — Presumption that accused believed interlocutor is underage — Reasonable steps requirement to determine if interlocutor underage — Accused communicating by computer with police officer posing as 13-year-old boy — Communication indicating accused's desire to engage in explicit sexual activity — "Boy" insisting he was 13 notwithstanding profile stating his age to be 18 — Accused taking no steps to ascertain interlocutor's real age — Arrangements made to meet for anticipated sexual encounter — Accused arrested and charged with "luring a child" — Accused's acquittals overturned on appeal — Whether trial judge bound by combined effect of presumption of belief in s. 172.1(3) of Criminal Code and reasonable steps requirement in s. 172.1(4) to find that accused believed he was communicating by computer with an underage interlocutor — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1.

R. v. LEVIGNE, 3.

2. Search and seizure — Search warrants — Police tactical team conducting unannounced, forced entry into accused's residence — Tactical team members not having copy of search warrant with them when entering residence — Investigator who was physically present and close to accused's residence had copy of warrant — Whether police complied with requirements of s. 29 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. v. CORNELL, 142.

**CRIMINAL LAW — Concluded**

3. Trial — Fair trial — Charge to jury — Accused charged with several counts of first degree murder — Crown maintaining that accused actually shot and killed victims — Trial judge instructing jury that if they had reasonable doubt whether accused shot victims they should return not guilty verdict — Trial judge subsequently instructing jury following question during their deliberations that they could find that accused was killer if he "was otherwise an active participant" in killings — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge's response to jury question undermined fairness of trial and occasioned miscarriage of justice — Whether instructions as a whole, including response to jury question, adequately conveyed law on potential routes to criminal liability.

R. v. PICKTON, 198.

4. Trial — Charge to jury — Adequacy of trial judge's instructions — Charge adequate — Jury instruction fair, balanced and accurate on matters of post-offence conduct.

R. v. ALLEN, 648.

**INSURANCE**

1. Liability insurance — Insurer's duty to defend — Commercial general liability policy — Scope of coverage — Claims against insured for negligence in construction of buildings and for breach of contract — Insured alleging inadequate construction completed by subcontractors — Insurance policy covers property damage caused by an accident — Whether "property damage" limited to third-party property damage — Whether defective workmanship considered to be an "accident" — Whether insurer owes a duty to defend claims against insured.

PROGRESSIVE HOMES LTD. V. LOMBARD GENERAL INSURANCE CO. OF CANADA, 245.

2. Liability insurance — Insurer's duty to defend — Policy exclusion — Whether exclusion for "work performed" includes work completed by subcontractors.

PROGRESSIVE HOMES LTD. V. LOMBARD GENERAL INSURANCE CO. OF CANADA, 245.

**LABOUR RELATIONS**

1. Wrongful dismissal — Recourse — Jurisdiction of arbitrator or Commission des relations du travail — Arbitration procedure provided for in collective agreement with respect

**LABOUR RELATIONS — Concluded**

to dismissal not available to employees without job security — Act respecting labour standards establishing recourse before Commission des relations du travail in case of dismissal without good and sufficient cause, except where equivalent remedial procedure provided for elsewhere in legislation or in agreement — Grievances filed in which employees complained they had been dismissed without good and sufficient cause — Whether labour standard prohibiting wrongful dismissal implicitly incorporated into collective agreement — Whether arbitrator or Commission has jurisdiction over complaint — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.

*SYNDICAT DE LA FONCTION PUBLIQUE DU QUÉBEC V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)*, 61.

2. Wrongful dismissal — Recourse — Jurisdiction of arbitrator or Commission des relations du travail — Act respecting labour standards establishing recourse before Commission des relations du travail in case of dismissal without good and sufficient cause, except where equivalent remedial procedure provided for elsewhere in legislation or in agreement — Grievance filed in which it was alleged that withdrawal of employee's employment priority constituted dismissal without good and sufficient cause — Whether labour standard prohibiting wrongful dismissal implicitly incorporated into collective agreement — Whether arbitrator or Commission has jurisdiction over complaint — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.

*SYNDICAT DES PROFESSEURS DU CÉGEP DE STE-FOY V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)*, 123.

3. Wrongful dismissal — Recourse — Jurisdiction of arbitrator or Commission des relations du travail — Act respecting labour standards establishing recourse before Commission des relations du travail in case of dismissal without good and sufficient cause, except where equivalent remedial procedure provided for elsewhere in legislation or in agreement — Grievance filed in which it was alleged that non-renewal of employee's contract amounted to dismissal without good and sufficient cause — Whether collective agreement provides for recourse equivalent to one provided for in statute — Whether labour standard prohibiting wrongful dismissal implicitly incorporated into collective agreement — Whether arbitrator or Commission has jurisdiction over complaint — Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 124.

*SYNDICAT DES PROFESSEURS ET DES PROFESSEURES DE L'UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À TROIS-RIVIÈRES V. UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À TROIS-RIVIÈRES*, 132.

**PENSIONS**

1. Pension plans — Expenses — Whether pension plan documentation allowed employer to charge plan administration expenses to fund.

*BURKE V. HUDSON'S BAY CO.*, 273.

2. Pension plans — Surplus — Ongoing defined benefit pension plan — Sale of division of company resulting in employees being transferred to new company — Transferred employees removed from former employer's pension plan and incorporated into new pension plan — At time of transfer, former employer's pension plan had significant projected surplus — Former employer transferred enough pension funds to cover transferred employees defined benefits but no surplus funds transferred — Whether there was an obligation on former employer to transfer a pro rata portion of surplus on sale — Whether former employer's obligations to transferred employees were satisfied by assuring their defined benefits — Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35.

*BURKE V. HUDSON'S BAY CO.*, 273.

**PRESCRIPTION**

Extinctive prescription — Action filed 25 years after alleged sexual assault — Whether action prescribed.

*CHRISTENSEN V. ROMAN CATHOLIC ARCHBISHOP OF QUÉBEC*, 694.

**PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

1. Foreign judgments — Recognition — Exception to dismissal based on jurisdictional immunity — Application for recognition of English judgment against foreign state — English court having ruled on issue of jurisdictional immunity — Whether Canadian legislation on state immunity applies to application for recognition of English judgment — Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 3076; State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, s. 3.

*KUWAIT AIRWAYS CORP. V. IRAQ*, 571.

2. Foreign judgments — Transitional law — Applicable legal rules — Application for recognition of English judgment rendered after coming into force of Civil Code of Québec — Whether new Code applies to this application — Effect and application of s. 170 of Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57.

*KUWAIT AIRWAYS CORP. V. IRAQ*, 571.

**PUBLIC INTERNATIONAL LAW**

3. Jurisdictional immunity — Commercial activity exception — Application for recognition of English judgment against foreign state — English court holding that foreign state responsible for acts that had misled English courts and resulted in judgment that is subject of application for recognition — Whether foreign state entitled to immunity in Quebec courts — Whether foreign state's acts constituted commercial activities — State Immunity Act, R.S.C. 1985, c. S-18, ss. 2 “commercial activity”, 3, 5.

KUWAIT AIRWAYS CORP. v. IRAQ, 571.

---



# INDEX

## APPELS

Cour suprême du Canada — Compétence — Demande d'autorisation d'appel — Décision rendue par un juge de la même cour infirmée par une formation de trois juges de la Cour d'appel et requête de l'accusé visant la prorogation du délai pour signifier et déposer un avis d'appel de sa déclaration de culpabilité accueillie — Demande d'autorisation d'interjeter appel du ministère public, contestant la compétence de la Cour d'appel d'infirmier une décision rendue par un de ses propres juges — La Cour suprême a-t-elle compétence pour se pencher sur la demande d'autorisation d'appel? — Si oui, la demande d'autorisation d'appel soulève-t-elle une question suffisamment importante? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

R. C. SHEA, 17.

---

## ASSURANCE

1. Assurance de responsabilité — Obligation de défendre de l'assureur — Exclusions prévues à la police — L'exclusion relative aux « travaux exécutés » vise-t-elle notamment les travaux exécutés par des sous-traitants?

PROGRESSIVE HOMES LTD. C. CIE CANADIENNE D'ASSURANCES GÉNÉRALES LOMBARD, 245.

2. Assurance de responsabilité — Obligation de défendre de l'assureur — Police d'assurance de responsabilité civile des entreprises — Portée de la protection — Poursuites contre l'assuré pour négligence dans la construction d'édifices et pour rupture de contrat — Pour l'assuré, des sous-traitants ont fait les travaux de construction inadéquats — Police d'assurance couvre les dommages matériels causés par un accident — Les « dommages matériels » sont-ils limités aux dommages causés aux biens d'autrui? — La malfaçon est-elle considérée comme un « accident »? — L'assureur a-t-il l'obligation de défendre l'assuré poursuivi?

PROGRESSIVE HOMES LTD. C. CIE CANADIENNE D'ASSURANCES GÉNÉRALES LOMBARD, 245.

---

## DROIT ADMINISTRATIF

Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — La Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un ouvrage modifiant le débit d'un cours d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydro-électricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — La Commission avait le pouvoir de trancher des questions de droit et de décider si un contrat était dans l'intérêt public — Avait-elle compétence pour s'acquitter de l'obligation de la Couronne de consulter? — Avait-elle le pouvoir de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation? — Dans l'affirmative, lui incombait-il de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation pour décider si le contrat servait l'intérêt public? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.

RIO TINTO ALCAN INC. C. CONSEIL TRIBAL CARRIER SEKANI, 650.

---

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Réparation — Dommages-intérêts accordés en réparation d'une atteinte aux droits — Quantum — Demandeur soumis à une fouille à nu et sa voiture saisie en violation de ses droits constitutionnels — Le demandeur est-il en droit d'obtenir des dommages-intérêts à titre de réparation en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, comment le montant des dommages-intérêts devrait-il être fixé?

VANCOUVER (VILLE) C. WARD, 28.

2. Charte des droits — Fouille et perquisition — Maison privée — Utilisation de la force — Policiers informés que deux individus qu'on croit membres d'un gang de criminels violents exploitaient un réseau de vente de drogue sur appel de cocaïne — Obtention par les policiers de mandats de perquisition à la suite d'une enquête — Entrée par la force et sans s'annoncer par l'escouade tactique dans la résidence de l'accusé que les policiers croyaient être le théâtre d'un trafic de drogues — Entrée musclée par l'escouade tactique pour éviter la destruction des éléments de preuve et assurer la sécurité des

**DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite**

policiers et du public — Cocaïne trouvée par les policiers dans la chambre de l'accusé — Accusé déclaré coupable de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic — La perquisition autorisée par la loi a-t-elle été menée de manière abusive? — La perquisition a-t-elle été menée de manière abusive parce que les membres de l'escouade tactique n'avaient pas de copie du mandat de perquisition avec eux lorsqu'ils sont entrés dans la résidence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. CORNELL, 142.

3. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Interrogatoire sous garde — Présence de l'avocat — Possibilité de consulter de nouveau l'avocat — Consultation par l'accusé de l'avocat de son choix avant l'interrogatoire de la police — Demandes répétées de consultation supplémentaire — Déclarations incriminantes faites pendant l'interrogatoire — Le détenu qui s'est vu accorder comme il se doit, dès le commencement de la détention, le droit à l'assistance d'un avocat possède-t-il en vertu de la Constitution le droit de consulter de nouveau un avocat pendant l'interrogatoire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. SINCLAIR, 310.

4. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Interrogatoire sous garde — Présence de l'avocat — Nouvelle possibilité de consulter l'avocat — Non-disponibilité de l'avocat choisi par l'accusé — Consultation par l'accusé de l'avocat de garde au lieu de l'avocat de son choix — Ni l'un ni l'autre des avocats n'étaient présents pendant l'interrogatoire de la police — Demandes répétées de l'accusé de consulter de nouveau un avocat — Déclarations incriminantes faites pendant l'interrogatoire — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. MCCRIMMON, 402.

5. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Choix de l'avocat — Non-disponibilité de l'avocat choisi par l'accusé — Consultation par l'accusé de l'avocat de garde au lieu de l'avocat de son choix — Caractère adéquat des conseils reçus — Déclaration incriminante faite aux policiers pendant l'interrogatoire — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. WILLIER, 429.

6. Partage des pouvoirs — Aéronautique — Pouvoirs accessoires — Règlement municipal interdisant la construction d'aérodromes sur un lac et sur une grande partie du territoire de la municipalité — Société exploitant un aérodrome sur le lac en violation du règlement — Le règlement est-il un texte législatif provincial valide? — Le règlement se rattache-t-il, de par son caractère véritable, à la compétence fédérale sur

**DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite**

l'aéronautique? — Si oui, le règlement est-il valide en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LACOMBE, 453.

7. Partage des pouvoirs — Exclusivité des compétences — Compétence fédérale en matière d'aéronautique — Loi provinciale interdisant l'utilisation non autorisée, dans une région agricole désignée, d'un lot à une fin autre que l'agriculture — Aérodrome construit sur une terre agricole sans autorisation préalable — La loi provinciale est-elle valide? — Si oui, est-elle constitutionnellement inapplicable dans la mesure où elle interdit les aérodromes dans les régions agricoles? — Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., ch. P-41.1, art. 26 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(13), (16), 95.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADIAN OWNERS AND PILOTS ASSOCIATION, 536.

8. Partage des pouvoirs — Prépondérance fédérale — Compétence fédérale en matière d'aéronautique — Loi provinciale interdisant l'utilisation non autorisée, dans une région agricole désignée, d'un lot à une fin autre que l'agriculture — Aérodrome construit sur une terre agricole sans autorisation préalable — La doctrine de la prépondérance fédérale peut-elle être invoquée? — Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., ch. P-41.1, art. 26 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(13), (16), 95.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADIAN OWNERS AND PILOTS ASSOCIATION, 536.

9. Charte canadienne — Droits de la personne — Charte québécoise des droits et libertés de la personne — Preuve — Privilège du secret des sources des journalistes — Liberté d'expression — Accès à l'information — Secret professionnel — Renseignements obtenus par un journaliste d'un quotidien auprès d'une source gouvernementale confidentielle non autorisée à l'égard d'une entreprise retenue par le gouvernement fédéral dans le cadre du Programme de commandes — Publication par le quotidien d'informations faisant état d'allégations d'usage abusif et de détournement de fonds publics — Journaliste contraint en contre-interrogatoire de répondre à des questions susceptibles de permettre l'identification de la source des informations — Objections formulées par le quotidien — Les rapports entre le journaliste et la source sont-ils protégés par un privilège générique du secret des sources des journalistes? — Le privilège possède-t-il un fondement constitutionnel ou quasi constitutionnel découlant de la Charte canadienne et de la Charte des droits québécoise? — Le cadre d'analyse appliqué en common law pour reconnaître au cas par cas l'existence du privilège est-il pertinent dans une instance civile régie par le droit québécois? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Charte

**DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite**

des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9, 44.

GLOBE AND MAIL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 592.

10. Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction de publication — Renseignements obtenus par un journaliste d'un quotidien auprès d'une source gouvernementale confidentielle non autorisée à l'égard d'une entreprise retenue par le gouvernement fédéral dans le cadre du Programme de commandites — Publication d'informations donnant notamment des détails sur des négociations confidentielles entre le gouvernement et l'entreprise en vue de la conclusion d'un règlement — Ordonnance du tribunal interdisant au journaliste d'écrire et de publier d'autres articles concernant ces négociations — Cette ordonnance avait-elle pour effet de limiter la liberté d'expression garantie au journaliste par la Charte canadienne? — L'interdiction de publication était-elle nécessaire afin d'écartier un risque sérieux pour la bonne administration de la justice? — Les effets bénéfiques de l'ordonnance de non-publication sont-ils plus importants que ses effets préjudiciales? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

GLOBE AND MAIL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 592.

11. Honneur de la Couronne — Peuples autochtones — Droits ancestraux — Droit à la consultation — La Colombie-Britannique a autorisé la construction d'un ouvrage modifiant le débit d'un cours d'eau dans un territoire revendiqué par des Autochtones sans consulter au préalable les Premières nations touchées — La société d'État provinciale d'hydroélectricité a ensuite demandé à la British Columbia Utilities Commission d'approuver un contrat d'achat intervenu avec un producteur d'électricité privé — L'obligation de consulter naît lorsque la Couronne a connaissance de l'existence éventuelle d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet défavorable sur cette revendication ou ce droit — La Commission a-t-elle agi raisonnablement en refusant de se pencher sur le caractère adéquat de la consultation alors qu'elle était appelée à déterminer si le contrat servait l'intérêt public? — L'obligation de consulter a-t-elle pris naissance? — Que faut-il entendre par « effet défavorable »? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Utilities Commission Act, R.S.B.C. 1996, ch. 473, art. 71.

RIO TINTO ALCAN INC. C. CONSEIL TRIBAL CARRIER SEKANI, 650.

12. Partage des pouvoirs — Relations de travail — Autochtones — Agence d'aide à l'enfance offrant des services aux enfants et aux familles autochtones en Colombie-Britannique — Demande du syndicat à la Labour Relations Board de la Colombie-Britannique en vue d'être accrédité à titre d'agent négociateur des employés de l'agence — Agence

**DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin**

alléguant que ses relations de travail relèvent de la compétence fédérale exclusive sur les Indiens — Compte tenu de sa nature, de son fonctionnement et de ses activités habituelles, l'agence est-elle une entreprise fédérale? — Les aspects autochtones des activités de l'agence et de la prestation de ses services écartent-ils la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

NIL/TU,O CHILD AND FAMILY SERVICES SOCIETY C. B.C. GOVERNMENT AND SERVICE EMPLOYEES' UNION, 696.

13. Partage des pouvoirs — Relations de travail — Autochtones — Agence d'aide à l'enfance offrant des services aux enfants et aux familles autochtones à Toronto — Demande du syndicat au Conseil canadien des relations industrielles en vue d'être accrédité à titre d'agent négociateur des employés de l'agence — Agence soutenant que ses relations de travail relèvent de la compétence exclusive de la province — Compte tenu de sa nature, de son fonctionnement et de ses activités habituelles, l'agence est-elle une entreprise fédérale? — Les aspects autochtones des activités de l'agence et de la prestation de ses services écartent-ils la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

SYNDICAT CANADIEN DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER C. NATIVE CHILD AND FAMILY SERVICES OF TORONTO, 737.

**DROIT CRIMINEL**

1. Infractions d'ordre sexuel — Leurre — Présomption selon laquelle l'accusé croyait que son interlocuteur n'avait pas atteint l'âge fixé — Obligation de prendre des mesures raisonnables pour déterminer si l'interlocuteur a atteint l'âge fixé — Accusé ayant communiqué au moyen d'un ordinateur avec un policier se faisant passer pour un jeune de 13 ans — Communication témoignant du désir de l'accusé de se livrer à une activité au caractère sexuel explicite — « Jeune » affirmant être âgé de 13 ans, malgré son profil lui attribuant 18 ans — Accusé n'ayant pris aucune mesure pour s'assurer de l'âge réel de son interlocuteur — Dispositions prises pour un rendez-vous sexuel attendu — Accusé arrêté et inculpé de « leurre » — Acquittements de l'accusé infirmés en appel — Le juge du procès était-il tenu, par l'effet combiné de la présomption de croyance établie à l'art. 172.1(3) du Code criminel et de l'obligation de prendre des mesures raisonnables édictée à l'art. 172.1(4), de conclure que l'accusé croyait communiquer par ordinateur avec un interlocuteur n'ayant pas atteint l'âge fixé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 172.1.

R. C. LEVIGNE, 3.

**DROIT CRIMINEL — Fin**

2. Fouille et perquisition — Mandats de perquisition — Entrée par la force et sans s'annoncer par l'escouade tactique de la police dans la résidence de l'accusé — Membres de l'escouade tactique non munis d'une copie du mandat de perquisition lors de leur entrée dans la résidence — Enquêteur, physiquement présent et proche de la résidence de l'accusé, était muni d'une copie du mandat — Les policiers se sont-ils conformés aux exigences de l'art. 29 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46?

R. C. CORNELL, 142.

3. Procès — Procès équitable — Exposé au jury — Accusé inculpé de plusieurs chefs de meurtre au premier degré — Ministère public soutenant que l'accusé a effectivement abattu d'un coup de feu les victimes — Directive du juge du procès aux jurés leur indiquant qu'ils devaient rendre un verdict d'acquiescement s'ils avaient un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé avait abattu ou non les victimes — Directive ultérieure du juge du procès indiquant aux jurés, à la suite d'une question de ces derniers durant leurs délibérations, qu'ils pouvaient conclure que l'accusé était le tueur s'il avait « autrement participé activement » à l'infliction de la mort aux victimes — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — La réponse du juge du procès à la question du jury a-t-elle compromis l'équité du procès et provoqué un déni de justice? — Est-ce que les directives dans leur ensemble, y compris la réponse à la question du jury, ont exposé correctement aux jurés les règles de droit sur les divers fondements permettant d'imputer la responsabilité criminelle en l'espèce?

R. C. PICKTON, 198.

4. Procès — Exposé au jury — Caractère adéquat des directives du juge du procès — Directives adéquates — Exposé au jury équitable, mesuré et exact à l'égard des points relatifs au comportement postérieur à l'infraction.

R. C. ALLEN, 648.

**DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

1. Jugements étrangers — Droit transitoire — Régime juridique applicable — Demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement anglais rendu après l'entrée en vigueur du Code civil du Québec — Les dispositions du nouveau Code régissent-elles cette demande? — Effet et application de l'art. 170 de la Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57.

KUWAIT AIRWAYS CORP. C. IRAK, 571.

2. Jugements étrangers — Reconnaissance — Moyen d'irrecevabilité fondé sur l'immunité de juridiction — Demande

**DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ — Fin**

de reconnaissance judiciaire d'un jugement anglais rendu contre un État étranger — Jugement anglais ayant statué sur la question de l'immunité de juridiction — La loi canadienne sur l'immunité des États s'applique-t-elle à la demande de reconnaissance judiciaire du jugement anglais? — Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 3076; Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 3.

KUWAIT AIRWAYS CORP. C. IRAK, 571.

**DROIT INTERNATIONAL PUBLIC**

Immunité de juridiction — Exception de commercialité — Demande de reconnaissance judiciaire d'un jugement anglais rendu contre un État étranger — Jugement anglais concluant que l'État étranger était l'auteur de manœuvres ayant induit les tribunaux anglais en erreur et donné naissance au jugement dont la reconnaissance est demandée — L'État étranger bénéficie-t-il de l'immunité de juridiction devant les tribunaux québécois? — Les actes accomplis par l'État étranger constituaient-ils des activités commerciales? — Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, art. 2 « activité commerciale », 3, 5.

KUWAIT AIRWAYS CORP. C. IRAK, 571.

**PENSIONS**

1. Régimes de retraite — Excédent — Régime de retraite à prestations déterminées qui continue d'exister — La vente d'une division de la société ayant donné lieu à la mutation d'employés à une autre société — Les employés mutés ont été dissociés du régime de retraite de leur ancien employeur et ont intégré un nouveau régime — Lors du transfert, le régime de l'ancien employeur affichait un excédent projeté important — L'ancien employeur a transféré suffisamment d'éléments d'actif de la caisse de retraite pour financer les prestations déterminées des employés mutés, mais a conservé l'excédent — L'ancien employeur était-il tenu de transférer une portion de l'excédent, déterminée au prorata, lors de la vente? — L'ancien employeur a-t-il honoré ses obligations envers les employés mutés en garantissant leur régime à prestations déterminées? — Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, ch. 35.

BURKE C. CIE DE LA BAIE D'HUDSON, 273.

**PENSIONS — Fin**

2. Régimes de retraite — Frais — Les documents relatifs au régime de retraite autorisaient-ils l'employeur à imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite?

BURKE C. CIE DE LA BAIE D'HUDSON, 273.

---

**PRESCRIPTION**

Prescription extinctive — Action intentée 25 ans après l'agression sexuelle reprochée — Est-ce que l'action est prescrite?

CHRISTENSEN C. ARCHEVÊQUE CATHOLIQUE ROMAIN DE QUÉBEC, 694.

---

**RELATIONS DE TRAVAIL**

1. Congédiement injustifié — Recours — Compétence de l'arbitre ou de la Commission des relations du travail — Employés à statut précaire ne bénéficiant pas de la procédure d'arbitrage prévue à la convention collective en cas de congédiement — Loi sur les normes du travail accordant un recours en cas de renvoi sans cause juste et suffisante devant la Commission des relations du travail, sauf s'il existe une procédure de réparation équivalente ailleurs dans une loi ou une convention — Dépôt de griefs par les employés se plaignant d'un congédiement sans cause juste et suffisante — La norme du travail interdisant le congédiement injustifié est-elle incorporée implicitement dans la convention collective? — La plainte relève-t-elle de la compétence de l'arbitre ou de la Commission? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.

SYNDICAT DE LA FONCTION PUBLIQUE DU QUÉBEC C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 61.

**RELATIONS DE TRAVAIL — Fin**

2. Congédiement injustifié — Recours — Compétence de l'arbitre ou de la Commission des relations du travail — Loi sur les normes du travail accordant un recours en cas de renvoi sans cause juste et suffisante devant la Commission des relations du travail, sauf s'il existe une procédure de réparation équivalente ailleurs dans une loi ou une convention — Dépôt d'un grief alléguant que le retrait de la priorité d'emploi à un employé constitue un congédiement sans cause juste et suffisante — La norme du travail interdisant le congédiement injustifié est-elle incorporée implicitement dans la convention collective? — La plainte relève-t-elle de la compétence de l'arbitre ou de la Commission? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.

SYNDICAT DES PROFESSEURS DU CÉGEP DE STE-FOY C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 123.

3. Congédiement injustifié — Recours — Compétence de l'arbitre ou de la Commission des relations du travail — Loi sur les normes du travail accordant un recours en cas de renvoi sans cause juste et suffisante devant la Commission des relations du travail, sauf s'il existe une procédure de réparation équivalente ailleurs dans une loi ou une convention — Dépôt d'un grief alléguant que le non-renouvellement du contrat de l'employée équivalait à un congédiement sans cause juste et suffisante — La convention collective prévoit-elle un recours équivalent à celui prévu à la loi? — La norme du travail interdisant le congédiement injustifié est-elle incorporée implicitement dans la convention collective? — La plainte relève-t-elle de la compétence de l'arbitre ou de la Commission? — Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 124.

SYNDICAT DES PROFESSEURS ET DES PROFESSEURES DE L'UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À TROIS-RIVIÈRES C. UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À TROIS-RIVIÈRES, 132.

---

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*

Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*

Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>